

Federica Mucci

LA COMUNITÀ EUROPEA  
E IL DIRITTO D'AUTORE

SFIDA DIGITALE E ASPETTI CULTURALI

Editoriale Scientifica



STUDI E DOCUMENTI  
di  
DIRITTO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

17

Collana di studi e documenti  
di diritto internazionale e comunitario diretta da Umberto Leanza

---

1. A. Costa, *Il diritto CEE anti-trust*, 1984
2. E. Milanesi, *Le sanzioni dell'UNESCO*, 1985
3. *Zona economica esclusiva e Mare Mediterraneo* (a cura di U. Leanza e L. Sico), 1989
4. M.C. Ciciriello, *Le formazioni insulari e la delimitazione degli spazi marini*, 1990
5. *Le convenzioni internazionali sulla protezione del Mediterraneo contro l'inquinamento marino*, 1992
6. T. Vassalli di Dachenhausen, *Il coordinamento tra convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, 1993
7. *La pesca e la conservazione delle risorse biologiche nel mare Mediterraneo* (a cura di U. Leanza), 1993
8. G. Pasquali, *Parti sociali e regioni nella Comunità europea*, 1993
9. *Il tribunale di primo grado della Comunità Europea* (a cura di U. Leanza, P. Paone, A. Saggio), 1994
10. *L'impatto ambientale delle attività di esplorazione e sfruttamento dei fondali marini internazionali* (a cura di M.C. Ciciriello), 1995
11. P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, 1996
12. *Fifty years of international case law on fisheries* (a cura di U. Leanza e A. Del Vecchio), 1997
13. *La marittimità in Sicilia. Problematiche interne ed internazionali* (a cura di S. Bevilacqua e N. Romana), 1997
14. *La protezione del patrimonio culturale e naturale a venticinque anni dalla convenzione dell'UNESCO* (a cura di M.C. Ciciriello), 1997
15. *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute* (a cura di F. Lattanzi), 1998
16. *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili* (a cura di P. Paone), 1998

FEDERICA MUCCI

**LA COMUNITÀ EUROPEA E IL DIRITTO  
D'AUTORE:  
SFIDA DIGITALE E ASPETTI CULTURALI**

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 1998 Editoriale Scientifica s.r.l.

Via Generale V. Giordano Orsini, 42

80132 Napoli

ISBN 88-87293-40-6

## INDICE

<i>Introduzione</i>	IX
---------------------	----

### CAPITOLO I

#### LA POSIZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE NEL SISTEMA DEL TRATTATO DI ROMA RICOSTRUITA ATTRAVERSO LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

1. L'applicabilità del Trattato ai diritti di proprietà intellettuale: la questione del "dominio riservato" ex art. 222	1
2. Diritti industriali e commerciali e diritto d'autore	6
3. Conflitto tra i sistemi nazionali di protezione dei diritti di proprietà intellettuale e le norme del Trattato	
3.1. Libera circolazione delle merci	11
3.2. Libera prestazione dei servizi	21
3.3. Concorrenza	27
3.4. Non discriminazione	41
4. Esistenza ed esercizio: l'esaurimento del diritto e la protezione delle prerogative specifiche alla luce della funzione essenziale	49

### CAPITOLO II

#### AZIONE CULTURALE COMUNITARIA E PRESA IN CONSIDERAZIONE DEGLI ASPETTI CULTURALI NELLO SVOLGIMENTO DELLE ALTRE POLITICHE DELLA COMUNITÀ

1. La tutela di diritto d'autore tra interessi economici e culturali	55
--	----

2. Il Trattato prima di Maastricht e le esigenze culturali europee	61
3. L'articolo 128 dopo il TUE: una competenza residuale in materia culturale	66
4. L'azione diretta di sostegno: suo carattere naturalmente residuale	72
5. Sussidiarietà in senso tecnico, tecniche giuridiche e la clausola di integrazione di cui al paragrafo 4 dell'articolo 128 – precedenti in materia di politica ambientale	75
6. Diritto d'autore e considerazione degli aspetti culturali nell'azione della Comunità europea	82

### CAPITOLO III

#### GLI STRUMENTI NORMATIVI COMUNITARI E IL DIRITTO D'AUTORE

1. L'impostazione del problema: differenti soluzioni tra proprietà industriale e proprietà artistica e letteraria	87
2. Convenzioni internazionali sul diritto d'autore e diritto comunitario	95
3. Le iniziative sul piano interno: direttive di armonizzazione "verticali" ed "orizzontali"	107
3.1. Topografie di semiconduttori, programmi da elaboratore e banche-dati	111
3.2. Locazione e prestito e diritti connessi al diritto d'autore; radiodiffusione via satellite e ritrasmissione via cavo; durata della protezione	120
4. Disegni e modelli, <i>droit de suite</i> e aspetti collegati alla Società dell'informazione	127

## CAPITOLO IV

### COMUNITÀ E DIRITTO D'AUTORE NELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE: LA SFIDA DIGITALE

1. Contenuti su supporto digitale e opere di natura digitale ( <i>software</i> tra diritto d'autore e brevetto)	137
2. Interoperabilità e interattività: possibili riflessi sull'integrità dell'opera	144
3. Alcune conseguenze di un approccio normativo frammentario	150
3.1. Parziale disciplina del diritto esclusivo ad autorizzare la riproduzione dell'opera	156
3.2. Questioni relative all'armonizzazione dei diritti morali	160
<i>Bibliografia</i>	171



## INTRODUZIONE

La Comunità europea ha adottato, negli ultimi dieci anni, una serie di strumenti di diritto derivato con riferimento al diritto d'autore, iniziando ad affrontare così, in modo sistematico, alcune delle problematiche che si erano presentate come più urgenti in materia. Sebbene l'opera di armonizzazione normativa sia iniziata soltanto alla fine degli anni '80, la Corte di giustizia aveva, in più occasioni, dovuto risolvere questioni originate dal conflitto tra la dimensione europea del mercato, sancita dal Trattato di Roma, e le normative nazionali a tutela del diritto d'autore, che attribuiscono diritti esclusivi su base territoriale, e già dall'approccio frammentario della Corte è possibile desumere alcuni principi di base, caratterizzanti l'atteggiamento comunitario nei confronti delle problematiche di diritto d'autore.

L'impulso necessario per avviare l'opera di armonizzazione giunge dalla sfida delle nuove tecnologie. Le opere creative che grazie ad esse possono essere prodotte richiedono una base sicura di protezione comune perché gli elevati costi per il loro sviluppo possano essere affrontati con la prospettiva di un redditizio rientro, e sulla qualificazione e protezione di tali opere non vi è sufficiente chiarezza, poiché i sistemi giuridici sono ancora improntati a realtà meno recenti. Ecco dunque che la Comunità non si limita più ad interpretare e risolvere gli eventuali punti di frizione tra normative nazionali di diritto d'autore e Trattato, ma "scende in campo", adottando atti che si occupano di risolvere, a livello comunitario, alcune di tali incertezze.

La base giuridica di tali atti rimane inquadrata nell'ambito del superamento delle barriere che si frappongono alla realizzazione del mercato comune, e ciò è più che comprensibile, poiché l'ambizione a disciplinare *tout court* il diritto d'autore mal si attaglia al livello comunitario, rimanendo, per la qualità delle scelte di base coinvolte ed il collegamento in generale con le problematiche di diritto privato, di

stretta pertinenza statale. Se, e per quanto necessario, il coordinamento internazionale della tutela è opportuno, infatti, che sia affrontato su base universale, e non solo regionale, come si è già iniziato a fare alla fine del secolo scorso. Né, d'altra parte, è ragionevolmente possibile rintracciare nel Trattato una solida base giuridica su cui si possa fondare un intervento che non sia direttamente collegato alle esigenze del mercato comune; l'articolo 128 sulla cultura, inserito con il Trattato sull'Unione europea, presenta ben altre caratteristiche ed esclude esplicitamente qualsiasi iniziativa di armonizzazione normativa.

Ciò nonostante, non è possibile trincerarsi dietro tali limiti della competenza comunitaria con riferimento ad una definizione globale della disciplina di base del diritto d'autore al posto degli Stati membri per concludere che nell'approccio comunitario, rivolto solo alla soluzione di specifici problemi che investono il mercato interno, non è possibile rintracciare una direzione di fondo, un minimo comune denominatore. Se così veramente fosse, si dovrebbe presupporre che alla base dell'intervento normativo comunitario, destinato ad influire profondamente sulle normative interne, introducendo elementi che necessariamente andranno a caratterizzare il regime di tutela, non va presupposta una coerenza di fondo, il che è certamente contrario alle più fondamentali esigenze della ragionevolezza e della logica, prima ancora che della tecnica giuridica. Non solo, ma tale coerenza è, nel caso del diritto d'autore, forse indicata come necessaria direttamente ed esplicitamente dal Trattato, se si vuole dare un senso tecnico-giuridico alla disposizione inserita dal TUE al paragrafo 4 dell'articolo 128 e recentemente riconfermata, anche se ritoccata, dal Trattato di Amsterdam. Non c'è dubbio, infatti, che la tutela del diritto d'autore attenga allo sviluppo culturale in genere, e non solo dell'industria culturale.

L'indagine sugli elementi che iniziano a connotare l'intervento comunitario in argomento di diritto d'autore appare ancora più stimolante se si considera che le problematiche affrontate riguardano principalmente l'inquadramento delle nuove tecnologie della società dell'informazione nei tradizionali sistemi di protezione della proprietà intellettuale, sia riguardo alla individuazione delle opere protette, sia riguardo alle loro modalità di diffusione. In particolare si pongono questioni fondamentali, con riferimento alla individuazione della

tutela delle opere di natura digitale e alla diffusione di opere di diversa natura, ma riproducibili in forma digitale, collegate alla caratteristica della interoperabilità ed al dilagare del fenomeno della pirateria. Le scelte comunitarie in materia costituiscono, in questo caso, anche un tentativo di influenzare gli orientamenti per l'aggiornamento delle grandi convenzioni internazionali.

Il lavoro che qui si introduce non ha la pretesa di offrire un'esauriente analisi descrittiva della tutela del diritto d'autore nell'ambito comunitario, tanto più che il quadro giuridico di riferimento è assai complesso ed in continua ed intensa evoluzione; quel che ci si prefigge è, invece, di indagare sulle caratteristiche di base di tale interessamento comunitario al diritto d'autore, destinate a ripercuotersi, con modalità diverse, ma giungendo a risultati affini, sui diversi sistemi nazionali di tutela. Caratteristiche che riguardano, a monte, l'individuazione del taglio che il Trattato impone alle scelte comunitarie di diritto d'autore, legato a preoccupazioni di tipo economico, ma non solo, ed a valle l'individuazione delle specifiche soluzioni adottate, che dovrebbero sempre riflettere l'orientamento di base.

L'impostazione dell'opera è, quindi, di puro diritto comunitario, anche se da profili comparatistici di diritto interno non è possibile del tutto prescindere, nella misura in cui le scelte comunitarie, pur conservando una propria autonomia, sono destinate ad operare sullo sfondo di discipline nazionali, che presentano diversi orientamenti consolidati in materia di tutela di diritto d'autore, e tali differenze, in una direzione o nell'altra, mirano ad attutire. Fondamentalmente, è per iniziare ad interrogarsi su quale sia tale direzione che si è scritto questo lavoro. Vengono, dunque, dapprima introdotti i principi enucleati nel tempo dalla giurisprudenza comunitaria in materia, perché poi tali orientamenti possano essere confrontati con l'attuale struttura del Trattato e con le recenti normative derivate, con un occhio particolare ad alcune delle principali problematiche sollevate dalla "rivoluzione digitale", sulle quali si focalizza l'attenzione nell'ultimo Capitolo.

Se tale approccio comporta un'apparente inversione dal punto di vista della logica espositiva, antepoendo l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali allo studio dei dati normativi, non è soltanto a causa del fatto che la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in materia di diritto d'autore in gran parte prima dell'intervento delle

modifiche apportate dal TUE e dell'adozione di atti di diritto derivato. La ricostruzione, operata dalla Corte, dei principi cui fare riferimento per la soluzione dei casi di conflitto tra i sistemi nazionali di protezione dei diritti di proprietà intellettuale e le norme del Trattato di Roma sul mercato interno consente, infatti, di introdurre l'argomento focalizzando l'attenzione sul concetto-chiave costituito dall'individuazione dell'oggetto specifico e della funzione essenziale del diritto.

Alla luce di tali concetti essenziali va analizzato l'intervento normativo comunitario in materia di diritto d'autore, che procede, almeno in questa fase, in modo frammentario, attraverso l'esercizio di competenze indirizzate alla realizzazione di obiettivi di altra natura. La frammentarietà dell'approccio normativo comunitario costituisce, in realtà, un tratto caratteristico di questo livello di produzione giuridica, che assume significati e provoca conseguenze particolari rispetto a quelli propri di altri livelli normativi, quale quello regionale, dotati anch'essi di competenze di attribuzione, che però si caratterizzano per essere, all'opposto, subordinate ai principi della legislazione statale. Il primato del diritto comunitario rispetto al diritto di fonte statale impone, infatti, di interpretare le disposizioni comunitarie dettate per la soluzione di specifiche questioni diversamente dalle discipline speciali adottate all'interno degli ordinamenti statali, poiché l'eventuale natura speciale di tali disposizioni andrà valutata rispetto ai principi di livello comunitario nella materia, e non alla disciplina-base disposta dalle fonti di diritto interno. Tali principi, in una materia quale quella in questione, possono essere desunti solo attraverso l'analisi dei significati che in concreto hanno assunto, attraverso l'applicazione giurisprudenziale, alcune norme del Trattato.

Tutta la giurisprudenza della Corte comunitaria afferente alla materia fa perno sulla individuazione del nucleo essenziale, della stessa ragione d'essere dei diritti di proprietà intellettuale, ed in particolare del diritto d'autore. Poiché la scelta esplicita del Trattato va nel senso di accordare tutela alle ragioni della proprietà intellettuale anche a scapito, entro certi limiti, della piena realizzazione delle libertà del mercato interno, è necessario che, di volta in volta, il giudice comunitario verifichi se nel caso di specie tali limiti siano stati rispettati, se veramente sia in questione la tutela di prerogative essenziali. E' appunto nel procedere a tale verifica che viene fatto riferimento ai distinti, ma correlati, concetti di oggetto specifico e

funzione essenziale del diritto: essi consentono di dedurre per esclusione quali comportamenti, non trovando giustificazione, vadano considerati illeciti alla luce del Trattato. A tal proposito è particolarmente indicativo l'esempio offerto dai casi di abuso della posizione dominante, laddove è chiarito come l'esistenza del diritto di per sé non integri la fattispecie, ma alcune modalità di esercizio delle prerogative esclusive del titolare possano costituire abuso, considerata la situazione del mercato di riferimento.

L'esame della giurisprudenza conferma, quindi, che l'ordinamento comunitario contiene in sé i parametri per l'individuazione del livello di tutela da accordare ai diritti dell'autore, in quanto necessari per garantire la corretta attuazione delle competenze comunitarie relative al completamento del mercato interno. Una specifica prerogativa riconosciuta al titolare del diritto d'autore dalla normativa nazionale può, infatti, essere legittimamente esercitata a livello comunitario, se di ostacolo alle libertà del mercato interno, soltanto se attiene all'"oggetto specifico" del diritto, se necessaria ad assicurare in concreto la sua "funzione essenziale". Ciò non significa affatto che la disciplina della tutela dei diritti dell'autore è sottratta agli ordinamenti nazionali, bensì che essa può, in alcuni casi, essere sottoposta a valutazioni che competono al livello comunitario.

Nonostante la giurisprudenza si sia sviluppata sul presupposto di una, illusoriamente netta, suddivisione tra la sfera dell'esistenza dei diritti di proprietà intellettuale, demandata alle normative nazionali, e la sfera del loro esercizio, che sola sarebbe sottoposta alle valutazioni di livello comunitario, e rifletta necessariamente le particolarità dei casi di specie, essa, dunque, offre elementi interpretativi di carattere generale, riferiti alla natura originaria e fondamentale dell'interessamento comunitario alla materia del diritto d'autore. Il significato di questi parametri, attraverso i quali si è operata la conciliazione tra le ragioni del mercato interno e della proprietà intellettuale, acquisisce rinnovato rilievo nella sistematica dell'ordinamento comunitario in considerazione dell'introduzione nel Trattato delle clausole generali di sussidiarietà e di necessaria "valutazione dell'impatto culturale" delle azioni della Comunità, a qualsiasi titolo condotte. E' in tale quadro che si inseriscono i dati forniti dalla recente adozione di diversi atti di diritto derivato, che si caratterizzano per il fatto di costituire specifiche soluzioni di singole questioni, comunque impostesi al livello

normativo comunitario sulla base di attribuzioni relative al completamento del mercato interno.

Le istituzioni comunitarie affermano costantemente di perseguire, attraverso gli atti di diritto derivato, la garanzia di un elevato livello di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, anche in considerazione degli obiettivi indicati dal Trattato in materia di cultura. Ma è sufficiente l'individuazione, in ordine sparso, di alcune prerogative dell'autore e dei titolari dei diritti connessi, la cui esistenza è ormai sancita a livello comunitario, ad assicurare che la Comunità stia agendo nella direzione della garanzia di un "elevato livello di tutela" del diritto d'autore? Certamente no, se si considera che la diversità tra i sistemi nazionali in tale materia si misura non tanto sulla quantità di diritti riconosciuti, quanto sulla qualità degli stessi e sulla differente distribuzione tra potenziali titolari. Nemmeno è possibile ridurre semplicisticamente la questione alla contrapposizione tra sistemi di diritto d'autore in senso stretto e sistemi di *copyright*, poiché in ciascuno di detti sistemi coesistono elementi di natura diversa, e d'altra parte le scelte normative comunitarie non dimostrano, complessivamente considerate, di propendere maggiormente verso l'un tipo di soluzione o l'altro. La Comunità europea non è chiamata ad abbracciare l'uno o l'altro dei sistemi sviluppati in ciascuno dei propri Stati membri, bensì a costruire un proprio equilibrio tra le posizioni da tutelare.

Di per sé, il fatto di procedere al riconoscimento, a livello comunitario, di determinate prerogative dell'autore e dei titolari di diritti connessi potrebbe rappresentare già, in realtà, una presa di posizione, nei confronti della quale non mancano perplessità e contestazioni, a favore della sopravvivenza del diritto d'autore, nonostante l'avvento delle nuove tecnologie e della moderna società dell'informazione. Sebbene, infatti, da più parti si prospetti l'impossibilità, o almeno l'inopportunità, di mantenere tale tutela, in considerazione della crescente difficoltà nel perseguire la violazione dei diritti e della necessità di assicurare un agevole accesso ai materiali destinati a fornire i contenuti per l'industria in continua espansione dei prodotti multimediali, la Comunità europea ha intrapreso un cammino di adeguamento di tali diritti al nuovo ambiente ed alle nuove possibilità.

Posto che la scelta fondamentale si è indirizzata verso la sopravvivenza, anzi, il rafforzamento della tutela giuridica dell'autore nelle mutate condizioni della società e del mercato, è dalle modalità di assestamento dell'equilibrio tra i diritti riconosciuti che è dato desumere il livello, ma soprattutto la vera natura, della tutela garantita. Non va dimenticato, infatti, che, al generico riferimento del Trattato alla "proprietà industriale e commerciale", l'opera interpretativa della giurisprudenza ha, di volta in volta, rapportato specifiche forme di tutela nazionale, distinguendo tra gli oggetti specifici delle tutele a diverso titolo garantite. Ne è risultato, tra l'altro, che mentre la funzione essenziale del diritto di brevetto è soprattutto di compensare lo sforzo creativo attraverso la garanzia del diritto esclusivo di valersi dell'invenzione per la produzione e la prima immissione in commercio di beni industriali, direttamente o mediante concessione a terzi, e di opporsi alle contraffazioni, e quella del diritto di marchio attiene alle garanzie di identità di origine e di qualità dei prodotti, la funzione essenziale del diritto d'autore consiste nella garanzia della protezione morale dell'opera, oltre che nella remunerazione dello sforzo creativo. Nonostante vada rilevato che i profili morali della tutela non sono stati direttamente oggetto, finora, a livello europeo, né di pronunce giurisprudenziali né dell'adozione di misure normative, la natura specifica del diritto d'autore sembrerebbe, quindi, distinguersi, nell'ordinamento comunitario, per la rilevanza del legame tra autore ed opera anche a prescindere dai profili attinenti alla remunerazione economica dello sforzo creativo.

L'obiettivo di assicurare un elevato livello di tutela potrebbe dirsi, dunque, conseguito soltanto se la formulazione e l'attuazione delle direttive andasse nella direzione di attenuare le differenze tra le normative nazionali coerentemente con queste caratteristiche della funzione essenziale del diritto d'autore. Ne consegue che armonizzare le normative sulla durata postuma del diritto sul termine più lungo non è di per sé garanzia di una migliore tutela dell'autore, se in definitiva la sua capacità contrattuale, o la sua possibilità di impedire alterazioni della propria opera vengono complessivamente diminuite. Né, d'altro lato, l'attenzione rivolta alla posizione dei soggetti che investono risorse economiche nella produzione e diffusione di un'opera creativa, o l'esigenza di facilitare l'accesso a tali opere, sono di per sé segno inequivoco di una impostazione sbilanciata a sfavore della tutela

dell'autore, se continuano ad essergli garantiti strumenti giuridici la cui efficacia si dimostri adeguata rispetto agli obiettivi di tutela morale ed economica. La determinazione del livello di tutela riconosciuto all'autore è frutto, infatti, di complesse valutazioni sull'equilibrio che risulta dalle interazioni tra le diverse situazioni garantite, e ciò tanto più nell'attuale e futuribile società dell'informazione, dove il ruolo dei fattori di investimento nella produzione e distribuzione delle opere creative, e le modalità di fruizione delle stesse, presentano profonde trasformazioni rispetto al passato.

D'altra parte, la storia dell'origine del diritto d'autore è tutta un esempio di come possa essere accordata tutela giuridica a diverse posizioni soggettive, e tale tutela possa evolversi, in considerazione soprattutto del mutamento delle condizioni ambientali, intese sia come fattori di progresso materiale, sia come valori immateriali riconosciuti dall'ordinamento. Nonostante già nell'antichità greca e romana gli autori lamentassero casi di plagio e di diffusione non autorizzata delle proprie opere, l'attribuzione di un diritto esclusivo di riproduzione avviene, infatti, solo dopo la comparsa, nel XV secolo, della stampa a caratteri mobili, e quindi la nascita di un mercato letterario in cui è possibile a più soggetti lo sfruttamento commerciale dell'opera anche dopo la sua prima diffusione. La necessità di proteggere gli investimenti nella nuova industria organizzando la concorrenza determinano, però, in un primo momento l'attribuzione di monopoli di diritto pubblico direttamente in capo agli stampatori; l'insufficienza del semplice diritto di proprietà sul manoscritto e l'attribuzione di diritti esclusivi all'autore in quanto tale sopravviene solo quando i tempi si dimostrano maturi per l'abolizione di tali monopoli assoluti. E' evidente come il fatto che ciò si verifichi in Gran Bretagna già con lo Statuto della regina Anna, promulgato nel 1710, essenzialmente per motivi di politica economica, ed in Francia, invece, in concomitanza con l'abolizione dei privilegi feudali e l'adozione dei Decreti rivoluzionari del 1791 e 1793, non possa che essere gravido di conseguenze relativamente alle diverse concezioni e configurazioni della forma di tutela adottata.

Tali profonde differenze di impostazione non hanno perso ancora oggi il loro significato, nonostante si siano verificate contaminazioni reciproche tra i diversi sistemi, anche attraverso la conclusione di convenzioni internazionali; nell'ambito europeo coesistono ormai ben



quindici ordinamenti nazionali, che continuano a presentare notevoli diversità quanto alle forme di tutela accordata agli autori. L'opera comunitaria di ravvicinamento delle normative ben difficilmente potrebbe assumere caratteri di completezza, finché portata avanti a titoli diversi da quello costituito dalla finalità specifica di disciplinare il diritto d'autore, a tutt'oggi non contemplata tra le competenze attribuite a pieno titolo alla Comunità. D'altra parte, la disciplina nazionale non ha mai goduto di una autentica riserva di competenza, non essendo escluso che potessero progressivamente assurgere al livello di competenza normativa comunitaria diverse questioni relative ad aspetti dell'esistenza del diritto. A ben vedere, la stessa innovazione introdotta dal Trattato di Amsterdam con riferimento alla partecipazione della Comunità europea a negoziati ed accordi internazionali sulla proprietà intellettuale è di per sé un sintomo della consapevolezza che la Comunità è ormai chiamata ad agire nella materia, ma insieme della estrema riluttanza degli Stati membri a spogliarsi delle proprie competenze; l'azione esterna delle istituzioni comuni, infatti, al di fuori della attuazione *stricto sensu* della politica commerciale, può avvenire soltanto sulla base di una decisione unanime del Consiglio.

Non è, quindi, possibile valutare oggi quale equilibrio definitivo risulti, a livello del diritto comunitario, dalle interazioni tra le diverse situazioni garantite a titolo di diritto d'autore. Non è, infatti, ancora chiaro in quale modo si potranno sviluppare elementi quali il riconoscimento di nuovi diritti esclusivi, o l'attenzione a garantire l'equa remunerazione dell'autore e dei titolari dei diritti connessi e la sottolineatura del ruolo delle società di gestione collettiva, sebbene più voci si siano già levate a denunciare il risultato di una sostanziale "desacralizzazione" dell'opera creativa. Nonostante ciò, la tutela dell'autore come concepita nell'ordinamento comunitario sembra presentare, come già ricordato, sia pure soltanto *in nuce*, una sua specifica connotazione rispetto alle forme di garanzia di altri diritti di proprietà intellettuale; tale specificità consisterebbe nel riconoscimento di un legame tra autore ed opera che, da un lato, travalica i limiti del semplice compenso dello sforzo creativo riconosciuto all'inventore con il brevetto e, d'altro lato, oltre a poter soddisfare esigenze relative alla garanzia di autenticità delle opere non tanto diverse da quelle che trovano espressione nella tutela del marchio, si

sostanza in una tutela personale di diritti dell'autore di carattere non economico.

A sostegno di tale conclusione, che discende principalmente da una analisi dell'attuazione delle competenze comunitarie volte alla realizzazione del mercato interno, potrebbero essere addotte argomentazioni legate alla configurazione del diritto d'autore come diritto dell'uomo e principio generale del diritto comunitario, ma una tale ricostruzione interpretativa risulterebbe necessariamente meno chiara e sicura, in mancanza del supporto della giurisprudenza comunitaria. Va, però, rilevato che solo alla luce della qualificazione del diritto d'autore come diritto dell'uomo, operata, tra l'altro, dalla Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo e dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, è possibile comprendere a fondo la natura degli aspetti del legame tra autore ed opera che caratterizzano questo specifico diritto di proprietà intellettuale, garantendogli una autonoma forma di tutela anche a livello europeo.

## CAPITOLO I

### LA POSIZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE NEL SISTEMA DEL TRATTATO DI ROMA RICOSTRUITA ATTRAVERSO LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

#### 1. L'applicabilità del Trattato ai diritti di proprietà intellettuale: la questione del "dominio riservato" ex art. 222

I diritti di proprietà intellettuale sono nominati, nel Trattato che istituisce la Comunità economica europea, soltanto all'articolo 36, che li contempla come possibile eccezione al principio fondamentale di libera circolazione delle merci. Tale disposizione non è stata emendata né dall'Atto unico europeo, né dal Trattato di Maastricht sull'Unione europea, né dal Trattato di Amsterdam, e la competenza della Comunità europea ad occuparsi di questioni relative ai diritti di proprietà intellettuale si è definita, e si sta definendo, un poco per volta, soprattutto sulla base della giurisprudenza della Corte<sup>1</sup>.

Eppure la materia incide necessariamente sulla realizzazione del mercato comune europeo; i diritti di proprietà intellettuale, infatti, che conferiscono diritti esclusivi temporalmente delimitati sulla base del principio di territorialità, sono stati tradizionalmente considerati un fattore che può determinare barriere commerciali non tariffarie tra gli Stati, in quanto particolarmente adatti, per come è strutturata la loro

<sup>1</sup> In merito alle disposizioni del Trattato di Amsterdam relative alla conclusione di accordi in materia di diritti di proprietà intellettuale cfr. *infra*, Cap. III, par. 2 alla nota 118 e Cap. IV, par. 3 alla nota 32. Con riferimento alla definizione giurisprudenziale della competenza comunitaria si veda Inge GOVAERE, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law - Including a Case Study of the EC Spare Parts Debate*, London, 1996. Che, però, il "campo di applicazione" del Trattato includa anche il diritto d'autore e i diritti connessi è ormai stabilito (si veda *infra*, par. 3.4, a proposito della sentenza *Phil Collins*, che ha recentemente riaffermato tale soluzione, generalizzandone la portata).

protezione, ad ostacolare la diffusione di prodotti, con effetti sulla concorrenza tra prodotti uguali (*intra-brand*) e sostituti (*inter-brand*). La giurisprudenza della Corte si trovò, quindi, a dover trattare questioni inerenti il contrasto tra situazioni protette dai sistemi nazionali di tutela della proprietà intellettuale e principi sanciti dal Trattato.

All'inizio, non era chiaro quale strada la Corte dovesse seguire. Dapprima fu eccepita la sua incompetenza a decidere, riferendosi all'articolo 222 del Trattato, secondo cui è lasciato del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri; la Corte si occupò, invece, dell'argomento, e nella sua giurisprudenza fece riferimento in un primo momento prevalentemente alle disposizioni degli articoli 85 e 86 in materia di concorrenza, e solo negli anni '70 si riferì agli articoli 30 e 36 del Trattato, in materia di libera circolazione delle merci<sup>2</sup>.

L'influenza del diritto comunitario sui diritti di proprietà intellettuale fu affermata per la prima volta dalla Corte di giustizia nel 1966<sup>3</sup>. Le imprese attrici ricorrevano alla Corte per l'annullamento di una decisione della Commissione che aveva sancito l'illiceità di un accordo di distribuzione avente specificamente per oggetto lo sfruttamento di un marchio di fabbrica e sostenevano, tra l'altro, che si era avuta una violazione dell'articolo 222 del Trattato<sup>4</sup>. Si è così posta la questione dell'applicabilità delle regole del Trattato al settore della "proprietà" industriale, infatti la Corte ha dovuto stabilire se i diritti

<sup>2</sup> Questa evoluzione è collegata alla sempre crescente importanza riconosciuta, nella giurisprudenza della Corte, agli artt. 30 e 36, mentre il ricorso agli artt. 85 e 86 si dimostrava insufficiente nella lotta contro i tentativi di chiusura di parti del mercato comune per mezzo dell'esercizio di diritti intellettuali. Si vedano, a questo proposito, Alain STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Paris, 1993 e Peter GROVES, Anthony MARTINO, Claire MISKIN e John RICHARDS, *Intellectual Property and the Internal Market of the European Community*, London/Dordrecht/Boston, 1993.

<sup>3</sup> Sentenza 13 luglio 1966, cause 56/64 e 58/64, *Grundig-Consten*, *Recueil* 1966, p. 429.

<sup>4</sup> Fu allegata anche la violazione di due altre disposizioni del Trattato, e segnatamente l'art. 234, che fa salvi i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato stesso, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra (in merito agli obblighi internazionali allargati che vincolano in questa materia gli Stati membri, e alla loro influenza sul Trattato, si veda *infra*, par. 3.4, in questo stesso Capitolo, e Cap. III), e l'art. 36, in merito al quale si rinvia al prossimo paragrafo.

intellettuale facessero o meno parte di un dominio riservato, nel cui ambito il diritto comunitario, destinato a regolare il mercato, non avrebbe dovuto trovare applicazione.

Evitando di affrontare l'argomento della qualificazione, o meno, del diritto sul marchio come un diritto di proprietà ai sensi dell'articolo 222<sup>5</sup>, la Corte ha in primo luogo constatato che, nel caso di specie, l'esercizio del diritto sul marchio era funzionale all'attuazione di un accordo ritenuto contrario alle norme comunitarie sulla concorrenza, e quindi riconoscere l'"immunità" del diritto intellettuale avrebbe comportato necessariamente l'accettazione degli effetti di un'intesa contraria alle regole del Trattato. Ciò considerato, la Corte ha, però, raggiunto una conclusione di carattere generale, dichiarando che il Trattato non si oppone a qualsiasi influenza del diritto comunitario sui diritti di proprietà industriale<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Sulle problematiche relative alla qualificazione si veda la "chronique" di G. BONET, *Propriétés intellectuelles, Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, p. 104. Ci si è occupati della questione anche nell'ambito del diritto internazionale pubblico, per stabilire se la tutela della proprietà immateriale potesse essere ricompresa nelle norme di diritto consuetudinario sul trattamento dei beni appartenenti agli stranieri e agli Stati esteri. Le dispute dottrinali sul punto si incentrano sul fatto che, nonostante il dato letterale, le caratteristiche del diritto non si configurano alla stregua di quelle di un diritto di proprietà in senso stretto. La dottrina di diritto industriale, e in particolare quella italiana, non si è sempre espressa in favore dell'applicazione dell'istituto della proprietà a diritti il cui esercizio, pur esclusivo, è limitato nel tempo (così Vittorio MENESINI, *Introduzione al diritto industriale. La libertà espressiva e i suoi principi*, Torino, 1995, p. 78.) All'opposto, vi è chi ritiene che la tesi che nega la possibilità di applicare le normative in materia di proprietà, incluso l'esercizio della protezione diplomatica, ai diritti immateriali, basandosi sul carattere non tangibile di questi ultimi, non può essere convincente allo stato attuale dei rapporti economici internazionali (così Jerome REICHMANN, *Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a GATT Connection*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, p. 747; si veda, su questi argomenti, Angela LUPONE, *La proprietà intellettuale nel diritto degli scambi internazionali*, *Comunicazioni e Studi*, 1997, p. 595.) Ricorda anche Diego CORAPI (*Author's Rights in the Light of New Technology - General Report*, in Diego CORAPI (a cura di), *Il diritto d'autore di fronte alle nuove tecnologie*, Napoli, 1994) che la dottrina non segue più pedissequamente la teoria della "proprietà intellettuale". Si è rilevato, infatti, che una delle principali caratteristiche del diritto di proprietà, l'esclusione dei terzi dall'uso del bene, non ricorre nel caso del diritto d'autore, dove al contrario la possibilità di un utilizzo simultaneo da parte di più persone è alla base della rilevanza economica dell'opera protetta, nei confronti della quale la tutela si struttura più come una posizione di monopolio su di una attività, che non di proprietà nei confronti di un determinato bene.

<sup>6</sup> Se anche la Corte avesse affrontato la questione e ritenuto applicabile l'art. 222 ai diritti di proprietà intellettuale, ciò non avrebbe necessariamente significato una

In realtà, nell'interpretazione della Commissione, la disposizione dell'articolo 222 si riferisce essenzialmente all'attribuzione della proprietà a soggetti pubblici o privati e, di conseguenza, è il problema della opportunità di procedere a nazionalizzazioni o, viceversa, a privatizzazioni che rimane prerogativa esclusiva degli Stati membri, mentre il contenuto dei diritti di proprietà, la portata della protezione loro concessa ed i limiti al loro esercizio possono essere disciplinati dalla Comunità nella misura necessaria ai suoi obiettivi, ed in particolare al funzionamento del mercato comune<sup>7</sup>. Secondo tale interpretazione, la sfera dell'azione comunitaria rimane, pertanto, notevole.

Tenuto conto di quanto appena detto, potrebbe apparire superfluo dilungarsi ulteriormente sulla qualificazione "proprietaria" o meno dei diritti esercitabili sulle opere dell'ingegno, in quanto beni in senso giuridico ed economico, ma sembra utile riagganciarsi a tale ottica per svolgere alcune considerazioni che permettono di introdurre un elemento importante nell'ambito del nostro tema. Non va, infatti, dimenticato che il problema del conflitto tra diritti interni di proprietà intellettuale e regole del Trattato sul mercato comune si presenta a causa della coesistenza, all'interno della Comunità, di sistemi di protezione diversi, che operano tramite il riconoscimento di diritti esclusivi

soluzione favorevole alle parti attrici, considerata l'interpretazione giurisprudenziale che si è avuta dell'articolo in questione, nel senso che "i diritti fondamentali e (...) il diritto di proprietà non appaiono come prerogative assolute, ma devono essere presi in considerazione in rapporto alla loro funzione nella società" (sentenza 22 ottobre 1991, C-44/89, Raccolta 1991-I, p. 5119; si veda in merito Jean-Sylvestre BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, Parigi, 1996). La Corte ha avuto modo di pronunciarsi anche recentemente sull'argomento della comprimibilità del diritto al rispetto dei beni e della libertà di esercizio di una attività commerciale, riferendosi alla propria giurisprudenza che consente restrizioni giustificate in nome di obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, ma giustificando, nel caso di specie, la restrizione sulla base di un obiettivo di interesse generale fondamentale per... la Comunità internazionale, cioè porre fine ad uno stato di guerra e a massicce violazioni dei diritti dell'uomo e del diritto umanitario internazionale (cfr. sentenza 30 luglio 1996, *Bosphorus c. Minister for Transport*, C-84/95, Raccolta 1996-I, p. 3953.)

<sup>7</sup> Cfr. Libro verde sul *Diritto d'autore e le sfide tecnologiche*, COM (88) 172 def., del 10 novembre 1988, che a sua volta si riferisce alla interpretazione già data, dell'art. 222, in *Televisione senza frontiere*, libro bianco della Commissione sull'istituzione del mercato comune delle trasmissioni radiotelevisive, specialmente via satellite e via cavo, COM (84) 300 def., del 14 giugno 1984. Si veda, a questo proposito, Peter GROVES, Anthony MARTINO, Claire MISKIN e John RICHARDS, *op. cit.*, p. 2.

su base territoriale. Sebbene siano sufficienti diversità che non implicano, di per sé, notevoli divari tra le impostazioni di base, per creare, di fatto, ostacolo alle libertà di circolazione<sup>8</sup>, va rilevato che, nell'ambito comunitario, esistono sistemi sia di stampo civilista, sia di *common law*, i quali affrontano le problematiche della protezione delle opere dell'ingegno, e specificamente di quelle che consistono in una particolare *espressione*, secondo i due approcci diversi del diritto d'autore e del *copyright*<sup>9</sup>.

Com'è stato giustamente evidenziato in dottrina, i sistemi di "diritto d'autore", affermati sul continente, si incentrano soprattutto sulla protezione dell'autore e vedono prevalere le prerogative personali, nel rapporto con l'opera, rispetto a quelle patrimoniali. Nei sistemi di *copyright*, invece, l'opera è radicalmente distaccata dalla persona dell'autore, acquista una autonomia giuridica assoluta e quindi, considerata come un prodotto, può avere una propria vita economica libera<sup>10</sup>. La terminologia è dunque già di per sé rivelatrice: mentre i Paesi di *common law* parlano di "copyright" per designare un diritto che nasce dall'esistenza di una "copia", di un oggetto in sé, i Paesi di diritto d'autore si riferiscono a un diritto che deriva dall'impegno intellettuale o dall'attività svolta da un autore, un creatore. L'opposizione fondamentale è tra una protezione articolata in riferimento alla persona dell'autore, del creatore, da un lato, ed una articolata in riferimento al prodotto di tale creazione, dall'altro<sup>11</sup>.

Ora, per quanto tale qualificazione possa apparire per molti aspetti fallace e criticabile, entrambi i sistemi di protezione rivelano, nella propria storia, le tracce di un apparentamento con il diritto di proprietà. Così come, infatti, la individuazione del diritto di proprietà

<sup>8</sup> Come si avrà modo di constatare, a proposito della necessaria armonizzazione della durata della protezione; cfr. *infra*, Cap. III.

<sup>9</sup> Per la qualificazione del diritto d'autore come il diritto di proprietà intellettuale che tutela l'espressione, si veda, tra gli altri, Doris Estelle LONG, *The Problem of Developing an International Protection Standard in Today's Multicultural, Economically Diverse, Global Marketplace*, Proceedings of the 90th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 27-30, 1996, Washington.

<sup>10</sup> Cfr. B. EDELMAN, *Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins*, *Journal de droit international*, 1987, p. 555 e STROWEL, *op. cit.*

<sup>11</sup> Cfr. J. PHILLIPS, *La notion d'"auteur" dans la législation sur le droit d'auteur au Royaume-Uni*, *Le Droit d'Auteur*, 1990, p. 26 e Adolf DIETZ, *Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?*, *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht*, 1989, n. 110, p. 57.

si è lentamente distaccata dal suo oggetto materiale, alle origini della stampa il *copyright* non era ben distinto dalla copia materiale su cui esisteva il diritto, tanto che lo stesso termine "copy" veniva utilizzato per indicare sia il manoscritto, sia il diritto su di esso. Il diritto intellettuale ha poi acquistato una propria autonomia nel momento in cui si è iniziato a distinguere il "right in copy", cioè sul manoscritto, dal "right to copy", ossia il diritto esclusivo di moltiplicare le copie. Per quanto riguarda, invece, i sistemi di diritto d'autore, va rilevato che la legislazione francese rivoluzionaria, all'alba della protezione moderna delle opere dell'ingegno, adotta il termine "proprietà letteraria e artistica", a differenza degli altri paesi europei, mentre il termine "diritto d'autore" verrà introdotto solo successivamente dalla dottrina<sup>12</sup>.

## 2. Diritti industriali e commerciali e diritto d'autore

Stabilito che dall'articolo 222 del Trattato non consegue l'impossibilità, per il diritto comunitario, di occuparsi di questioni riguardanti i diritti di proprietà intellettuale, è ora necessario riferirsi alle possibili incidenze del diritto comunitario sul diritto d'autore in particolare. A differenza del brevetto, che tutela la soluzione tecnica nuova di un problema e si sostanzia in una invenzione che deve avere i caratteri della novità e della industrialità, il diritto d'autore tutela l'originalità della espressione utilizzata dal creatore. Tale tutela non si estende a soluzioni, principi, idee e metodi in quanto tali, né conferisce un monopolio analogo a quello del brevetto, giacché qualsiasi altro autore è libero di trovare una propria personale maniera di esprimere un'idea tratta dal lavoro di un altro autore. Per essere tutelata, l'espressione deve, quindi, poter essere distinta dalla idea che esprime, allora essa gode della tutela fin dal momento della sua creazione,

<sup>12</sup> I due termini sono impiegati rispettivamente nel decreto-legge del 24 luglio 1793 e nel *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, di A.C. RENOARD, pubblicato a Parigi nel 1838 (cfr. STROWEL, *op. cit.*). L'utilizzo della nuova dizione si è, in qualche misura generalizzato solo nella seconda metà del XIX secolo. In Baviera, quando la legge sul diritto d'autore fu codificata nel 1865, il legislatore sostituì il termine "proprietà", utilizzato nella prima legge "tedesca" (la legge prussiana del 1837), con il termine "diritto d'autore". In Francia, invece, la legge del 1866 sui diritti degli eredi e degli aventi causa dagli autori abbandonò il termine "proprietà", ma si continuò ad associare la proprietà al regime delle opere dell'ingegno, come è provato dal titolo stesso della legge dell'11 marzo 1957, dedicata alla "proprietà letteraria ed artistica".



senza che sia necessario espletare alcuna formalità di registrazione o di esame, ed anche se l'autore non ne abbia fatto alcuna utilizzazione economica<sup>13</sup>.

Nel Trattato di Roma l'espressione "diritto d'autore" figurava soltanto all'Allegato III, richiamato dall'articolo 106, che impediva agli Stati membri di introdurre nei loro rapporti nuove restrizioni per i trasferimenti relativi alle transazioni invisibili<sup>14</sup>. Alla tesi di chi vedeva in questa disposizione la prova che il Trattato di Roma trovasse applicazione nei confronti del diritto d'autore, si obiettava, però, che "i trasferimenti di somme che discendono dalla percezione dei diritti d'autore" - cui fa riferimento l'Allegato III - "non hanno generalmente molto a che vedere con le cessioni di diritto che, in genere, sono anteriori alla distribuzione dei benefici"<sup>15</sup>.

Il secondo riferimento normativo, nel Trattato, ai diritti su beni immateriali è contenuto nell'articolo 36; esso contempla la tutela della proprietà industriale e commerciale tra i motivi che giustificano il permanere di disposizioni nazionali che implicano divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione o al transito tra Stati membri. Prima di specificare entro quali limiti è possibile riconoscere tale eccezione,

<sup>13</sup> In questi termini imposta la distinzione tra i principali diritti di proprietà intellettuale la Comunicazione della Commissione *Diritti di proprietà intellettuale e normalizzazione*, COM(92) 445 def., del 27 ottobre 1992, dove è anche ricordato, tra l'altro, che formalità di registrazione esistono in alcuni paesi. In realtà, imporre la registrazione ai fini del riconoscimento della tutela è contrario all'art. 5(2) della Convenzione sulla protezione delle opere letterarie e artistiche (Bern, 1886, sulla quale si veda *infra*, Cap. III), che dispone: "The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality". Tuttavia, negli Stati Uniti le opere che non erano state debitamente registrate prima del maggio 1989, data dell'entrata in vigore della Convenzione per gli Stati Uniti, rimangono sprovviste della tutela di diritto d'autore (cfr. GOVAERE, *op. cit.*, p. 23).

<sup>14</sup> Il diritto d'autore vi figurava insieme ai giornali, ai periodici, ai libri, alle edizioni musicali, ai film e ai dischi. La situazione può ritenersi modificata dopo gli emendamenti apportati dal TUE, che portano all'affermazione di una volontà nuova di promuovere il pieno sviluppo delle culture degli Stati membri (art. 3 (p), il che presuppone l'appoggio e la integrazione della cooperazione tra gli Stati membri nel settore della creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo (art. 128). In merito alla introduzione della competenza comunitaria in materia di cultura ed ai suoi riflessi sulle altre politiche comunitarie, si veda *infra*, al prossimo Capitolo.

<sup>15</sup> Così Adolf DIETZ, *Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du Traité instituant la Communauté Economique Européenne*, publication de la Commission des Communautés Européennes, Collection Etudes, Série Secteur culturel, n. 2, Bruxelles, 1976, al par. 33. Cfr. anche André FRANÇON, *Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, 1992.

limiti sostanzialmente indicati nell'ultima frase dello stesso articolo e progressivamente definiti nella giurisprudenza della Corte, è necessario fare alcune considerazioni a proposito dei termini utilizzati dal Trattato, allo scopo di individuare l'effettiva portata dell'eccezione, che si rivelerà più estesa di quanto possa sembrare a prima lettura e comprensiva, in particolare, delle esigenze di tutela del diritto d'autore.

Se ci si ferma al dato letterale, in particolare il secondo elemento della formula, il riferimento alla "proprietà commerciale", può senz'altro suscitare una certa perplessità, fino anche a considerare la dizione "inesatta"<sup>16</sup>. Può rivelarsi utile a chiarire il significato di tali termini un confronto con l'articolo XX del GATT, sulla cui falsariga si è formulata l'equivalente disposizione comunitaria<sup>17</sup>. La concisa espressione latina "proprietà industriale e commerciale" trova, in quel testo, il suo equivalente in un lungo elenco, alla maniera anglosassone, che nomina la protezione dei brevetti, dei marchi, dei diritti d'autore e di riproduzione, nonché le misure atte ad impedire le pratiche dirette ad indurre in errore. Si è ritenuto che si possa da ciò argomentare che l'espressione "proprietà industriale" dell'articolo 36 designi, secondo la sua accezione più restrittiva, soltanto i diritti esclusivi propriamente detti (marchio, brevetto e diritto d'autore), mentre sotto la dizione "proprietà commerciale" vadano ricomprese le misure dirette a contrastare la concorrenza sleale<sup>18</sup>.

Per quanto qui più interessa, il confronto con il testo del GATT avrebbe, dunque, permesso di "leggere tra le righe dell'articolo 36 e sottintendervi il diritto d'autore", ma tale soluzione era controversa in dottrina, poiché, d'altra parte, si faceva notare che in nessun luogo d'Europa il linguaggio giuridico ha mai designato il diritto d'autore

<sup>16</sup> Cfr. Henri DESBOIS, *Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du Marché commun*, in *Melanges en l'honneur de Paul Roubier*, Parigi, 1961.

<sup>17</sup> Il testo del GATT, ed in particolare dell'art. XX, non risulta modificato a seguito degli Accordi dell'Uruguay Round, che hanno visto nascere l'Organizzazione Mondiale del Commercio (si veda, in proposito, Reinhard QUICK, *I risultati dell'Uruguay Round del GATT e l'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, La Comunità internazionale, 1994, p. 675).

<sup>18</sup> Accoglie, invece, l'accezione più estesa della nozione di "proprietà industriale" la Convenzione sulla protezione della proprietà industriale (Parigi, 1883), che all'art. 1, par. 2 dichiara che la protezione della proprietà industriale ha per oggetto i brevetti delle invenzioni, i modelli di utilità, i disegni o modelli industriali, i marchi di fabbrica o commerciali, la ditta e le indicazioni di provenienza o di origine, nonché la repressione della concorrenza sleale. Su questi argomenti cfr. STROWEL, *op. cit.*

come una "proprietà industriale"<sup>19</sup>. La questione della competenza comunitaria in materia di diritto d'autore è stata, quindi, affrontata dalla Corte di giustizia; essa in un primo momento, nel 1971, ha accennato alla specificità dei diritti connessi al diritto d'autore, senza però pronunciarsi sul punto, che è stato esplicitamente chiarito solo dieci anni dopo<sup>20</sup>.

Nella sentenza *Musik-Vertrieb et al. c. GEMA*, del 20 gennaio 1981, la Corte ha dovuto rispondere alle eccezioni formulate dal governo francese, che erano sostanzialmente fondate sulla specificità del diritto d'autore, in considerazione delle sue prerogative morali. La Corte ha allora stabilito che "(...) è vero che il diritto d'autore comporta dei diritti morali della natura di quelli indicati dal governo francese. Esso comporta, tuttavia, anche altre facoltà, e in particolare quella di sfruttare commercialmente la possibilità di mettere in circolazione l'opera protetta (...). È quest'ultimo elemento, di natura economica, che costituisce l'oggetto della questione sollevata (...) e non vi è motivo di operare, a questo riguardo, per l'applicazione (...) del Trattato, una distinzione tra il diritto d'autore e gli altri diritti di proprietà industriale e commerciale"<sup>21</sup>.

Questo passaggio della Corte non lascia dubbi sul fatto che, pur tenuto conto delle prerogative morali che lo caratterizzano, il diritto d'autore è sottoposto, al pari degli altri diritti di proprietà intellettuale, alle regole del Trattato, per quanto riguarda gli aspetti di sfruttamento commerciale<sup>22</sup>. La Corte di giustizia si è dunque occupata

<sup>19</sup> A favore di tale interpretazione estensiva, cfr. DESBOIS, *op. cit.*, contrario, invece, Frank GOTZEN, *Het bestemmingsrecht van der auteur*, Bruxelles, 1975, p. 389 (résumé in francese).

<sup>20</sup> Cfr. sentenza 8 giugno 1971, *DGG c. Metro-S.B.-Grossmarkte*, 78/70, *Raccolta* 1971, p. 487. La Corte ha potuto evitare di risolvere la questione perché la società *Deutsche Grammophon* aveva cercato di dimostrare l'inapplicabilità del Trattato alla proprietà industriale sulla base di argomentazioni simili a quelle del caso *Grundig-Consten* (cfr. *supra*, nota 3), senza fondare le proprie ragioni sulla natura specifica dei diritti connessi al diritto d'autore; solo in un inciso delle conclusioni dell'Avvocato generale, si legge "i diritti di proprietà industriali riconosciuti dalle legislazioni nazionali, nozione che comprende il diritto d'autore e i diritti connessi, (...)".

<sup>21</sup> Cause 55 e 57/80, *Raccolta* 1981, p. 147.

<sup>22</sup> Per quanto riguarda la questione terminologica, si può rilevare che la Corte, in una sentenza del 1980, aveva impiegato l'espressione "proprietà intellettuale", mentre la Commissione continuava ad utilizzare l'espressione "proprietà industriale" per designare l'insieme dei diritti intellettuali, e ciò può essere indicativo del fatto che le istituzioni comunitarie si trovano spesso ad impiegare formule necessariamente

di cause che presentavano aspetti di tutela del diritto d'autore o di diritti connessi, sebbene questi casi siano meno numerosi e di portata più limitata rispetto a quelli riguardanti altri diritti di proprietà intellettuale, come i brevetti e i marchi; è chiaro, infatti, "che i principi che vietano la compartimentazione del mercato si applicano alle cause vertenti sul diritto d'autore allo stesso titolo delle cause in cui il diritto di proprietà industriale in questione è un brevetto o un marchio. (...) Di conseguenza, è lecito affermare che le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione delle merci si applicano di massima, *mutatis mutandis*, ai prodotti tutelati dal diritto d'autore"<sup>23</sup>.

Si possono svolgere, a tale proposito, due ordini di considerazioni. Innanzitutto va detto che le parole della Commissione appena riportate si riferiscono specificamente a casi riguardanti le libertà di circolazione, ma le incidenze indirette del diritto comunitario sulla tutela, a livello nazionale, del diritto d'autore riguardano anche le norme sulla concorrenza e il principio di non discriminazione, come si avrà modo di illustrare nei prossimi paragrafi. I principi generali enucleati dalla giurisprudenza della Corte in tale ambito, sebbene spesso riferiti a diritti diversi, riguardando sempre elementi economici, possono essere estesi ad analoghi casi in cui è in questione il diritto d'autore, secondo quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Musik-Vertrieb et al. c. GEMA*; si tenterà, quindi, di evidenziare quanto specificamente relativo al diritto d'autore, ma in realtà l'applicazione del Trattato ai diritti di proprietà intellettuale operata dalla Corte, sebbene in teoria consapevole delle diverse caratteristiche

imprecise, se lette nel quadro di un singolo sistema giuridico interno. Non va dimenticato, infatti, che il diritto comunitario deve essere applicato allo stesso modo in tutti gli Stati membri, i cui ordinamenti giuridici presentano, in questo settore, notevoli differenze. Cfr. sentenza 18 marzo 1980, *Coditel I*, 62/79, in *Raccolta*, 1980, p. 881. Già nella sentenza *Coditel* la Corte aveva applicato le disposizioni del Trattato ad un caso riguardante il diritto d'autore, ma senza dare luogo ad una affermazione di carattere generale, come quella, riportata, dell'anno seguente; si era piuttosto riferita alla specificità del settore economico (la causa riguardava lo sfruttamento di un'opera audiovisiva) ed alla natura "commerciale" del diritto in questione.

<sup>23</sup> Cfr. Commissione delle CE, COM (88) 172 def, Libro verde *Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche, problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata*, del 10 novembre 1988. In quanto impostazione della futura azione di armonizzazione normativa comunitaria, avremo modo di tornare in seguito sul Libro verde (cfr. *infra*, Capitolo II). Si può qui semplicemente sottolineare come la Commissione continui a preferire la formula "proprietà industriale" riferita specificamente anche al diritto d'autore.

all'interno di tale categoria generale, in pratica configura un approccio in massima parte comune.

Ciò ci porta al secondo ordine di considerazioni, per cui è offerto uno spunto particolarmente significativo dalle due semplici parole dell'ultimo inciso nel documento citato della Commissione. *Mutatis mutandis*. Quali sono, dunque, i parametri al variare dei quali anche la valutazione del diritto di proprietà intellettuale, che opera nel sistema del Trattato, potrà variare? In parte, ed entro certi limiti, si tratta di parametri relativi alla caratterizzazione nazionale del diritto, poiché la Corte riconosce agli Stati la prerogativa di disciplinarne l'esistenza<sup>24</sup>, ma senz'altro è fondamentale rinvenire nel Trattato, se vi sono, gli elementi che impongano una tale particolare considerazione del diritto d'autore, ed a tale analisi sarà, appunto, dedicato il prossimo Capitolo.

Passiamo, dunque, ora ad analizzare come la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza, abbia gradualmente elaborato dei principi generali alla luce dei quali individuare i limiti entro cui il diritto comunitario, ed in particolare le norme sulla libera circolazione di beni e servizi, sulla concorrenza e, più recentemente, anche sul principio di non discriminazione, incide sui diritti nazionali di proprietà intellettuale, per tutelare gli obiettivi del Trattato.

### **3. Conflitto tra i sistemi nazionali di protezione dei diritti di proprietà intellettuale e le norme del Trattato**

#### *3.1. Libera circolazione delle merci*

Sembra corretto cominciare questa analisi dell'incidenza sulle normative nazionali di diritto d'autore, da parte di norme del Trattato che godono di efficacia diretta, con quanto riguarda la libera circolazione delle merci, cui è esplicitamente riferita la norma dell'articolo 36. Poiché ciascuna legislazione protegge il diritto d'autore nell'ambito del proprio territorio, l'autore che è titolare di diritti sulla propria opera in uno degli Stati del mercato comune potrebbe, in teoria,

<sup>24</sup> La controversa ed ingannevolmente semplice contrapposizione tra esistenza ed esercizio dei diritti, portata avanti nella giurisprudenza della Corte e ribadita anche nella recente sentenza *Magill*, verrà affrontata nel seguito di questo Capitolo, ed in particolare nel paragrafo conclusivo.

opporsi a che esemplari di tale opera vengano importati dall'estero<sup>25</sup>. È, dunque, evidente che possano sorgere conflitti tra la territorialità del diritto d'autore e il principio di libera circolazione delle merci stabilito agli articoli 30 e seguenti del Trattato.

Ben presto, infatti, nel funzionamento del Trattato della Comunità economica europea, ci si dovette chiedere entro quali limiti i diritti di tutela della proprietà intellettuale in uno Stato membro A potessero essere esercitati allo scopo di impedire l'importazione in tale Stato degli "stessi beni" da un altro Stato membro B. Andava stabilito, cioè, quale fosse la disciplina di beni immessi dapprima sul mercato nello Stato B ed ivi acquistati da un "importatore parallelo", che, all'atto di introdurli nello Stato A, avrebbe dovuto fronteggiare le azioni a tutela del diritto di proprietà intellettuale, che risultava non ancora speso nell'ambito di tale territorio. Particolarmente delicate e controverse apparivano, poi, le sorti di tali azioni a tutela del diritto di proprietà intellettuale nel caso in cui fosse stato lo stesso titolare del diritto nello Stato A, direttamente o attraverso terzi, ad autorizzare l'immissione sul mercato nello Stato B.

<sup>25</sup> Naturalmente, tale potere dell'autore di impedire l'importazione di copie della propria opera permane intatto quando esse provengano da uno Stato terzo rispetto alla Comunità, poiché tale caso non è regolato dal Trattato. Ciò che può apparire meno evidente, ma è stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte, è che le considerazioni che riguardano l'instaurazione del mercato comune non entrano in gioco nemmeno se lo Stato terzo in questione ha concluso con la Comunità un accordo di libero scambio che riproduce letteralmente le formule degli articoli 30 e 36 del Trattato di Roma. Era questo il caso deciso dalla Corte con la sentenza 9 febbraio 1982, *Polydor c. Harlequin Record Shops* (270/80, *Raccolta* 1982, p. 329); una società britannica, la RSO, titolare del diritto d'autore su alcune registrazioni sonore, aveva concesso ad una sua filiale, la *Polydor*, una licenza esclusiva per il Regno Unito e a due società portoghesi la licenza per il Portogallo. Importatori inglesi, che avevano acquistato in Portogallo i dischi su cui erano incise tali registrazioni, li avevano messi in vendita nel Regno Unito attraverso i negozi *Harlequin* senza autorizzazione né della RSO né di *Polydor*, e ritenevano l'importazione lecita in virtù dell'accordo di libero scambio concluso tra la Comunità economica europea e il Portogallo, che ancora non ne era divenuto membro. La Corte non ha, però, ritenuto applicabile il principio di libera circolazione delle merci ai rapporti con il Portogallo, e con esso la regola dell'esaurimento del diritto; nonostante, infatti, l'opera fosse stata messa in circolazione in Portogallo con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, si è ritenuto che RSO e *Polydor* potessero validamente opporsi all'entrata delle registrazioni nel Regno Unito. Cfr. anche, in merito ai rapporti con gli Stati terzi, la sentenza 15 giugno 1976, *EMI c. CBS (EMI I)*, 51/75, 86/75 e 96/75, *Raccolta* 1976, pp. 811, 871, 913, nonché la recente sentenza 16 luglio 1998, *Silhouette International Schmied c. Hartlauer*, C-355/96, *Raccolta* 1998-I, p. 4799.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, in linea di massima, favorisce le "importazioni parallele", in quanto queste ultime sono nello stesso tempo una conseguenza dell'attuale imperfezione del mercato unico ed un meccanismo automatico di aggiustamento verso l'uniformità dei prezzi nello spazio comunitario<sup>26</sup>. Se, infatti, alcune delle ragioni alla base del persistere di differenze di prezzo, dopo quarant'anni di progressiva realizzazione del mercato comune, sono coeve e pressoché ineliminabili, legate alle diversità di gusti e ad altre priorità, rispetto ad altri fattori la pratica delle importazioni parallele, redditizia perché conveniente proprio a causa delle differenze di prezzo e possibile solo nell'ottica del mercato comune senza barriere interne, può avere un effetto di livellamento dei prezzi.

Ora, alcuni dei casi più complessi e significativi sono originati dalla minore tutela della proprietà intellettuale disposta nello Stato membro B rispetto a quella prevista nello Stato membro A; tutta la questione può, naturalmente, trovare una definitiva soluzione solo attraverso l'armonizzazione dei diritti interni e la Corte, fin dove le è stato possibile, ha evitato di addentrarsi in valutazioni critiche di tali differenze normative, dichiarando di doversi limitare alla valutazione delle condizioni di esercizio di tali diritti, poiché ciò che attiene alla loro esistenza è di competenza degli Stati membri<sup>27</sup>. Tale esercizio incontra, nella giurisprudenza delle Corti, il limite sostanziale dell'"esaurimento di portata comunitaria", il che significa che il titolare del diritto, una volta autorizzata la commercializzazione dei beni nello Stato membro B (e quindi secondo le regole di B), non potrà più far valere il suo diritto in un qualsiasi altro Stato membro A, dove tali beni potranno essere liberamente esportati.

Premesso che dalla giurisprudenza della Corte in materia non sembra possibile ricavare un coerente ed esaustivo quadro unitario, bensì piuttosto una serie di idee-guida, "principi", a volte contraddetti dalla Corte stessa, che formula valutazioni legate alle particolari

<sup>26</sup> In questo senso, cfr. William Rodolph CORNISH, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Third Edition, London, 1996.

<sup>27</sup> Le misure comunitarie di armonizzazione del diritto d'autore, cominciate sul finire degli anni '80, verranno introdotte e brevemente illustrate nel Capitolo III; per alcune considerazioni relative alla teorica possibilità di distinguere la disciplina delle condizioni di esistenza dei diritti in parola dalle modalità del loro esercizio, cfr. *infra*, par. 4.

caratteristiche del caso di volta in volta considerato<sup>28</sup>, e che quindi qualsiasi tentativo di ridurre a coerenza i dati della prassi giurisprudenziale comporta necessariamente l'accantonamento, o la sottovalutazione, di alcuni elementi a favore di altri, sembra particolarmente significativo assumere come essenziale filo conduttore dell'analisi che ci si appresta a svolgere la posizione dell'autore in relazione al suo stesso comportamento<sup>29</sup>. Si può, dunque, distinguere una prima situazione, in cui, nel paese di prima immissione sul mercato comune, l'autore si vede riconosciuti dei diritti sull'opera, ma i beni sono stati fabbricati e messi in circolazione disconoscendo i suoi diritti; una seconda situazione, in cui l'autore non ha alcun diritto sull'opera nel paese di prima commercializzazione, dove però i beni sono messi in circolazione in modo perfettamente lecito; una terza situazione, in cui all'autore sono riconosciuti dei diritti sull'opera nello Stato di prima immissione sul mercato, dove i beni sono fabbricati e messi in circolazione con la sua autorizzazione, ed una quarta situazione, in cui all'autore sono riconosciuti dei diritti sull'opera nello Stato di prima immissione sul mercato, ma i beni sono ivi fabbricati e messi in circolazione in base ad un sistema di licenze obbligatorie, e non di diritti esclusivi.

Nella prima situazione, che è quella logicamente meno complessa, si verifica una violazione delle normative sul diritto d'autore dello Stato di prima immissione sul mercato; si tratta, in pratica, di casi di contraffazione, o meglio, nella fattispecie, di pirateria. Il fenomeno della pirateria, trasformato in vera piaga dalle moderne, sempre più perfette ed agevoli, tecniche di riproduzione delle opere protette, è affrontato dalla Commissione nel Libro verde sul *Diritto d'autore e le*

<sup>28</sup> Nota BERGÉ, *op. cit.*, che il diritto comunitario in materia di diritto d'autore non è nato in un giorno, né si è sviluppato a partire da uno studio preliminare, e di ciò va tenuto conto, perché per comprendere ciò che ne risulta bisogna prescindere completamente da qualsiasi concetto di diritto interno. "Il est un fait incontestable que le mode prétorien mis en oeuvre pour définir les conditions d'application du Traité au droit d'auteur a contraint le juge européen à avancer pas à pas, quitte parfois à faire marche arrière" (cfr. pp. 128-129).

<sup>29</sup> E' questo l'approccio proposto da FRANÇON, *op. cit.*; si ritiene corretto affrontare la problematica in tale ottica, che incentra l'attenzione sul rapporto tra creatore e opera, in considerazione del fatto che si presuppone che gli interessi legittimamente protetti dal diritto d'autore nella sistematica del Trattato non siano soltanto quelli delle industrie la cui vita è legata allo sfruttamento di tali diritti (cfr. *infra*, par. 6 e Capitolo II).



*sfide tecnologiche*, del 1988, dove è illustrata l'intenzione della Commissione di sottoporre al Consiglio una proposta di regolamento che estenda ai beni coperti dal diritto d'autore l'attuale divieto comunitario di realizzare beni contraffatti da immettere in libera circolazione e applichi un regime di mutua assistenza in caso di violazioni<sup>30</sup>. Naturalmente, in questo caso non c'è dubbio che l'autore possa opporsi alla diffusione in genere, e quindi anche alla importazione, in altro Stato comunitario, di tali beni contraffatti.

La seconda situazione si presenta più delicata; poiché, infatti, la prima commercializzazione comunitaria dei beni è avvenuta in modo lecito, sebbene le normative statali applicabili non prevedessero la forma di tutela dell'autore in questione, su quali basi l'autore si arrogherebbe il diritto di bloccarne la libera circolazione? In una decisione del 1980, la Corte ha risolto una controversia vertente su un tale caso in modo sfavorevole al titolare del diritto di proprietà intellettuale, che nella fattispecie era costituito da un brevetto<sup>31</sup>. Si trattava dell'importazione nei Paesi Bassi di una medicina fabbricata e messa in circolazione, dal titolare del brevetto olandese in persona, per la prima volta in Italia, dove non era brevettabile. Il titolare del brevetto olandese voleva opporsi a che un terzo facesse entrare nei Paesi Bassi le medicine che provenivano dall'Italia. La Corte di giustizia tenne conto del fatto che era stato lo stesso titolare del brevetto a scegliere di immettere le medicine sul mercato in Italia e decise che la restrizione alla circolazione non era giustificata.

<sup>30</sup> Cfr. *Libro verde... cit.* Si tratta di una estensione del regolamento del Consiglio (CEE) n. 3842/86, effettivamente avvenuta con l'adozione del nuovo regolamento 3295, del 22 dicembre 1994 (*GUCE* L 341 del 30 dicembre 1994), che ha sostituito il precedente. Il regolamento riconosce come occasione idonea a contrastare efficacemente l'immissione sul mercato comunitario delle merci contraffatte il momento del controllo - per l'introduzione nel territorio della CE o per l'uscita da esso - delle merci in questione (si veda, a questo proposito, Franco DE ANTONI, *Nella UE una barriera doganale alle merci contraffatte*, *Commercio internazionale*, 1995, p. 510.)

<sup>31</sup> Cfr. sentenza 14 giugno 1981, *Merck c. Stephar*, 187/80, *Raccolta* 1981, p. 2063. E' facile ritenere, con FRANÇON (*op. cit.*), che la soluzione sia, nell'ottica della Corte, estensibile al diritto d'autore, il cui oggetto specifico era stato, appena pochi mesi prima, assimilato, per quanto riguarda l'aspetto patrimoniale, a quello del brevetto (cfr. sentenza *Musik-Vertrieb et al. c. GEMA*, *cit.*) Sebbene, infatti, la Corte avesse riconosciuto in quella occasione l'esistenza anche di una dimensione morale del diritto d'autore, tale differenza tra le due tutele non aveva giustificato una diversa soluzione nell'ambito patrimoniale, né risulta che la Corte si sia finora pronunciata sulle caratteristiche non patrimoniali del diritto.

La sentenza appena ricordata sollevò animate discussioni in dottrina, vi era da un lato chi sottolineava che la decisione presa attentava alla sostanza stessa del diritto, che veniva escluso, e, dall'altro, chi ricordava che si era trattato delle conseguenze di una libera scelta del titolare del diritto<sup>32</sup>. In un caso più recente, che per alcuni aspetti può essere assimilato a quello sopra esposto, la Corte risolse la questione in modo favorevole al titolare del diritto. Si trattava, stavolta, non di una totale assenza di tutela nello Stato di prima commercializzazione, ma di una tutela di durata minore. Nel caso di specie, il titolare dei diritti su dei dischi, ancora protetti in Germania ma ormai caduti nel pubblico dominio in Danimarca a causa delle differenti durate riconosciute alla tutela nei due Stati comunitari, voleva opporsi alla loro entrata in Germania<sup>33</sup>.

Naturalmente, oggi una simile questione è superata alla radice, poiché è nel frattempo intervenuta una direttiva comunitaria ad armonizzare il termine di durata della protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi<sup>34</sup>, ma vi sono alcuni aspetti di questa decisione che, se comparati al caso precedente, mettono in luce come l'approccio caso-per caso della Corte, così legato alle peculiari caratteristiche della specifica situazione in discussione, possa portare, se si tenta di generalizzare, a conclusioni decisamente poco soddisfacenti. La differenza tra le due decisioni, infatti, non è esplicitamente motivata dal criterio del consenso, e cioè dal fatto che nel primo caso era stato direttamente il titolare del diritto ad esaurirlo "giocandoselo" nello Stato che offriva una minore (anzi nulla) protezione, mentre nel secondo caso i dischi erano stati immessi sul mercato in Danimarca da terzi<sup>35</sup>. Nella seconda sentenza è invece sottolineato che "nella misura in cui le differenze tra normative nazionali possono originare restrizioni nel traffico intracomunitario di

<sup>32</sup> Così FRANÇON, *op. cit.*, il quale, però, rileva che quest'ultimo argomento è discutibile, almeno se riferito al diritto d'autore, poiché un autore debuttante è, generalmente, praticamente costretto a pubblicare nello Stato di cui è cittadino, anche se la legge locale gli è sfavorevole.

<sup>33</sup> Cfr. sentenza 24 gennaio 1989, *EMI Electrola GmbH c. Patricia Im- und Export (EMI II)*, 341/87, *Raccolta* 1989, p. 79 (si trattava di incisioni di Cliff Richard).

<sup>34</sup> Cfr. *infra*, Capitolo III, par. 3.2.

<sup>35</sup> Inoltre, se i terzi in questione avevano il diritto di immettere le opere in circolazione, perché acquisito dall'originario titolare, non si vede come ciò potesse logicamente impedire l'effetto dell'esaurimento, almeno nei limiti dei diritti ceduti ai terzi. Ritene, invece, decisivo il "criterio del consenso" FRANÇON, *op. cit.*

supporti del suono, tali restrizioni sono giustificate sulla base dell'articolo 36 del Trattato se sono il risultato di differenze tra le norme che regolano la durata della protezione, poiché questa è inscindibilmente connessa all'esistenza stessa dei diritti esclusivi<sup>367</sup>.

Ora, si può certamente, nella sostanza, condividere la decisione della Corte perché se, nel caso di specie, avesse concluso altrimenti, facendo valere il principio dell'esaurimento del diritto, ne sarebbe risultato un allineamento della Comunità sul termine più breve di protezione del diritto d'autore tra quelli previsti nelle legislazioni interne comunitarie, ottenendo l'effetto di una uniformazione verso il basso estremamente svantaggiosa per gli autori. Non si può fare a meno, tuttavia, di supporre che sia stato il riferimento al fatto che la durata configura una dimensione dell'esistenza del diritto, ed è dunque rimasta nel dominio riservato degli Stati, a motivare la diversa conclusione rispetto al caso delle medicine provenienti dall'Italia. Tale ragionamento porterebbe, dunque, a concludere che invece, nel caso precedente, si aveva esaurimento perché la prima immissione sul mercato, per quanto per nulla protetta, era comunque lecita sotto il profilo della mancata esistenza del diritto. Come dire che mentre la differenza di normative su di un profilo che attiene all'esistenza di un diritto giustifica l'impedimento alla libertà di circolazione, la differenza sul riconoscimento stesso, o meno, della esistenza del diritto non può comportare tale conseguenza.

La terza situazione prospettata rappresenta il "caso di scuola", se così è possibile esprimersi in una materia tanto complessa, in cui la regola dell'esaurimento del diritto è destinata ad operare senza contrasti. Infatti, avendo dato la sua autorizzazione in uno Stato comunitario alla prima fabbricazione ed immissione sul mercato delle merci in questione, si deve ritenere che l'autore abbia esaurito il diritto, che gli era riconosciuto. Si tratta, dunque, dello specifico conflitto tra la territorialità del diritto esclusivo interno e le dimensioni comunitarie del mercato unico, senza che entrino realmente in gioco considerazioni relative alle diversità sostanziali tra i regimi territoriali. Riconoscere, in questo caso, la possibilità, per il titolare del diritto, di opporsi alla libera circolazione delle merci equivale a disconoscere l'efficacia diretta delle norme del Trattato sulla libera circolazione, oppure mettere in discussione la sostanza

<sup>367</sup> Cfr. sentenza *Electrola*, cit., par. 96.

stessa del principio dell'esaurimento del diritto, enucleato dalla Corte<sup>37</sup>.

Specificamente in materia di diritto d'autore, si possono qui ricordare due casi risolti dalla Corte nel senso, appunto, dell'avvenuto esaurimento del diritto. Nel primo la società tedesca *Deutsche Grammophon* aveva fabbricato dei dischi, che aveva inviato alla sua filiale francese *Polydor France*, e quest'ultima li aveva a sua volta inviati in Germania alla società *Metro*, che intendeva venderli sul mercato tedesco ad un prezzo inferiore rispetto a quello praticato dalla

<sup>37</sup> Va rilevato che la Corte aveva, in realtà, sebbene in una decisione isolata, sviluppato un principio di stampo diverso rispetto alla teoria dell'esaurimento del diritto, poiché prescinde dall'elemento del consenso. Si trattava della cosiddetta dottrina della "origine comune", prospettata all'inizio degli anni '70, che è qui il caso di ricordare, anche se non confermata dalla successiva giurisprudenza della Corte, perché rappresentò un esempio estremo della forte determinazione a liberare il mercato interno delle merci dalle suddivisioni causate dai diritti di proprietà intellettuale, ed in particolare dalla tutela dei marchi (cfr. CORNISH, *op. cit.*, p. 649 e ss., nonché GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *op. cit.*). Nella sentenza 3 luglio 1974, *Van Zuylen Frères c. Hag* (192/73, *Raccolta* 1974, p. 731), la Corte, infatti, sostenne che quando la titolarità su marchi simili o identici, che hanno un'origine comune, è riconosciuta in capo a soggetti diversi in diversi Stati-membri, i titolari non possono opporsi all'importazione di merci che portano legittimamente il marchio, provenienti dall'altro Stato. La decisione fu fortemente criticata, perché in sostanza negava la funzione del marchio come segno necessario della provenienza di merci e servizi, e la Corte ebbe ben presto a dire che il caso *HAG* sull'origine comune era un caso speciale (così in sentenza 22 giugno 1976, *Terrapin c. Terranova*, 119/75, *Raccolta* 1976, p. 1039). Senz'altro il caso *HAG* era davvero particolare, poiché la contitolarità di marchi simili tra diverse imprese tedesche e belghe era stata originata nel 1944 da una espropriazione governativa motivata dal sequestro di proprietà nemiche, ma la Corte non perse l'occasione, appena le fu possibile, di eliminare le forti perplessità sollevate, decidendo in modo completamente opposto la controversia reciproca a quella del primo caso *HAG* ed affermando esplicitamente che la decisione controversa era sbagliata, e che le importazioni nei due Stati potevano essere bloccate attraverso la tutela dei marchi, pur collegati dall'"origine comune" (cfr. sentenza 17 ottobre 1990 *CNL-Sucal c. HAG GF, C-10/89, Raccolta* 1990-I, p. 3711). Ancor prima, nella sentenza *Terrapin* cit., la Corte, pur indirettamente confermando la dottrina della "origine comune", si era affrettata a specificare che l'impossibilità di opporsi all'inserimento sul proprio mercato nazionale di prodotti con marchi affini provenienti da altro Stato comunitario non poteva essere estesa a marchi acquisiti in modo indipendente da imprese che non hanno alcun collegamento, escludendo quella che era stata paventata come una strada ancor più pericolosa aperta dalla prima sentenza *HAG*. In merito alle vicende di marchi affini, non può, ormai, prescindere dall'esistenza di una direttiva di armonizzazione (Direttiva del Consiglio 89/104, *GUCE* L 40, dell'11.2.1989, p. 1.)

*Deutsche Grammophon*<sup>38</sup>. Quest'ultima si oppose, appellandosi alla legislazione tedesca, che riconosceva ai fabbricanti di dischi un diritto connesso al diritto d'autore e non lo riteneva esaurito se la prima immissione sul mercato dei dischi avveniva all'estero. La Corte di giustizia, in linea con il principio dell'esaurimento comunitario del diritto, affermò che "il solo motivo che l'immissione sul mercato non fosse avvenuta sul territorio dello Stato membro" non era sufficiente a riconoscere l'esercizio del diritto esclusivo, perché ciò sarebbe stato contrario alle norme che prevedono la libera circolazione dei prodotti all'interno del mercato comune.

Nel secondo caso *Imerco*, un gruppo di società titolare in Danimarca del diritto d'autore su disegni di castelli reali danesi riprodotti su di un servizio di stoviglie, sul cui retro era riprodotto anche il marchio del gruppo, aveva invocato la legislazione danese per impedire che le stoviglie fossero importate dal Regno Unito in Danimarca. Esse erano state fatte confezionare nel Regno Unito per il 50° anniversario della fondazione del gruppo, riservando la vendita esclusiva ai membri dell'*Imerco* e consentendo al fabbricante la vendita dei pezzi di seconda scelta, ma con l'obbligo di non esportarli in Danimarca, dove si voleva salvaguardare la buona reputazione degli autori danesi delle immagini. Tuttavia, un proprietario dei supermercati danesi *Dansk Supermarked* si procurò nel Regno Unito un certo numero di servizi e li mise in vendita in Danimarca ad un prezzo notevolmente inferiore rispetto a quello dei pezzi di *Imerco*, che in un primo momento, opponendosi a tale violazione del proprio diritto interno di proprietà intellettuale, la ebbe vinta di fronte al tribunale danese, ma soccombette poi, in seguito alla interpretazione chiesta alla Corte di giustizia delle norme sulla libertà di circolazione<sup>39</sup>.

L'ultima, tra le quattro situazioni sopra delineate, appare estremamente delicata, e tocca uno dei maggiori punti di frizione tra i sistemi di *copyright* e di diritto d'autore. Si tratta dell'eventualità che l'autore abbia acconsentito alla fabbricazione e immissione sul mercato della sua opera per la prima volta sotto la disciplina di un ordinamento che prevede un regime di licenze non volontarie. Quest'ultimo non può essere assimilato ad una assenza di tutela, poiché comunque

<sup>38</sup> Cfr. sentenza 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon*, cit.

<sup>39</sup> Cfr. sentenza 22 gennaio 1981, *Dansk Supermarked c. Imerco*, 58/80, *Raccolta* 1981, p. 181.

l'opera non può essere immessa sul mercato senza l'autorizzazione dell'autore, che percepisce dei diritti, anche se stabiliti dalla legge e non liberamente fissati dalle parti. D'altro lato, tale situazione nemmeno è assimilabile ad un regime che riconosce all'autore un diritto esclusivo sulla sua opera, poiché i diritti percepiti per legge sono generalmente più bassi di quelli stabiliti contrattualmente, e, soprattutto, il consenso dell'autore si ferma alla prima decisione di divulgare l'opera, ma una volta operata tale scelta i terzi possono anche non avere bisogno di una nuova autorizzazione dell'autore per fabbricare esemplari della sua opera e doyer solamente, in contropartita del diritto di fabbricazione, versare all'autore le somme stabilite dai poteri pubblici.

Ora, se l'immissione sul mercato comune è avvenuta in uno Stato che prevede un sistema di licenza non volontaria, può l'autore opporsi all'importazione di esemplari in un altro Stato comunitario, dove gli è riconosciuto un diritto esclusivo, oppure pretendere che gli siano versati altri diritti?

In un primo momento, una decisione della Commissione abbracciò la tesi che consente all'autore (o alla società che lo rappresenta) di percepire, all'atto dell'importazione, la differenza tra i diritti riconosciuti sotto il regime di licenza non volontaria e quelli più elevati applicabili sotto il regime di diritto esclusivo, vigente nello Stato di importazione<sup>40</sup>. La Corte, però, rovesciò questa soluzione favorevole agli autori nella sentenza *Musik-Vertrieb et al. c. GEMA*, del 20 gennaio 1981<sup>41</sup>. Nel caso di specie, dischi fabbricati in Inghilterra, sotto un regime di licenza obbligatoria, non garantivano agli autori che un diritto ad equa remunerazione, fissato, dalle normative inglesi, al 6,25% del prezzo di vendita o di locazione. Sui dischi registrati in Germania, invece, la società GEMA riscuoteva, per l'autore, diritti superiori, in forza del diritto esclusivo, e intendeva percepire la differenza all'atto dell'importazione dei dischi dall'Inghilterra. La Corte impedì l'applicazione della normativa tedesca, sottolineando il fatto che i dischi erano stati messi in circolazione in Inghilterra comunque con l'autorizzazione dell'autore.

<sup>40</sup> GEMA, 2 giugno 1971, *GUCE* L 134, del 20.6.1971, p. 15.

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, nota 31.

Una diversa soluzione propose la Corte in un caso di brevetto obbligatorio, *Pharmon B.V. c. Hoechst*<sup>42</sup>. In questo caso, però, si trattava di un sistema che non lasciava alcuna facoltà di scelta al titolare del diritto, poiché la licenza obbligatoria per la medicina fabbricata nel Regno Unito era accessibile a chiunque ne facesse domanda, senza che il titolare del brevetto potesse decidere altrimenti. È proprio con questa motivazione, infatti, che la Corte ha consentito di opporsi all'importazione delle medicine provenienti dalle licenze obbligatorie britanniche, in conformità, peraltro, con la convenzione di Lussemburgo sul brevetto comunitario, che esclude il principio dell'esaurimento dei diritti conferiti dai brevetti nazionali o comunitari quando il prodotto brevettato è messo in commercio in virtù di una licenza obbligatoria<sup>43</sup>.

### 3.2. Libera prestazione dei servizi

La Corte di giustizia sviluppò la sua teoria dell'esaurimento del diritto principalmente intorno alle tipiche attività dell'importatore parallelo, cioè l'effettiva importazione o la seguente vendita di beni che incorporano l'oggetto stesso nei cui confronti si dispone la protezione. Ma la protezione dei diritti di proprietà intellettuale può costituire un ostacolo anche per altri tipi di attività, che presentano caratteristiche differenti ed in relazione alle quali si può, dunque, giungere anche a differenti conclusioni<sup>44</sup>.

Gli articoli 59 e seguenti del Trattato sono rivolti ad escludere le restrizioni alla libera prestazione dei servizi nei confronti dei cittadini degli altri Stati membri. Vi è un parallelismo nel Trattato tra la libera

<sup>42</sup> Sentenza del 9 luglio 1985, 19/84, *Raccolta* 1985, p. 2281.

<sup>43</sup> Cfr. Convenzione sul brevetto europeo per il mercato comune (Convenzione sul brevetto comunitario), del 15 dicembre 1975, pubblicata in *GUCE* L 17, 26 gennaio 1976, modificata dall'Accordo di Lussemburgo del 15 dicembre 1989, *GUCE* L 401, 30 dicembre 1989, artt. 46, par. 1 e 81, par. 3. Questa tendenza contraria alle licenze obbligatorie non è, però, poi così salda nella giurisprudenza della Corte, se si considera che la recente e controversa decisione del caso *Magill* conduce, in sostanza, all'imposizione di una licenza obbligatoria. Sulla sentenza *Magill* si veda *infra*, parr. 3.3 e 4. Va, certo, riconosciuto che nel caso *Magill* la questione era resa ancora più spinosa per il fatto che era riconosciuta tutela a titolo di diritto d'autore nei confronti di mere informazioni, in genere non tutelate a tale titolo nella Comunità.

<sup>44</sup> Ed, in particolare, a conclusioni che favoriscono maggiormente gli obiettivi della protezione della proprietà intellettuale, come fa notare CORNISH, *op. cit.*, p. 654.

circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi, ma gli articoli 59 e seguenti non contemplano alcuna disposizione simile all'articolo 36, in tema di ambiti eccezionalmente lasciati alla tutela degli Stati, finché non intervenga una disciplina comunitaria a garanzia degli stessi interessi; ciononostante la giurisprudenza della Corte in materia di conflitto tra tali norme ad efficacia diretta e le discipline nazionali di tutela della proprietà intellettuale si sviluppa in un senso più favorevole agli autori<sup>45</sup>. In realtà l'apparente ostacolo costituito dalla mancata previsione, nel Trattato, al capo dedicato ai servizi, delle eccezioni di cui all'articolo 36, fu superato in via interpretativa dalla Corte, che ritenne le stesse eccezioni operanti anche con riferimento ai servizi<sup>46</sup>.

Nel caso *Coditel* la società *Ciné Vog* aveva ottenuto dal produttore di un film, la società *Les Films La Boétie*, il diritto esclusivo per sette anni di far rappresentare tale film in Belgio. La *Les Films La Boétie* aveva anche ceduto alla televisione tedesca il diritto di diffondere il film nei suoi programmi. La società *Coditel* aveva captato il film dalla televisione tedesca e l'aveva ritrasmesso via cavo ai suoi abbonati belgi. Nella causa, *Ciné Vog* affermava che *Coditel* non potesse trasmettere il film in Belgio senza la sua autorizzazione, poiché essa era titolare del diritto di rappresentazione in Belgio; *Coditel*, d'altra parte, ribatteva che il diritto d'autore sul film era stato esaurito attraverso la diffusione sulla televisione tedesca, e dunque da allora non vi era

<sup>45</sup> Così FRANÇON, *op. cit.*, p. 81.

<sup>46</sup> Secondo l'Avvocato generale Warner, l'omissione dell'eccezione a garanzia della tutela della proprietà intellettuale negli artt. 59 e ss. del Trattato era probabilmente dovuta ad una svista, piuttosto che ad una consapevole intenzione degli autori del Trattato, e quindi l'art. 36 andrebbe applicato ai servizi per estensione analogica. L'Avvocato preferiva questa soluzione piuttosto che non l'allargamento ai diritti di proprietà intellettuale delle eccezioni di cui all'art. 56. (Opinione consegnata il 13 dicembre 1979, riguardo i due casi di cui alle sentenze del 18 marzo 1980, 52/79, *Procureur du Roi c. Debauxe*, e 62/79, *Coditel c. Ciné Vog Films (Coditel I)*, *Raccolta* 1980, pp. 833 e 871.) Nel caso *Coditel I* la Corte seguì implicitamente l'opinione dell'Avvocato generale, ma nel caso *Coditel II* la Corte applicò espressamente la suddivisione esistenza/esercizio dei diritti di proprietà intellettuale al contesto dei servizi, affermando che: "La distinzione, implicita nell'articolo 36, tra l'esistenza di un diritto riconosciuto dalla legislazione di uno Stato membro in relazione alla protezione della proprietà artistica ed intellettuale, che non può essere inficiata dalle disposizioni del Trattato, e l'esercizio di un tale diritto, che può costituire una restrizione dis-simulata del commercio tra gli Stati membri, si applica anche quando il diritto è esercitato nel contesto della circolazione dei servizi" (cfr. sentenza 6 ottobre 1982, 262/81, *(Coditel II)*, *Raccolta* 1982, p. 3381).



bisogno di alcuna autorizzazione speciale per trasmetterlo via cavo in Belgio.

La Corte ritenne che il diritto di rappresentazione inerisse alla libera prestazione dei servizi, e non alla libera circolazione delle merci, ma che la riserva dell'articolo 36 alle normative nazionali si applicasse anche ai servizi. La regola dell'esaurimento del diritto non andava, però, applicata in materia di rappresentazione allo stesso modo in cui operava nei confronti del diritto di riproduzione; la Corte, infatti, fece una distinzione tra il caso del film e quello del libro o del disco: "Il film cinematografico appartiene alla categoria delle opere letterarie ed artistiche messe a disposizione del pubblico attraverso rappresentazioni, che possono essere ripetute all'infinito. A questo riguardo, i problemi che comporta il diritto d'autore in rapporto alle esigenze del Trattato non sono affatto uguali a quelli relativi alle opere letterarie ed artistiche che sono messe a disposizione del pubblico attraverso la circolazione del supporto materiale dell'opera, com'è il caso dei libri o dei dischi"<sup>47</sup>. Ciò comporta che la facoltà, per il titolare del diritto d'autore ed i suoi aventi diritto, di esigere diritti per ciascuna rappresentazione del film, fa parte della funzione essenziale del diritto d'autore su questo genere di opere. Secondo la Corte, inoltre, lo sfruttamento dei diritti sul film non poteva essere organizzato indipendentemente dalle prospettive di emissione televisiva, e dal momento che le trasmissioni televisive sono organizzate su base nazionale ed ogni altra suddivisione sarebbe impraticabile, viene accettato che lo sfruttamento dei diritti di rappresentazione attraverso licenze geograficamente limitate sia necessario in tale campo del diritto d'autore<sup>48</sup>.

Va rilevato che la differenza constatata dalla giurisprudenza comunitaria tra il diritto di autorizzare la distribuzione di copie riprodotte e quello di autorizzare la rappresentazione dell'opera, nell'ambito di una ripartizione delle regole comunitarie relative alla circolazione delle merci e dei servizi, non si adatta a tutte le prerogative riconosciute all'autore. Un esempio evidente è quello costituito dal diritto di locazione, il cui esercizio è assoggettato, secondo la Corte, alle regole sulla libera circolazione delle merci, ma

<sup>47</sup> Cfr. sentenza *Coditel I*, cit., al par. 12, nonché *Coditel II*, cit., par. 11.

<sup>48</sup> Si chiede CORNISH, *op. cit.*, se veramente la circolazione delle merci tra Stati membri abbia caratteristiche così differenti.

che difficilmente può essere qualificato come un diritto di riproduzione, ed infatti la giurisprudenza comunitaria gli riconosce dignità di diritto a sé<sup>49</sup>. Le problematiche sollevate dal diritto di noleggio, allora previsto da alcuni Stati comunitari, ma non da tutti, sono state affrontate dalla Corte, e risolte a favore del riconoscimento del diritto, invece che del suo esaurimento, nel caso *Warner Brothers*.<sup>50</sup> Allora il diritto di noleggio era riconosciuto dalla legge danese, ma non da quella inglese, ed il Sig. Christiansen si era procurato nel Regno Unito una cassetta, che aveva poi portato in Danimarca, dove la voleva noleggiare a dei clienti. I titolari del diritto di locazione in Danimarca si opposero, ma il Christiansen sostenne che tale diritto non era a lui applicabile, dal momento che la cassetta proveniva dall'Inghilterra, dove non esisteva il diritto di noleggio sulle cassette.

La Corte affermò che una legislazione che subordini il noleggio delle videocassette all'autorizzazione del titolare del diritto d'autore è

<sup>49</sup> Nella sentenza 17 maggio 1988, *Warner Brothers c. Christiansen* (158/86, *Raccolta* 1988, p. 2605), la Corte, nel ricordare le diverse caratteristiche del diritto di riproduzione e di rappresentazione, ha riconosciuto la natura specifica del diritto di locazione. Nell'ambito comunitario, la specificità di tale diritto assume, dunque, la connotazione di un diritto proprio a parte, e non viene rapportata alla nozione di un "diritto di destinazione" riconosciuto all'autore, come è avvenuto in alcuni diritti interni (cfr. BERGÉ, *op. cit.*, p. 125). FRANÇON, *op. cit.*, p. 84, ritiene, invece, che le soluzioni favorevoli agli autori nelle sentenze *Warner Brothers*, cit., sul diritto di locazione, e *Basset* (cfr. *infra*), sul diritto di riproduzione meccanica, tendano a riconoscere all'autore il diritto di destinazione, ossia il diritto di definire e controllare la destinazione degli esemplari della sua opera lecitamente acquistati da terzi, sebbene il riconoscimento di tale diritto rimanga, in realtà, limitato solo a certi casi e non sia accettato in generale, in quanto logicamente opposto al principio dell'esaurimento del diritto. Tale riconoscimento limitato del diritto di destinazione sarebbe, quindi, confermato dal Cap. IV del *Libro verde sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche*, cit., dedicato a "diritto di distribuzione, esaurimento e diritto di noleggio", in cui la Commissione afferma, appunto, di non voler riconoscere in linea generale il diritto di destinazione, ma suggerisce solamente l'introduzione, in tutti gli Stati comunitari, di un diritto di noleggio per le registrazioni sonore e audiovisive (in seguito interverrà la direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale, cfr. *infra*, Cap. III). Sembra, in realtà, che tale tipo di soluzione sia indicativo, ancora una volta, di un approccio diretto a considerare e risolvere le problematiche una per volta, man mano che si presentano, piuttosto che della volontà di elaborare una sistematica di riferimento, in cui inquadrare la tutela dei diritti, come, d'altra parte, è naturale che sia, dal momento che si presuppone che tutto quanto attiene all'esistenza dei diritti in questione sia ancora rimasto di competenza degli Stati membri.

<sup>50</sup> Sentenza 17 maggio 1988, *Warner Brothers c. Christiansen*, cit.

disciplinata dagli articoli 30 e seguenti del Trattato, perché va considerata come una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa degli scambi tra gli Stati membri, in ragione dell'importanza che riveste il noleggio nel mercato delle videocassette. Si è rilevato, infatti, che generalmente il pubblico preferisce noleggiare la videocassetta di un film, piuttosto che acquistarla, perché l'acquisto risulta troppo oneroso, specialmente se confrontato con l'uso, probabilmente assai limitato, che se ne farà, e tali considerazioni sono la ragione stessa del riconoscimento di un diritto esclusivo di noleggio all'autore e ai titolari di diritti connessi sul film.

Ciò stabilito, rimaneva da valutare se fosse possibile configurare la normativa danese in questione come una valida eccezione ex articolo 36, ossia se, da un lato, il diritto di noleggio non si dovesse ritenere esaurito, poiché nello Stato dove era stata messa in circolazione l'opera per la prima volta non era previsto, e se, d'altro lato, il suo esercizio non fosse escluso dall'ultima frase dell'articolo 36, che vieta in ogni caso le discriminazioni arbitrarie e le restrizioni dissimulate al commercio degli Stati membri. Sul punto dell'esaurimento del diritto, la Corte si pronunciò in senso contrario rispetto alla soluzione data nel caso *Merck*, in cui era in questione il diritto di riproduzione, in riferimento al brevetto<sup>51</sup>. Essa motivò la sopravvivenza del diritto di noleggio, nonostante l'avvenuta immissione delle videocassette sul mercato comune in uno Stato che non lo prevedeva, in ragione del fatto che la percezione di diritti solo in occasione della vendita non permette

<sup>51</sup> Sentenza 14 giugno 1981, *Merck c. Stephar*, cit.; secondo FRANÇON, *op. cit.*, tale diversa soluzione nel caso *Warner* evidenzia una certa evoluzione nell'atteggiamento della Corte. GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *op. cit.*, ritengono di rilevare un'anomalia nella giurisprudenza della Corte in materia di diritti d'autore su film e videocassette, poiché nel caso *Warner* il diritto di importare videocassette è considerato come una distribuzione di merci, mentre nel caso *Coditel I* il diritto di rappresentare un film era considerato nell'ambito della prestazione dei servizi, e non della circolazione delle merci. Va, però, riconosciuto, che i due casi, pur avendo entrambi per oggetto diritti d'autore su opere cinematografiche, riguardano attività che presentano caratteristiche diverse, alla luce delle quali la Corte ha qualificato le fattispecie. La valutazione caso per caso della Corte riflette sempre, infatti, le particolarità della fattispecie in questione, e ciò induce ad attenersi alla massima cautela nell'eventuale individuazione di un mutamento di fondo nell'orientamento della Corte, poiché la diversa conclusione è generalmente giustificata dalle specifiche caratteristiche dell'oggetto di giudizio, che nel caso *Warner* hanno indotto ad una autonoma considerazione del diritto di noleggio, accanto ai diritti di riproduzione e di rappresentazione.

all'autore di trarre profitto dalla differente modalità di sfruttamento della sua opera costituita dal noleggio. D'altra parte, in riferimento all'ultima frase dell'articolo 36, la Corte ritenne che la normativa in questione non operasse alcuna discriminazione arbitraria tra gli Stati membri, poiché operava con riferimento al tipo di transazione, applicandosi indistintamente alle cassette danesi e a quelle provenienti dall'estero. In questo caso, dunque, il diritto esclusivo di noleggio, riconosciuto dalla legge danese, fu considerato non in contrasto con il Trattato.

Il fatto che la Corte qualifichi il noleggio come un diritto a sé evidenza, dunque, l'impossibilità di ricondurre tutte le prerogative riconosciute all'autore esclusivamente alla differenziazione tra diritto di riproduzione e diritto di rappresentazione, che viene assunta come punto di riferimento per l'applicazione delle regole sulle merci o sui servizi; allo stesso modo, è difficile immaginare che si possa tentare di ricondurre il diritto morale d'autore, se avrà modo di essere considerato dalla Corte, alla differenza tra riproduzione e rappresentazione. Sebbene, però, la distinzione riproduzione-merci / rappresentazione-servizi non sia sufficiente a risolvere tutte le questioni relative al diritto d'autore, tale distinzione conserva senz'altro un notevole interesse, dal momento che la giurisprudenza della Corte ha ricostruito, a seconda della prerogativa considerata, due differenti regimi di esercizio del diritto<sup>52</sup>.

Al regime della rappresentazione, più favorevole all'autore rispetto a quello della riproduzione in quanto in esso non opera l'esaurimento comunitario del diritto, è stato collegato il caso *Basset*, in occasione del quale la Corte ritenne che l'esercizio di un diritto aggiuntivo, preteso dalle società di gestione dei diritti d'autore in conseguenza della rappresentazione pubblica di registrazioni sonore provenienti dall'estero, non violasse gli articoli 30 e seguenti del Trattato, sebbene tale diritto non fosse previsto nello Stato da cui le registrazioni provenivano<sup>53</sup>. Tale diritto, cosiddetto complementare di riproduzione meccanica, preteso in Francia in conseguenza della rappresentazione, non si confonde con il diritto di rappresentazione, al quale in effetti si

<sup>52</sup> In questo senso BERGÉ, *op. cit.*, p. 125.

<sup>53</sup> Sentenza 9 aprile 1987, *Basset c. SACEM*, 402/85, *Raccolta* 1987, p. 1747; cfr. Ulrich LOEWENHEIM, *Intellectual Property Before the European Court of Justice*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, nn. 1-6, p. 829ss.

somma, poiché è richiesto quando il supporto dell'opera, venduto per un utilizzo privato, al quale l'autore aveva acconsentito, viene invece destinato ad utilizzi d'altro genere, cui l'autore non ha acconsentito, come era nel caso di specie<sup>54</sup>. La Corte, pur riconoscendo la sua natura di diritto di riproduzione, poiché sorgeva in conseguenza di una rappresentazione pubblica ebbe modo di concludere in modo favorevole all'autore, come nel caso *Coditel*.

### 3.3. *Concorrenza*

Nella struttura del Trattato di Roma le libertà di circolazione e la salvaguardia della concorrenza costituiscono due differenti obiettivi, sebbene interrelati, presidiati da differenti strumenti giuridici. La concessione dei diritti di proprietà intellettuale deve avvenire nel rispetto delle norme sulla concorrenza, che si applicano sia alle intese orizzontali dirette a dividere i mercati, sia alle intese verticali che limitano la concorrenza più del necessario. Le intese restrittive della concorrenza possono anche incidere sulle importazioni parallele, ma tale materia è generalmente attratta nell'ambito delle libertà di circolazione, in quanto essenziale alla realizzazione del mercato comune; per quanto riguarda le norme sulla concorrenza, va tenuto presente che esse presentano la difficoltà di dover essere applicate necessariamente in relazione all'impatto della particolare impresa, o gruppo di imprese, sul mercato rilevante<sup>55</sup>.

Essenzialmente, mentre le norme sulla concorrenza sono rivolte ad impedire i comportamenti anticoncorrenziali dei soggetti economici che possano influire negativamente sul commercio intracomunitario, le norme sulla libera circolazione di merci e servizi sono rivolte a neutralizzare gli ostacoli causati dalle normative nazionali. Dunque le prime vanno applicate se è il titolare del diritto di proprietà intellettuale che utilizza il suo diritto esclusivo in modo tale da distorcere la concorrenza nella Comunità, e le seconde se l'ostacolo al

<sup>54</sup> Il riconoscimento, da parte della Corte, di tale diritto, è stato da alcuni ritenuto una traccia, nella giurisprudenza comunitaria, di un qualche livello di riconoscimento all'autore del "diritto di destinazione"; cfr. FRANÇON, *op. cit.*

<sup>55</sup> Cfr. CORNISH, *op. cit.*

commercio intracomunitario è costituito direttamente dall'esercizio del diritto secondo la normativa interna sulla proprietà intellettuale<sup>56</sup>.

È forse opportuno stabilire preventivamente la reale portata di due nozioni indispensabili per inquadrare le fattispecie individuate sia dall'articolo 85 del Trattato, in materia di intese tra imprese, sia dall'articolo 86, in materia di sfruttamento abusivo di una posizione dominante. La prima nozione riguarda il pregiudizio al commercio tra gli Stati membri, che è un presupposto necessario per l'applicazione di entrambi gli articoli; ebbene, tale pregiudizio può sussistere a prescindere dalla localizzazione geografica delle imprese il cui comportamento è *sub iudice*, ciò che conta veramente è che l'effetto anti-concorrenziale si verifichi sul territorio comunitario e non si esaurisca in una situazione puramente interna ad uno Stato membro<sup>57</sup>. Il secondo chiarimento riguarda la nozione di impresa, che viene anch'essa intesa in una accezione particolarmente ampia dalle istituzioni comunitarie, tanto che l'artista è ritenuto essere impresa quando sfrutta commercialmente la sua prestazione artistica<sup>58</sup>. Imprese sono,

<sup>56</sup> La Corte stessa ha avuto modo di sottolineare che "l'articolo 30 del Trattato CEE, che intende eliminare le misure di diritto interno dirette ad ostacolare il commercio tra gli Stati membri, persegue uno scopo diverso da quello dell'articolo 85, che mira a mantenere un'effettiva concorrenza tra le imprese" (cfr. sentenza 5 aprile 1984, *Procedimenti penali a carico di Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV*, 177-178/82, *Raccolta* 1984, p. 1797). Si veda, a questo proposito, Inge GOVAERE, *op. cit.*, p. 46s.

<sup>57</sup> Si vedano, a tale proposito, la soluzione del caso *Time Limit*, di fronte alla giurisdizione belga, in cui si è ritenuto che un accordo tra due imprese, entrambe di nazionalità non comunitaria, fosse di natura tale da poter pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, e quindi ricadesse sotto il divieto di cui all'art. 85 (sentenza del 26 ottobre 1978, con la quale la Corte di Bruxelles riformava una precedente decisione del Tribunale civile orientata in senso contrario, in *Revue International de Droit d'Auteur*, 1979, n. 100, p. 198), nonché la sentenza 25 ottobre 1979 della Corte comunitaria, *SACEM c. Greenwich Film Productions* (22/79, *Raccolta* 1979, p. 3275), in cui, inversamente, si è ritenuto che la circostanza che i contratti, conclusi sul territorio di uno Stato membro da parti di nazionalità di diversi Stati membri, dovessero essere eseguiti al di fuori della Comunità non impedisse l'applicazione dell'art. 86. La Corte ha affermato che, per esaminare se vada applicato l'art. 86, l'esecuzione dei contratti in questione non va valutata isolatamente, ma nel contesto dell'insieme delle attività dell'impresa interessata. Ciò evidenzia come la nozione di pregiudizio al commercio tra gli Stati membri sia intesa in modo estensivo dalla Corte (cfr. FRANÇON, *op. cit.*, p. 89.)

<sup>58</sup> In questo senso si esprime la decisione 78/516 della Commissione nel caso *RAI-UNITEL*, GUCE L 157 del 26 maggio 1978, p. 39 (cfr., a questo proposito, J.M.E. LOMAN, K.J.M. MORTELMANS, H.H.G. POST, J.S. WATSON, *Culture and Community*

poi, certamente, le società che gestiscono a titolo oneroso i diritti degli autori, in quanto esercitano una attività di impresa consistente nella prestazione di servizi nei confronti tanto degli autori che degli utilizzatori delle opere<sup>59</sup>.

Procediamo ora ad analizzare alcuni aspetti dell'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza alla prassi contrattuale in materia di diritto d'autore, per poi passare ai casi di abuso di una posizione dominante. In riferimento al divieto di cui all'articolo 85, paragrafo 1), si rileva che la Corte comunitaria ha avuto modo di pronunciarsi sia sul punto dei limiti di ammissibilità delle licenze esclusive, sia sulle modalità della gestione collettiva dei diritti da parte delle società di autori. Sulla base della giurisprudenza relativa

*Law - Before and after Maastricht*, Deventer-Boston, 1992, p. 101.) Va, naturalmente, poi, stabilito se il contratto concluso dall'artista abbia un effetto rilevante sulla concorrenza, e la Commissione rileva come tale circostanza generalmente ricorra nel caso di artisti famosi. Il caso di specie riguardava alcuni cantanti lirici, e quindi si tratta di artisti titolari di un diritto connesso al diritto d'autore, che avevano concluso contratti di esclusiva con l'UNITEL, una società che produce in particolare film per la televisione, ed a causa di tale contratto non potevano partecipare ad un'opera che doveva essere trasmessa dalla RAI. In seguito alle osservazioni della Commissione, l'UNITEL modificò i contratti, non applicando la clausola di esclusiva nel caso di trasmissioni in diretta di eventi di notevole importanza culturale che si svolgessero durante il periodo di efficacia dei contratti, e si impegnò, inoltre a realizzare le riprese entro un termine ragionevole, onde evitare che i cantanti fossero costretti per troppo tempo dalla clausola di non concorrenza. La Commissione ritenne, dunque, che la clausola di esclusiva, così strutturata, potesse sfuggire al divieto dell'art. 85, sempre che rimanesse limitata ad una sola interpretazione. La concezione estremamente ampia della nozione di impresa abbracciata da questa decisione è ritenuta eccessiva da FRANÇON, *op. cit.*, tenuto conto del senso corrente della parola "impresa", che si riferisce generalmente ad una organizzazione più o meno strutturata.

<sup>59</sup> Così è stato stabilito dalla Commissione nella decisione del 2 giugno 1971, riguardante la GEMA, società tedesca per la gestione dei diritti d'autore nel campo della musica (cfr. *supra*, par. 3.1). Nella stessa decisione, la Commissione ha affrontato la questione se tali imprese non potessero invocare l'art. 90, par. 2 del Trattato, che limita l'applicabilità del diritto della concorrenza se si è in presenza di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, risolvendola in senso negativo. Anche la Corte di giustizia, nella sentenza 21 marzo 1974, *BRT c. SABAM* (127/73, *Raccolta* 1974, p. 313), ha affrontato l'argomento, giungendo alle stesse conclusioni, e precisando che l'art. 90, par. 2, essendo una disposizione che permette, al ricorrere di alcune circostanze, una deroga alle regole del Trattato, va interpretato in modo restrittivo. Le società private, quindi, per poter rientrare nella deroga, devono essere incaricate da un atto pubblico della gestione del servizio di interesse economico generale; così non è per le società di autori, che non hanno ricevuto dallo Stato alcun compito, e gestiscono interessi privati, anche se si tratta di diritti di proprietà intellettuale protetti dalla legge.

alle licenze esclusive, è possibile distinguere, ancora una volta, il caso del diritto di riproduzione dal caso del diritto di rappresentazione<sup>60</sup>.

La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in generale sulla liceità delle licenze esclusive riguardo al diritto di riproduzione di merci coperte da diritti di proprietà intellettuale in un caso relativo ad un certificato di *obtention* vegetale. Un istituto francese per la ricerca agricola, l'INRA, aveva concesso ad un commerciante tedesco di registrare in Germania, a suo nome, i diritti relativi alla protezione di alcune varietà di piante per certi tipi di sementi di mais. Sulla base dell'accordo con l'INRA, il venditore tedesco aveva ottenuto, tra le altre cose, il diritto esclusivo di produrre e distribuire le sementi di mais, così egli tentò di impedire l'importazione e rivendita di tali sementi in Germania, e la Commissione iniziò una procedura nei suoi confronti.

Nella sentenza che la Corte pronunciò su tale caso, fu introdotta la fondamentale differenza tra licenze esclusive aperte e licenze esclusive chiuse con protezione territoriale assoluta. Mentre nelle prime l'esclusiva riguarda solo il rapporto tra titolare e licenziatario, ed il titolare si obbliga a non concedere altre licenze e a non competere egli stesso con il licenziatario nello stesso territorio, ma non è stabilito nessun divieto ad esportare, sicché i licenziatari fabbricanti dei vari territori possono vendere all'esterno e farsi concorrenza, nelle seconde è creata una situazione tale da escludere la concorrenza sul mercato, per il prodotto e il territorio interessato, da parte di qualunque importatore parallelo, o licenziatario di un altro territorio. La Corte ha concluso che nel primo caso, dove l'esclusiva riguarda solo la fabbricazione e non la commercializzazione, la licenza non è di per sé incompatibile con l'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato e può essere considerata lecita se riguarda dei prodotti nuovi, la cui realizzazione richiede rilevanti investimenti; nel secondo caso, invece, poiché si mantengono, in definitiva, delle barriere all'interno del mercato comune, la licenza è vietata e va considerata nulla, a meno che non benefici di una esenzione, ai sensi del paragrafo 3<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Cfr. FRANÇON, *op. cit.*

<sup>61</sup> Cfr. sentenza 8 giugno 1982, *Nungesser c. Commissione*, 258/78, *Raccolta* 1982, p. 2015. Il potere di concedere le esenzioni spetta alla Commissione, che, trovandosi di fronte a richieste nell'ordine delle migliaia, è ricorsa anche al metodo di esentare categorie di accordi attraverso regolamenti detti di "esenzione in blocco" (a ciò autorizzata dal Consiglio con il regolamento 19/65, del 2 marzo 1965). Ogni regolamento specifica il tipo di accordo che beneficia dell'esenzione, ed elenca in una



Le considerazioni svolte dalla Corte nel caso sulle sementi di mais, appena ricordato, trovano applicazione anche nei confronti del diritto d'autore, finché è in causa il diritto di riproduzione, e si tratta di opere la cui diffusione al pubblico si realizza attraverso la circolazione di un supporto materiale, e a questo proposito si possono ricordare in particolare due casi che sono giunti al vaglio della Commissione. Il primo riguarda una edizione frammentata, in cui, cioè, i diritti di autore sono ceduti a diversi editori per diversi Stati, con il divieto di esportare le copie edite da uno Stato all'altro<sup>62</sup>. L'editore cessionario

cosiddetta "white list" gli elementi che si ritengono leciti ex art. 85, mentre nella "black list" sono elencati gli aspetti in presenza dei quali l'accordo non può ritenersi coperto dall'esenzione. Per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale, esiste il regolamento di esenzione 2349/84 sulle licenze di brevetto (adottato dalla Commissione il 23 luglio 1984, GUCE L 219, del 16 agosto 1984, p. 15, emendato dal regolamento 151/93, del 23 dicembre 1992, GUCE L 21 del 29 gennaio 1993, p. 8, che ha disposto l'unificazione delle regole di esenzione relative a licenze di brevetto e know-how, a partire dal 1 gennaio 1995, nell'ambito della esenzione sul trasferimento di tecnologia), ma attualmente non sembra che si possa adottare un regolamento di esenzione per categoria relativamente al diritto d'autore perché il regolamento del Consiglio che ha autorizzato la Commissione ad adottare tali strumenti si riferisce esplicitamente ai diritti di proprietà industriale, nominando specificamente, in un elenco tassativo, brevetti, modelli di utilità, disegni o modelli e marchi. Tuttavia, è stata prospettata l'ammissibilità di un tale regolamento, sulla base di una interpretazione analogica della disposizione dell'art. 85, par. 3, che ammette l'esenzione se l'accordo o la pratica concordata sono in grado di "promuovere il progresso tecnico o economico". DIETZ, *op. cit.*, ritiene che secondo tale estensione analogica la promozione del progresso culturale dovrebbe essere considerata un valido motivo per l'auspicabile adozione di un regolamento di esenzione in materia di diritto d'autore, e fa presente che nella prospettiva di una dimensione europea della cultura, che deve assolutamente comportare anche una promozione delle autonomie culturali nazionali degli Stati membri verso l'esterno (quando Dietz scriveva gli Stati membri erano ancora nove), va contemplata, se e quando necessario, la possibilità di concludere contratti che impediscano "l'invasione di un mercato culturale da parte di produzioni esterne". Cfr., su questi argomenti, LOEWENHEIM e FRANÇON, *op. cit.*, nonché Robbie DOWNING, *EC Information Technology Law*, Chichester/New York/Brisbane/Toronto/Singapore, 1995, il quale nota, ad esempio, come, in mancanza di una esenzione per categoria e non essendo previste multe per la mancata notifica, sono ancora pochi i casi di notifica delle licenze di software, e ciò ritarda ancor più la possibile adozione di un regolamento, poiché la Commissione non dispone ancora della necessaria esperienza, da costruirsi sull'esame delle esenzioni individuali (cfr. su questo punto, DARBYSHIRE, *Computer Programs and Competition Policy: a Block Exemption for Software Licensing*, *European Intellectual Property Review*, 1994, p. 374).

<sup>62</sup> DIETZ, *op. cit.*, ha studiato a fondo la questione delle edizioni frammentate, che ritiene dovrebbero costituire un'eccezione al principio dell'esaurimento del diritto d'autore in seguito alla immissione dell'opera sul mercato comune con il consenso

dei diritti sul romanzo di Hemingway *Il vecchio e il mare* aveva concesso ad un altro editore la licenza di far uscire l'opera in edizione tascabile in tutti gli Stati del mercato comune, tranne il Regno Unito e l'Irlanda. La Commissione, che aveva ricevuto una segnalazione dal momento che si era ingenerata una situazione tale che non era possibile procurarsi un'edizione tascabile del libro nei due Stati esclusi dalla licenza, pretese che l'editore cedente modificasse la licenza, coprendo tutti gli Stati comunitari<sup>63</sup>.

Un altro esempio, più o meno contemporaneo, è costituito dal caso che vide coinvolti la BBC inglese e il titolare olandese del diritto d'autore su dei disegni animati per bambini<sup>64</sup>. La BBC, che aveva ottenuto una licenza sui disegni animati, aveva, poi, a sua volta, concesso una sub-licenza a dei fabbricanti di giocattoli con riferimento alle opere in questione, e tali fabbricanti vollero esportare i giocattoli in Olanda. La BBC si oppose e i titolari della sub-licenza portarono la questione davanti alla Commissione per la violazione dell'articolo 85 del Trattato. La vicenda si concluse con l'assunzione, da parte della BBC, dell'impegno di non ostacolare più l'esportazione dei giocattoli.

Una diversa soluzione viene, invece, prospettata per il diritto di rappresentazione. La Corte afferma, infatti, che "la sola circostanza che il titolare del diritto d'autore su di un film abbia concesso ad un unico licenziatario il diritto esclusivo di rappresentare tale film sul territorio di uno Stato membro, e dunque di impedirne la diffusione da parte di altri, in un periodo determinato, non è motivo sufficiente a riconoscere che tale contratto debba essere considerato oggetto, strumento o conseguenza di una intesa vietata dal Trattato<sup>65</sup>". Nel caso di specie, la Corte rileva che il lancio di un film comporta notevoli

dell'autore, perché altrimenti la sopravvivenza stessa delle case editrici sarebbe minacciata dalla invasione delle produzioni straniere, con grave danno per la economia culturale europea.

<sup>63</sup> Cfr. COMMISSIONE CE, 6° *Relazione sulla politica di concorrenza*, 1976, n. 164.

<sup>64</sup> Cfr. *Bollettino delle Comunità europee*, 1976, n. 2, p. 26.

<sup>65</sup> Cfr. sentenza 6 ottobre 1982, *Coditel c. Ciné-Vog Films SA (Coditel II)*, 262/81, *Recueil* 1982, p. 3381. Si tratta dello stesso caso già deciso dalla Corte dal profilo della libera circolazione dei servizi (cfr. supra, par. 3.2), che ora viene affrontato sul versante della liceità dell'accordo tra la *Les Films La Boétie* e la *Ciné-Vog*. La Commissione aveva considerato l'intesa come illecita, ma la Corte adotta una posizione meno rigida, facendo salve, anche in questo caso, le particolari esigenze collegate all'esercizio del diritto di rappresentazione, in special modo nell'ambito delle produzioni cinematografiche.

spese, di pubblicità e di doppiaggio, ad esempio, e se il produttore intende che tali aspetti del lancio rimangano a carico del licenziatario è indispensabile che gli riconosca una licenza esclusiva "chiusa", altrimenti egli non sarà disposto ad affrontare un tale impegno finanziario.

Ma se in teoria la concessione di una licenza esclusiva assoluta non contrasta necessariamente con l'articolo 85 del Trattato, perché una tale licenza sia lecita è comunque necessario che essa non causi restrizioni ingiustificate alla concorrenza, tenuto conto del particolare contesto economico e giuridico. Nella sentenza *Coditel II* la Corte indica ai giudici interni tre circostanze da valutare ai fini del giudizio di liceità su tali intese, relative all'eventuale creazione di barriere artificiali e ingiustificate in relazione alle necessità dell'industria cinematografica, di possibilità di guadagno superiori rispetto alla giusta remunerazione degli investimenti affrontati, di una esclusiva di durata eccessiva rispetto alle reali esigenze. Se, dunque, la licenza non dovesse rispettare tali criteri, essa ricadrebbe comunque nella nullità di pieno diritto comminata dal paragrafo 2.

Per quanto riguarda le modalità della gestione collettiva dei diritti da parte delle società di autori, va preliminarmente osservato che la stessa creazione e operatività delle società di gestione collettiva è motivata dalla particolare struttura del mercato nell'ambito dello sfruttamento dei diritti d'autore. La società nasce, infatti, sulla base di una intesa tra artisti che, singolarmente considerati, non sarebbero in grado di negoziare, o raccogliere, i propri diritti da tutti i soggetti che, sul mercato, costituiscono le loro naturali controparti. In assenza della società, i titolari dei diritti non potrebbero, dunque, entrare sul mercato, specialmente se dovessero negoziare con controparti particolarmente forti, quali le grandi emittenti radiotelevisive o le case discografiche, e quindi la costituzione di una società non elimina alcuna forma di possibile concorrenza tra i titolari dei diritti. Se, invece, la situazione si presentasse in modo differente, e vi fosse sul mercato, sia dalla parte dei titolari dei diritti, sia da quella dei loro potenziali utilizzatori, un numero limitato di soggetti, in grado di trattare direttamente tra loro, tenute in considerazione le difficoltà pratiche di organizzazione e il rispettivo potere negoziale, la costituzione di una società di autori assai facilmente si risolverebbe, in realtà, nella eliminazione della concorrenza tra i suoi membri, a

detrimento degli utilizzatori dei diritti, e sarebbe, quindi, vietata dall'articolo 85<sup>66</sup>.

A questo proposito, la Corte ha affermato, in un caso relativo al mercato discografico, che le società d'autori perseguono uno scopo legittimo quando sono rivolte a salvaguardare i diritti e gli interessi dei loro membri nei confronti degli utilizzatori, e quindi i contratti conclusi a tale scopo con gli utilizzatori non sono contrari alle norme sulla concorrenza in materia di intese, purché non eccedano i limiti di quanto necessario a tali fini<sup>67</sup>. È alla luce di tale principio di fondo, che vanno risolte le questioni relative alle diverse pratiche tipiche di tali società, quali, ad esempio, l'applicazione della clausola forfettaria e la conclusione di contratti di rappresentanza reciproca. In merito all'applicazione della clausola forfettaria, cioè del pagamento di un unico diritto per l'utilizzo di tutto il repertorio gestito dalla società, qualunque sia il tipo e il numero di opere effettivamente utilizzate, la Corte ha stabilito che tale pratica realizza un illecito pregiudizio alla concorrenza solo se si prova che la possibilità di accesso anche soltanto ad una parte di tale repertorio consente ugualmente di tutelare gli interessi di autori, compositori e editori musicali, senza causare una maggiorazione dei costi di gestione dei contratti e di controllo dell'utilizzo fatto delle opere musicali protette<sup>68</sup>.

I contratti di rappresentanza reciproca riguardano, invece, le intese orizzontali tra diverse società di gestione, un aspetto che non è ancora stato molto trattato dalla Commissione e dalla Corte, ma che assume sempre più importanza in considerazione del fatto che le società di gestione tentano di organizzarsi per fornire un unico interlocutore anche oltre le frontiere nazionali, rendendo il sistema più efficiente nei confronti degli utilizzatori multinazionali. Tramite il contratto di rappresentanza reciproca, due omologhe società di autori di due Stati

<sup>66</sup> A nulla rileverebbe la denominazione di società di gestione collettiva, invece che di agenzia di vendita (cfr. Claus D. EHLERMANN e Thomas KAUFMANN, *Competition Constraints on Copyright and Related Rights*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, Firenze, June 2-3-4, 1996).

<sup>67</sup> Sentenza 13 luglio 1989, *MP c. Tournier*, 395/87, *Recueil* 1989, p. 2521, al par. 31.

<sup>68</sup> La clausola figura nello schema di contratto concluso tra la SACEM ed i titolari delle discoteche; cfr. sentenza *Tournier*, cit., nonché sentenza 13 luglio 1989 in cause riunite *François Lucazeau e altri c. SACEM e altri*, 110/88, 241/88, 242/88, *Raccolta* 1989, p. 2811.

diversi mettono, per così dire, in comune il loro repertorio, curando, poi, la concessione di licenze ed il relativo controllo ciascuna nel proprio territorio e secondo le proprie regole e tariffe, indifferentemente dal luogo di origine dell'opera di cui si sta curando la gestione. Una volta riscossi, i diritti relativi all'utilizzo di opere dell'altro Stato andranno riversati alla società pertinente.

Anche in questo caso, la Corte ha ritenuto che tale contratto di servizi non sia, di per sé, vietato dall'articolo 85 del Trattato, rilevando, tuttavia, che può esservi concorrenza tra società di gestione di diverse nazionalità, che rappresentano le stesse categorie di diritti. Esse, infatti, avranno interesse a competere tra loro per la conclusione degli "accordi di licenza centralizzati", ad esempio con grandi società discografiche, accordi che concedono a queste ultime l'accesso al repertorio di più società di gestione, sulla base degli esistenti accordi di rappresentanza reciproca. La concorrenza tra le società di gestione per attirare gli utilizzatori dei diritti potrebbe, quindi, realizzarsi sugli sconti offerti sulle commissioni di amministrazione. L'argomento riveste particolare interesse se si considera che, ai fini della realizzazione di produzioni multimediali, l'utilizzatore deve potenzialmente assicurarsi licenze per un gran numero di diritti, e ciò potrebbe spingere società di gestione di diverse nazionalità ad unificare i propri repertori ed istituire strutture comuni per la gestione ed il controllo dei diritti. Andrebbe, dunque, valutata la liceità di tali accordi, analizzando se ciò non si risolva nella fissazione di prezzi comuni e se, in base al Trattato, vi sia una giustificazione per tali attività<sup>69</sup>.

Mentre l'articolo 85 sanziona i comportamenti anticoncorrenziali concordati tra più soggetti economici, l'articolo successivo ha ad oggetto comportamenti di sfruttamento abusivo, da parte di una o più imprese, di una posizione dominante sul mercato comune o su di una sua parte. Ai fini dell'applicazione dell'articolo, dunque, va innanzitutto analizzato il mercato rilevante, per stabilire se il soggetto in questione si trovi effettivamente a godere di una posizione dominante, e quindi andrà vagliato se il comportamento *sub iudice* costituisca un abuso. Ora, relativamente ai diritti di proprietà intellettuale, la Corte ha precisato che la semplice titolarità del diritto non conferisce automaticamente una posizione dominante sul mercato, e questo sia

<sup>69</sup> Si vedano, in proposito, EHLERMANN e KAUFMANN, nonché FRANÇON, *opp. cit.*

che si tratti di brevetti, di marchi o di diritto d'autore e diritti connessi<sup>70</sup>.

Per stabilire se effettivamente il titolare di un diritto esclusivo goda di una posizione dominante, serve una analisi economica del mercato in causa, in cui si tenga in considerazione la posizione di produttori e distributori di beni simili, al fine di stabilire se l'impresa in questione abbia o meno la possibilità di ostacolare una concorrenza effettiva su di una parte rilevante del mercato. Nel caso specifico del mercato discografico, se gli interpreti delle registrazioni sono legati al produttore con contratti di esclusiva, vanno considerati, tra l'altro, il grado di preferenza loro accordato sul mercato, la durata e la portata degli accordi stipulati, come anche le residue possibilità, per gli altri produttori, di ottenere interpretazioni comparabili. Per quanto riguarda le società di autori, esse occupano generalmente una posizione dominante, tenuto conto del quasi-monopolio di cui dispongono nella gestione dei diritti degli autori<sup>71</sup>.

Una volta comprovata l'esistenza di una posizione dominante sul mercato di riferimento, il comportamento del soggetto va analizzato per stabilire se costituisca un abuso. L'articolo 86 elenca degli esempi di comportamenti abusivi, senza, però, farne una indicazione tassativa. La giurisprudenza comunitaria ha individuato, in relazione ai diritti di proprietà intellettuale, alcune tipologie di abuso, legate a comportamenti di imposizione di condizioni inique, pratiche discriminatorie, rifiuto di concedere licenze.

Assai difficile è stabilire se siano inique le condizioni di prezzo che le società di autori possono imporre, grazie al quasi-monopolio di cui godono, nei loro rapporti esterni con gli utilizzatori delle licenze. La

<sup>70</sup> Cfr. sentenze 29 febbraio 1968, *Parke Davis c. Probel*, 24/67, *Recueil* 1968, p. 81; 18 febbraio 1971, *Sirena c. Eda*, 40/70, *Raccolta* 1971, p. 69 e sent. *Deutsche Grammophon*, cit. Si veda FRANÇON, *op. cit.*

<sup>71</sup> Cfr. sent. *Deutsche Grammophon*, cit., nonché sentenza 21 marzo 1974, *BRT c. SABAM*, 127/73, *Raccolta* 1974, p. 313, in cui si rileva che la società di autori è un'associazione il cui scopo è di salvaguardare i diritti e gli interessi degli associati nei confronti, in particolare, degli importanti utilizzatori e distributori di musica costituiti dagli organismi di radiodiffusione e dai produttori discografici, e che la salvaguardia efficace di tali diritti ed interessi presuppone che l'associazione goda di una posizione che si basa sulla cessione, in suo favore, dei diritti degli associati, nella misura necessaria a conferire alla sua azione sufficiente ampiezza ed importanza. La Corte, dunque, ammette che le società di autori possano godere lecitamente di una posizione dominante sul mercato.

Corte ha dichiarato che l'articolo 86 del Trattato va interpretato nel senso che una società nazionale di gestione collettiva abusa della sua posizione dominante, imponendo condizioni inique ai suoi partners commerciali, solo se richiede diritti notevolmente più elevati di quelli praticati negli altri Stati membri. Naturalmente, però, il paragone tra i livelli dei diritti va fatto su basi di equità, e quindi vi sarà abuso solo se la società non è in grado di giustificare tali differenze motivandole con l'esistenza di obiettive differenze nella gestione dei diritti. Ciò significa che la società sarà obbligata a provare la ragionevolezza e correttezza delle proprie tariffe solo se viene rilevata una ovvia e notevole differenza tra i livelli di prezzo<sup>72</sup>.

Si è visto che il trasferimento della disponibilità dei diritti dagli aderenti alla società di autori è il presupposto stesso perché essa possa svolgere una azione efficace. Quando, però, le condizioni di tale trasferimento si aggravano rispetto al necessario, complice il fatto che spesso i titolari dei diritti non hanno alternative, non essendo in grado di gestirli direttamente, anche sul piano interno, nei rapporti tra società ed aderenti, si possono verificare casi di abuso di posizione dominante. La cessione dei diritti, ad esempio, è ritenuta eccessiva se

<sup>72</sup> Cfr. sentenza *Tournier*, cit. Su questo argomento la Commissione ha, però, preparato una relazione relativamente ai prezzi praticati alle discoteche nell'ambito comunitario, e tale approccio ha incontrato l'approvazione del Tribunale di primo grado delle Comunità europee. Il fatto che la Corte si riferisca ad una comparazione da effettuare su di una base omogenea consente, forse, di non condividere la critica fatta alla sentenza da M. KEREVER (*Chronique de jurisprudence, Revue Internationale de Droit d'Auteur*, 1989, n. 142, p. 283, riportato da FRANÇON, *op. cit.*). Egli osserva che la sentenza non tiene conto del fatto che il livello di protezione accordato al diritto d'autore può variare da uno Stato all'altro, giustificandosi, così, le tariffe più elevate applicate in un Paese caratterizzato da una forte protezione. Nel caso di specie, infatti, la SACEM, società di gestione collettiva francese, aveva giustificato le proprie elevate tariffe riferendosi, tra l'altro, al fatto che le normative francesi riconoscevano agli autori maggiori diritti rispetto agli altri Stati comunitari (cfr. *supra*, par. 3.2, in merito al diritto di riproduzione automatica). Ciò non significa, naturalmente, che, attraverso la contrattazione privata, si possono reintrodurre le frammentazioni del mercato comunitario contrastate dall'operatività del principio dell'esaurimento comunitario del diritto. Nel quarto caso relativo alla società tedesca GEMA, infatti, la Commissione ha affermato che l'imposizione, da parte della società tedesca, del pagamento di diritti su registrazioni sonore realizzate in Germania anche se il licenziatario aveva ottenuto la licenza dalla società di un altro Stato membro costituiva un abuso di posizione dominante. La Corte aveva stabilito, però, nella sua prima decisione relativa alla GEMA, che sia l'autore sia la società di gestione collettiva possono concedere una licenza esclusiva in relazione ad un'opera specifica per uno Stato specifico, senza violare l'art. 86 (cfr. EHLERMANN e KAUFMANN, *op. cit.*)

è necessariamente richiesta per tutto il mondo, o per tutta la durata del diritto d'autore, o indifferentemente riguardo ai diritti presenti e futuri, senza distinguere tra le diverse modalità di sfruttamento generalmente riconosciute.

Sempre con riferimento ai rapporti interni tra società collettive ed aderenti, si rilevano anche casi di discriminazioni illecite praticate nei confronti degli autori, in forza della posizione dominante di cui le società godono. In un caso evidente, la società tedesca GVL si rifiutava di occuparsi degli artisti-interpreti stranieri non domiciliati in Germania, e tale comportamento è stato dichiarato illecito dalla Corte. Del pari, è stato riconosciuto un abuso di posizione dominante mediante pratiche discriminatorie anche in presenza di una situazione per cui tutti gli aderenti, nazionali e stranieri, erano tenuti a versare gli stessi contributi, ma solo gli aderenti nazionali beneficiavano di un diritto di suffragio all'interno della società<sup>73</sup>.

In merito alla commissione di abusi tramite il rifiuto di concedere licenze a chi le richiede, la giurisprudenza comunitaria si è trovata a scontrarsi con le conseguenze, estremamente importanti per il mercato, dell'esistenza stessa della facoltà esclusiva di concedere, o meno, l'utilizzo di un proprio diritto di proprietà intellettuale. Una prima volta, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'articolo 86 delle normative nazionali che proteggono i disegni e modelli, in particolare delle parti di carrozzeria delle autovetture, conferendo al titolare la facoltà di opporsi alla loro fabbricazione e commercializzazione da parte di terzi<sup>74</sup>. In quella occasione la Corte

<sup>73</sup> Cfr. la sentenza della Corte 2 marzo 1983, *GVL c. Commissione*, 7/82, *Raccolta* 1983, p. 483, nonché la decisione della Commissione del 2 giugno 1971, riguardante la GEMA, società tedesca per la gestione dei diritti d'autore nel campo della musica, cit. Una delicata e difficile questione, che potrebbe porsi sotto il profilo della imposizione di prezzi iniqui o di pratiche discriminatorie, riguarda la divisione e distribuzione dei diritti tra le varie categorie di aderenti. Potrebbe, ad esempio, presentarsi il caso, come è avvenuto nel Regno Unito, di compositori di forme di musica meno popolari a cui vengono riconosciuti pagamenti inferiori rispetto a quelli dei loro colleghi. Se i pagamenti inferiori trovano una giustificazione nel fatto che i prodotti che incorporano le opere interessate vendono meno rispetto ad altri, e la somma riconosciuta dalla società dipende dal numero di copie vendute, la pratica potrebbe essere considerata lecita (cfr. EHLERMANN e KAUFMANN, *op. cit.*).

<sup>74</sup> La sentenza 5 ottobre 1988, *Volvo c. E. Veng (UK) Ltd.* (238/87, *Raccolta* 1988, p. 6211) fu resa in un caso che riguardava la società Volvo, registrata come proprietaria, nel Regno Unito, dei disegni di alcuni pezzi di ricambio per le sue autovetture Serie 200. Cfr., in merito a queste problematiche, GOVAERE, *op. cit.*



ebbe a riconoscere che quella facoltà integra la sostanza stessa del diritto esclusivo, e quindi il rifiuto di concedere una licenza non costituisce di per sé un abuso di posizione dominante, ma che, ad esempio, il rifiuto arbitrario di fornire pezzi di ricambio a riparatori indipendenti costituirebbe un comportamento abusivo suscettibile di essere sanzionato dalle istituzioni, se tale da pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

Sempre in riferimento alla questione del rifiuto della licenza per l'utilizzo di un diritto di proprietà intellettuale, in questo caso protetto, nella normativa nazionale di riferimento, a titolo di diritto d'autore, è intervenuta nel 1995 una discussa sentenza della Corte. Essa conferma la soluzione già disposta nella precedente decisione del Tribunale di primo grado, rispetto alla quale, però, attenua le affermazioni in materia di oggetto e funzione del diritto d'autore, che avevano fatto rilevare un radicale mutamento nella giurisprudenza comunitaria, gravido di conseguenze per la tutela degli autori, diffondendosi, piuttosto, sulle caratteristiche della particolare situazione in causa, in relazione all'abuso della posizione dominante<sup>75</sup>.

Nel caso di specie, reti televisive della Repubblica d'Irlanda e dell'Irlanda del Nord rifiutavano di concedere a giornali e riviste la licenza di pubblicare l'elenco settimanale dei loro programmi, costringendo, così, i telespettatori ad acquistare i due separati periodici che esse stesse pubblicavano, ed in ciò esse erano appoggiate dalla normativa irlandese e del Regno Unito, che proteggevano tali elenchi a titolo di diritto d'autore. Sul procedimento interno nei confronti della ditta *Magill*, che pubblicava i programmi settimanali di tutte le reti, si impiantò la procedura a livello comunitario, che infine giunse dinanzi alla Corte. Essa rilevò che le reti disponevano di un monopolio sulle informazioni riguardo ai loro programmi e ritenne, sulla base della ricevibilità delle reti in tutti e due gli Stati, che vi fosse mercato per

<sup>75</sup> Cfr. sentenze TPGCE 10 luglio 1991, *Radio Telefis Eireann c. Commission, British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Ltd c. Commission, Independent Television Publications Ltd c. Commission*, T-69/89, T-70/89, T-76/89, Raccolta 1991-II, p. 485, nonché la sentenza della Corte 6 aprile 1995, *RTE e ITP c. Commissione*, C-241/91 e 242/91, Raccolta 1995-I, p. 808. Tutta la vicenda *Magill* verrà nuovamente analizzata, per quanto più specificamente riguarda i suoi riflessi sulla configurazione comunitaria delle caratteristiche del diritto d'autore, nel par. 4. Preme qui esclusivamente sottolineare che in questo caso l'esercizio del diritto di rifiutare la licenza è stato ritenuto illegittimo, in quanto configurante l'abuso della posizione dominante.

riviste che presentassero entrambi i programmi, mercato che, però, non poteva nascere a causa del rifiuto di concedere le licenze da parte delle reti. La Corte concluse che un tale esercizio di un diritto esclusivo potesse, eccezionalmente, costituire una violazione dell'articolo 86, e le reti furono costrette a fornire l'elenco dei loro programmi, dietro pagamento di un compenso ragionevole.

Esattamente a scongiurare una tale conferma della decisione del Tribunale di primo grado si era levata una critica unanime da parte della dottrina, che la Corte, però, non ha dimostrato di accettare, rigettando l'appello avverso la sentenza del Tribunale, senza, tuttavia, rinnegare la propria precedente giurisprudenza in materia di intangibilità dell'esistenza del diritto, rimasta di competenza nazionale. Sia il Tribunale, sia la Corte, infatti, si rifiutano di pronunciarsi direttamente sulla conformità al Trattato delle normative nazionali che tutelano l'elenco dei programmi, in riferimento alla distinzione tra esistenza ed esercizio del diritto, anche se la sanzione irrogata svuota, in sostanza, di contenuto il diritto esclusivo, trasformandolo in un semplice diritto a remunerazione. Vero è, però, che la Corte si è preoccupata di ricordare che la soluzione indicata è legata alla particolare situazione del mercato in questione<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Ritiene CORNISH, *op. cit.*, che vadano evidenziate le "circostanze eccezionali" del caso *Magill*, perché la decisione della Corte sia opportunamente inquadrata nell'ambito del mercato in cui era esercitato l'abuso di posizione dominante semplicemente negando di concedere le licenze. Senz'altro la particolare natura (di semplice informazione di fatti) del contenuto protetto non poteva non influire sulla valutazione, ma va soprattutto considerato il fatto che il monopolio sul mercato degli elenchi di programmi era una conseguenza dell'intero sistema di controllo delle trasmissioni. Una volta aperto ad una reale concorrenza il mercato principale, quello delle trasmissioni, le emittenti certamente non avrebbero ostacolato la pubblicità delle loro programmazioni. Nella sentenza non sono, forse, sufficientemente evidenziate le barriere frapposte all'entrata del "mercato a monte", che sono il presupposto del comportamento ingiustificatamente monopolistico nel "mercato a valle". Nota BERGÉ, *op. cit.*, che si è prospettato di analizzare la soluzione del caso *Magill* come un possibile esempio della teoria, di origine americana, delle "strutture essenziali", che auspicerebbe il riconoscimento di licenze obbligatorie ogniqualvolta esse siano necessarie ad un'impresa, non titolare del diritto di sfruttamento, per entrare nel mercato in questione, ma una tale teoria si rivela contraria alla protezione del diritto d'autore come finora delineatasi nella giurisprudenza comunitaria.

### 3.4. *Non discriminazione*

Gli sviluppi più recenti, in materia di incidenza delle disposizioni del Trattato sulle normative di diritto d'autore, riguardano il divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità, di cui all'articolo 6.1<sup>77</sup>; è solo nel 1993, infatti, che la Corte ha chiarito la relazione tra i diritti di proprietà intellettuale e il principio comunitario di non discriminazione, con importanti implicazioni anche sul principio del trattamento nazionale, cui fanno riferimento le convenzioni internazionali sulla proprietà intellettuale. La Corte ha chiarito, per la prima volta, che i diritti di proprietà intellettuale rientrano nell'ambito dell'articolo 6, senza essere necessariamente riferiti all'applicazione delle disposizioni che specificamente presiedono alla libera circolazione di merci e servizi, e che tale articolo ha efficacia diretta, e quindi può essere azionato dinanzi alle corti interne dai titolari, cittadini europei, che otterranno, nei confronti dei propri diritti, la stessa protezione che lo Stato in cui si agisce riconosce ai propri cittadini<sup>78</sup>.

Il 20 ottobre 1993, dunque, la Corte decise il caso *Phil Collins*, che riguardava la normativa tedesca sul diritto d'autore, la quale disponeva per gli interpreti stranieri, nei casi in cui non trovava applicazione la Convenzione di Roma sui diritti connessi al diritto d'autore, una tutela minore rispetto a quella riservata ai loro colleghi tedeschi<sup>79</sup>. La motivazione di una tale disciplina è da ricercare nell'intenzione di indurre gli altri Stati ad aderire alle convenzioni internazionali o, almeno, a concludere accordi bilaterali, allo scopo di garantire una migliore protezione all'estero per gli interpreti tedeschi, ma il fatto che la normativa tedesca non distinguesse la situazione

<sup>77</sup> Nel testo emendato a Maastricht; prima di allora la disposizione era all'art. 7.1, e, all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, sarà contemplata all'art. 12.

<sup>78</sup> Nota GOVAERE, *op. cit.*, che le normative nazionali, sottoponibili a tale vaglio diretto della non-discriminazione, erano, generalmente, costruite avendo ben presente le convenzioni internazionali in materia di diritti di proprietà intellettuale, il che, però, come avremo modo di vedere, non era sufficiente a garantire la conformità agli obblighi comunitari, anzi, in alcuni casi ha esattamente costituito la causa del conflitto.

<sup>79</sup> Si tratta della Convenzione internazionale per la tutela degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, conclusa a Roma il 26 ottobre 1961; sui rapporti, in generale, tra le convenzioni internazionali in materia di diritti d'autore e diritti connessi ed il diritto comunitario, si veda *infra*, Cap. III.

degli stranieri cittadini di uno degli Stati membri della Comunità rispetto ai cittadini di Stati terzi portò la situazione di fronte alla Corte comunitaria<sup>80</sup>.

La Corte decise su tre questioni, logicamente consequenziali: in primo luogo, dovette stabilire se il diritto d'autore e i diritti connessi fossero ricompresi nel campo di applicazione del Trattato, ai sensi dell'articolo 6, quindi valutò se il differente trattamento riservato ai tedeschi e agli altri interpreti comunitari fosse contrario all'articolo 6, così come appena interpretato, ed infine si pronunciò in merito alla possibilità, per chi avesse subito una tale discriminazione, di far valere direttamente i propri diritti di fronte ad una corte interna, ossia in merito all'efficacia diretta della norma. Per quanto riguarda la prima questione, fu ribadito che, pur rimanendo, allo stato della armonizzazione comunitaria in materia, di competenza dei legislatori nazionali la determinazione delle condizioni e procedure per il riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i diritti connessi implicavano questioni relative sia ai diritti morali, sia ai diritti economici, e che questi ultimi ricadevano senz'altro nell'ambito delle disposizioni del Trattato che presiedono alla realizzazione di un mercato interno di merci e servizi in cui si svolga una sana concorrenza. Andava, anzi, considerato che la Comunità si era già, in realtà, occupata di alcuni aspetti dell'armonizzazione dei diritti connessi al diritto d'autore, nella direttiva dedicata anche al diritto di noleggio e di prestito in materia di proprietà intellettuale<sup>81</sup>. Su queste basi si ricomprendevano, quindi, i diritti connessi al diritto d'autore nel campo di applicazione dell'articolo 6<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Non si parla ancora di cittadini europei perché il Trattato di Maastricht sull'Unione europea, che istituisce, appunto, la cittadinanza europea, entrò in vigore soltanto l'1.11.1993. La sentenza in questione riguarda due cause riunite (*Phil Collins c. Imrat e Patricia c. EMI*, C-92/92 e 326/92; *Raccolta* 1993-I, p. 5145), che interessavano i due artisti-interpreti inglesi Phil Collins e Cliff Richard, le cui interpretazioni musicali, registrate durante un concerto senza la loro autorizzazione, erano state vendute in Germania. Poiché i concerti si erano svolti negli Stati Uniti d'America e nel Regno Unito, che entrambi, all'epoca, non erano membri della Convenzione di Roma, la tutela disposta dalla Convenzione non si applicava ai due artisti coinvolti, i quali per questa ragione non godevano, in Germania, dell'assimilazione al trattamento nazionale.

<sup>81</sup> Direttiva del Consiglio 92/100 CEE, del 19 novembre 1992, in *GUCE* L 346, del 27.11.1992, p. 61. Si veda, in merito alle direttive di armonizzazione, *infra*, Cap. III.

<sup>82</sup> Va rilevato che l'art. 6, in base alla precedente giurisprudenza della Corte, in tanto può essere direttamente applicato, in quanto non risulti applicabile nessuna

Va ricordato che in dottrina si è rilevata la connotazione evolutiva di una tale estensione della portata del divieto di discriminazione di cui all'articolo 6, ritenendo la soluzione della Corte non sufficientemente motivata con riferimento ai fatti di causa<sup>83</sup>. La direttiva richiamata nella sentenza, infatti, pur essendo stata adottata da quasi un anno, sarebbe giunta a scadenza soltanto nel luglio 1994, né vi era alcuna norma del Trattato che prevedesse un intervento delle istituzioni comunitarie in materia di diritto d'autore e diritti connessi, dal momento che gli emendamenti di Maastricht dovevano ancora entrare in vigore, e quindi non ci si poteva riferire alla competenza comunitaria in materia di creazione letteraria ed artistica di cui al nuovo articolo 128, dedicato alla cultura. La generale attribuzione alle istituzioni comunitarie, ex articolo 100, di una "competenza orizzontale" in merito all'armonizzazione delle normative nazionali, laddove le loro differenze incidano direttamente sul funzionamento del mercato comune, non sarebbe stata sufficiente a fondare l'applicazione del divieto ex articolo 6, che era invece, nella interpretazione corrente della norma, legata alla individuazione della competenza comunitaria nel settore specifico preso in considerazione, nonostante la recente valorizzazione, da parte della Corte, della portata autonoma da riconoscersi all'articolo 6<sup>84</sup>.

A prescindere dalle valutazioni critiche appena ricordate mosse in dottrina nei confronti della sentenza *Phil Collins* per il difetto di motivazione in relazione ai fatti di causa e con riferimento alla

disposizione particolare del Trattato che vieta discriminazioni sulla base della nazionalità. Nel caso di specie, la normativa in questione non ostacolava la libertà di circolazione delle merci o di prestazione dei servizi, o il diritto di stabilimento, pur comportando evidenti ripercussioni sugli interessi economici degli aventi diritto; nota Roberto MASTROIANNI (*Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano, 1997), riprendendo una osservazione di Lucia S. ROSSI (*Principio di non discriminazione e diritti connessi al diritto d'autore*, *Foro italiano*, 1994, IV, p. 316), come la normativa tedesca, pur disponendo senz'altro un trattamento privilegiato a favore dei cittadini tedeschi, non realizzava la discriminazione con riferimento all'esercizio di una delle libertà economiche specificamente previste dal Trattato, bensì con riferimento al riconoscimento stesso del diritto esclusivo di distribuzione, agli artisti interpreti o esecutori, sulle fissazioni delle loro prestazioni artistiche.

<sup>83</sup> Cfr. MASTROIANNI, *op. cit.*

<sup>84</sup> In tal senso, tra gli altri, BISCHOFF, *Article 7*, in *Traité instituant la C.E.E. Commentaire article par article*, sous la direction de COSTANTINESCO, KOVAR, JACQUÉ, SIMON, Parigi, 1992, p. 61.

situazione del diritto comunitario al tempo degli accadimenti<sup>85</sup>, interessa qui sottolineare come, invece, *a contrario*, gli strumenti di cui sopra siano ormai in vigore, e se ne debbano far discendere tutte le logiche conseguenze. Va, quindi, rilevato che, a rigore di termini, l'entrata in vigore dell'articolo 128, nel testo emendato a Maastricht, ristabilisce gli equilibri già in altra occasione indicati dalla Corte come sufficienti per riconoscere l'applicazione del divieto generale di discriminazione sulla base della nazionalità<sup>86</sup>. Concludiamo, dunque, su questo punto osservando che l'applicazione del divieto di cui all'articolo 6 alla materia che qui interessa come oggi si configura non risulta da una isolata decisione innovativa e scarsamente motivata, ma si inserisce in un orientamento giurisprudenziale; non è qui il caso di approfondire la ricostruzione del significato che in generale la sentenza *Phil Collins* possa assumere ai fini della operatività dell'obbligo di non discriminazione, argomento di notevole importanza, ma che esula senz'altro dallo scopo di questo lavoro.

<sup>85</sup> Cfr. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 252 ss. Va, però, rilevato come la direttiva 92/100, sebbene costituisse il primo atto derivato ad occuparsi del settore dei diritti connessi al diritto d'autore, era stata preceduta da altri atti che intervenivano nella materia, più ampiamente considerata, del diritto d'autore, in tema, in particolare, di tutela dei programmi da elaboratore e, ancor prima, delle topografie di semiconduttori (si veda *infra*, Cap. III).

<sup>86</sup> Segnatamente, nella sentenza 13 febbraio 1985, *Gravier* (293/83, *Raccolta* 1985, p. 593), richiamata anche da MASTROIANNI, *op. cit.* In tale occasione, la Corte osservò che le condizioni di accesso e di partecipazione a corsi di formazione professionale non erano estranee al diritto comunitario, sebbene l'organizzazione e la politica dell'istruzione non fossero, di per sé, incluse nell'ambito delle competenze che il Trattato aveva attribuito alle istituzioni (cfr., in proposito, LOMAN, MORTELMANS, POST, WATSON, *op. cit.*, p. 78). La versione allora vigente, strano a dirsi, proprio dell'articolo 128 attribuiva, infatti, alla Comunità una competenza a "fissare i principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale", e la prassi comunitaria contemplava una serie di atti non vincolanti emanati dal Consiglio, in base ai quali la Corte aveva ritenuto di evincere che si stesse realizzando progressivamente una politica di formazione professionale comunitaria, sufficiente a fondare l'applicazione dell'articolo sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Ebbene, nella versione attuale del Trattato le competenze in tema di formazione professionale (art. 127, destinato a diventare 150 dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam) e, nell'ambito della cultura, di creazione letteraria ed artistica (art. 128, destinato a diventare 151) presentano le stesse caratteristiche, essendo espressamente chiarito che nessuna delle due disposizioni può fungere da base giuridica per qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Sulla portata della competenza comunitaria in materia di cultura e le sue possibili implicazioni in riferimento alla considerazione del diritto d'autore nel sistema del Trattato si veda *infra*, Cap. II.

Una volta stabilito che il diritto d'autore e i diritti connessi sono ricompresi nel campo di applicazione del Trattato, ai sensi dell'articolo 6, la Corte, nel valutare se il differente trattamento riservato ai tedeschi e agli altri interpreti comunitari fosse contrario al Trattato, concluse, piuttosto velocemente, che qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità è vietata da tale articolo<sup>87</sup>. Sembra, però, opportuno svolgere alcune considerazioni per mettere in luce le principali implicazioni che l'applicazione del divieto di cui all'articolo 6 comporta con riferimento agli strumenti convenzionali allargati in materia di diritti d'autore, a cui partecipano anche gli Stati comunitari, e segnatamente alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche<sup>88</sup>. Se, infatti, il caso specifico della sentenza *Phil Collins* riguardava una situazione non coperta dalla tutela internazionale disposta dalla Convenzione di Roma, quindi non si pose direttamente la questione del possibile conflitto tra la disciplina convenzionale allargata e l'applicazione, nei rapporti tra gli Stati comunitari, dell'articolo 6 del Trattato, un tale conflitto potrebbe invece essere ipotizzabile in alcuni casi particolari.

Tale situazione di possibile conflitto va analizzata, in particolare, in quei casi in cui la Convenzione di Berna, che pure si basa, in linea di principio, sul principio dell'assimilazione al trattamento nazionale, in via eccezionale condiziona l'assimilazione alla reciprocità di trattamento<sup>89</sup>. In tali casi, quindi, il trattamento nazionale viene concesso agli stranieri ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione, ma solo entro alcuni limiti, determinati dal modo in cui gli stessi diritti sono riconosciuti anche dal Paese d'origine dell'opera o di nazionalità dell'autore, e il riferimento a tale normativa fa sì che l'assimilazione di trattamento non possa operare *in toto*. Ciò

<sup>87</sup> Ritiene LOEWENHEIM, *op. cit.*, che in tale frangente la Corte non abbia debitamente considerato l'esistente e ben equilibrato sistema internazionale di tutela del diritto d'autore.

<sup>88</sup> Convenzione conclusa il 9 settembre 1886 e più volte integrata e modificata, del cui ultimo testo il Consiglio delle Comunità ha raccomandato l'adozione da parte di tutti gli Stati comunitari. Per una presentazione più ampia dei rapporti tra il diritto comunitario e la Convenzione, nonché gli altri strumenti internazionali per la tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi, si rinvia al Cap. III.

<sup>89</sup> Come osserva MASTROIANNI, *op. cit.*, ci si può riferire agli artt. 6, 2 par. 7, 7 par. 8, 14 ter della Convenzione, che si occupano della tutela delle opere di arti applicate e dei disegni e modelli industriali, della durata della tutela di diritto d'autore e del *droit de suite*.

necessariamente comporta che possano crearsi disparità di trattamento tra cittadini degli Stati aderenti alla Convenzione, e tali discriminazioni operate sulla base della nazionalità sono vietate dall'articolo 6 del Trattato se avvengono tra Stati comunitari, come è stato stabilito nella sentenza *Phil Collins*<sup>90</sup>.

Una possibile soluzione a questo conflitto tra la normativa internazionale allargata e il diritto comunitario è ipotizzata attraverso l'applicazione del principio del *favor auctoris*, ed in particolare, in questo caso, dell'articolo 20 della Convenzione di Berna, secondo il quale i governi degli Stati cui si applica la Convenzione si riservano il diritto di concludere tra loro accordi particolari, in quanto questi conferiscano agli autori diritti più estesi di quelli concessi dalla Convenzione, ovvero contengano stipulazioni che non siano in contrasto con essa. L'applicazione dell'articolo 6 del Trattato CE costituirebbe, in questa ottica, una riforma della tutela in senso più favorevole all'autore, e quindi concessa dal sistema della Convenzione di Berna<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> La condizione di reciprocità ai fini del riconoscimento dei diritti è in generale e per definizione estranea al diritto comunitario, e la Corte comunitaria ha esplicitamente dichiarato che "il diritto al pari trattamento sancito dal diritto comunitario non può essere subordinato all'esistenza di un accordo di reciprocità concluso tra lo Stato membro ed il Paese di cui è cittadino il soggetto interessato" (sentenza 2 febbraio 1989, *Cowan*, 186/87, *Raccolta* 1989-I, p. 195). Già DIETZ, *op. cit.*, aveva segnalato il conflitto tra l'articolo del Trattato di Roma che vieta le discriminazioni sulla base della nazionalità e alcune norme della Convenzione di Berna, segnatamente quella in tema di durata della protezione, rilevando come in tali casi si interrompa l'armonia tra i due strumenti convenzionali.

<sup>91</sup> Le stesse conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs nel caso *Phil Collins* vanno in questa direzione, con riferimento ai rapporti tra il Trattato CE e la Convenzione di Roma, il cui art. 22 è analogo all'art. 20 della Convenzione di Berna. Anche MASTROIANNI, *op. cit.*, concorda con questa soluzione, pur ricordando che in dottrina non mancano posizioni differenti, che non ritengono così assicurata, in considerazione dell'art. 20 Conv. di Berna, la compatibilità tra la non discriminazione nell'ambito comunitario e i casi in cui la Convenzione di Berna si riferisce, in qualche misura, alla reciprocità. Cfr. anche, a questo proposito, LOEWENHEIM, *op. cit.*, il quale ritiene che la soluzione adottata dalla Corte non sia coerente con la risoluzione del Consiglio del 14 maggio 1992 riguardante l'adesione degli Stati membri alla Convenzione di Berna risultante dall'Atto di Parigi del 1971 ed alla Convenzione di Roma del 1961. Va tenuto presente, però, che, dal punto di vista comunitario, quand'anche un tale conflitto esistesse, non è poi così certo che esso andrebbe risolto esclusivamente in considerazione dell'art. 234 del Trattato, avendo di mira la assoluta e completa soddisfazione degli obblighi internazionali allargati, ed a questo proposito si può ricordare un passaggio della sentenza della Corte nel caso *Grundig-Consten*, del 13 luglio 1966, *cit.*, in cui si legge che "gli articoli 36, 222 e 234 del trattato (...) non si oppongono ad ogni incidenza del



Non sembra, però, che tale applicazione del trattamento nazionale anche nei casi per cui, eccezionalmente, le convenzioni internazionali allargate prevedono invece un qualche collegamento con la normativa di origine, si debba estendere agli Stati terzi che sono parti contraenti della Convenzione, mentre è dovuto ai cittadini di Stati comunitari ex articolo 6. Tale è, ad ogni modo, la soluzione accolta dalla direttiva comunitaria sulla durata del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, che continua ad applicare la regola della comparazione con il termine stabilito per la durata della protezione nel Paese terzo di origine dell'opera, il cui autore non sia un cittadino comunitario, implicando, dunque, che il superamento, in funzione dell'accordo particolare, del principio di reciprocità non comporta un ritorno all'applicazione del più generale principio del trattamento nazionale anche nei confronti degli Stati terzi<sup>92</sup>.

Per quanto riguarda il terzo passo logico che la Corte dovette compiere per risolvere il caso *Phil Collins*, essa si pronunciò a favore dell'efficacia diretta dell'articolo 6, riconoscendo, quindi, la possibilità, per chi avesse subito una tale discriminazione, di far valere direttamente i propri diritti di fronte ad una corte interna. Va, anzi,

diritto comunitario sull'esercizio dei diritti nazionali di proprietà industriale". Sull'argomento si veda *infra*, Cap. III.

<sup>92</sup> Cfr art. 7.1 della direttiva CEE 93/98, in merito alla quale si veda *infra*, Cap. III. Nota MASTROIANNI, *op. cit.*, che tale soluzione è suffragata da una cospicua prassi di accordi bilaterali, conclusi tra Stati membri della Convenzione di Berna, e che nemmeno l'entrata in vigore dell'Accordo TRIPs, di cui è parte anche l'Unione europea, ha sostanzialmente mutato la situazione, dal momento che l'art. 9 di tale Accordo dispone che i suoi membri si conformino agli artt. da 1 a 21 della Convenzione di Berna. Il fatto, poi, che l'Accordo TRIPs sia successivo rispetto alla normativa comunitaria di non discriminazione sulla base della nazionalità non potrebbe implicare una deviazione, *ratione materiae*, rispetto a tale principio comunitario perché quest'ultimo è ritenuto un principio basilare della costruzione europea e, d'altra parte, gli accordi conclusi dalle istituzioni comunitarie non hanno il potere di modificare il Trattato istitutivo, per il cui emendamento è prevista la procedura speciale di cui all'art. N del TUE (sul punto si veda, tra gli altri, GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1996). Non sembra, invece, di poter condividere l'opinione secondo cui sarebbe sempre la natura rigida del Trattato CE ad escludere la possibilità di estendere il trattamento favorevole di cui all'art. 6 anche agli autori non comunitari, le cui opere sono coperte dal campo di applicazione dell'Accordo TRIPs. E' previsto, infatti, tra le eccezioni all'obbligo del trattamento della nazione più favorita, di cui all'art. 4 dell'Accordo, il caso dei vantaggi, benefici, privilegi o immunità concessi in conformità con le disposizioni della Convenzione di Berna (1971) o della Convenzione di Roma, in virtù delle quali il trattamento accordato può essere funzione non del trattamento nazionale, bensì del trattamento concesso in un altro Paese.

ricordato che tale efficacia diretta non riguarda soltanto i rapporti "verticali" tra il cittadino e gli Stati membri, o le istituzioni comunitarie, bensì anche i rapporti "orizzontali" interprivati. In questo senso, quindi, il diritto alla parità di trattamento sancito all'articolo 6, primo comma, del Trattato, sorgendo direttamente dal diritto comunitario, "può (...) essere fatto valere dinanzi al giudice nazionale per chiedergli di eliminare da una normativa nazionale le disposizioni discriminatorie che negano ai cittadini degli altri Stati la tutela che le stesse assicurano ai cittadini nazionali"<sup>93</sup>.

Prima di concludere sull'argomento dell'incidenza delle norme del Trattato in materia di non discriminazione che hanno efficacia diretta sui sistemi nazionali di protezione dei diritti di proprietà intellettuale, così come si configurano anche in conseguenza della conclusione di convenzioni internazionali, sembra opportuno svolgere una considerazione che permette di chiarire quale sia, in sostanza, il significato di tale incidenza. Va tenuto presente, infatti, che il controllo in materia di non discriminazione è svolto allo scopo di impedire l'attribuzione discriminatoria di un diritto, anche se il diritto di cui è in questione il riconoscimento è di natura tale da affievolire la sostanza, l'oggetto specifico della tutela, tale tipo di controllo, insomma, non si interessa che della sola attribuzione discriminatoria del diritto, qualunque esso sia. Non è così, invece, quando viene effettuato il controllo della legittimità dell'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale alla luce delle norme del Trattato sulle libertà di circolazione e sulla concorrenza; in tali casi la giurisprudenza della Corte fa riferimento all'oggetto specifico e alla funzione essenziale del diritto in questione, giungendo, in qualche misura, a sconfinare nell'ambito dell'"esistenza" dei diritti, che pure continua a dichiarare di competenza interna degli Stati membri, finché non intervenga una normativa comunitaria nel settore. Si manifesta così in modo evidente l'intrinseca instabilità di una rigorosa distinzione tra esistenza ed esercizio dei diritti<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Cfr. sentenza *Phil Collins*, cit., al par. 34, richiamato anche da MASTROIANNI, *op. cit.* E', forse, soltanto il caso di osservare che i giudici non hanno il potere di "eliminare" radicalmente le disposizioni nazionali discriminatorie.

<sup>94</sup> Sono state rilevate, in dottrina, le contraddizioni logiche che possono derivare, e sono derivate, da tale diversità di approcci a situazioni, nella sostanza, equivalenti. In due questioni relative a licenze obbligatorie in materia di brevetto si è ritenuto, in un caso, di limitare gli effetti della licenza obbligatoria per tutelare l'oggetto specifico del

#### 4. Esistenza ed esercizio: l'esaurimento del diritto e la protezione delle prerogative specifiche alla luce della funzione essenziale

Abbiamo visto come la giurisprudenza comunitaria abbia stabilito che l'eccezione di cui all'articolo 36 in materia di "proprietà industriale e commerciale" si riferisce all'insieme dei diritti di proprietà intellettuale, e dunque anche al diritto d'autore. Dovendo definire l'ambito di efficacia dell'articolo 36 nei riguardi delle altre disposizioni del Trattato, la Corte ha, naturalmente, riferito le eccezioni da esso previste alla libera circolazione delle merci, come espressamente disposto dalla norma, ma ha ritenuto di dover applicare anche le norme in materia di libera prestazione dei servizi e di concorrenza tenendo in considerazione le disposizioni di tale articolo. Tirando le somme di questa giurisprudenza, alla quale fino ad ora ci si è riferiti per mettere in luce l'emergere delle problematiche di diritto d'autore nei diversi contesti di consolidata competenza comunitaria, è forse possibile individuare gli elementi-chiave di una concezione comunitaria del diritto d'autore<sup>95</sup>.

Il fulcro di tale concezione comunitaria è da ritrovarsi, com'è naturale, nello stesso articolo 36, interpretato dalla giurisprudenza della Corte come eccezione-principio e principio-eccezione su cui si fonda la ripartizione delle competenze, o meglio, la coesistenza delle normative nazionali di diritto d'autore con le disposizioni comunitarie sulle libertà e la concorrenza nel mercato comune, dal momento che non è dato individuare una competenza comunitaria in materia di diritto d'autore, ma soltanto la possibilità di adottare, a livello comunitario, iniziative volte al ravvicinamento delle disposizioni

diritto, escludendo l'effetto di "esaurimento" del diritto, e nell'altro di estendere l'applicazione del regime di licenza obbligatoria per impedire il verificarsi di discriminazioni in base alla nazionalità (cfr. sentenze 9 luglio 1985, *Pharmon*, 19/84, *Raccolta* 1985, p. 2281 e 3 marzo 1988, *Allen e Hanburys*, 434/85, *Raccolta* 1988, p. 1245. Si veda, a questo proposito, BERGÉ, *op. cit.*)

<sup>95</sup> Così BERGÉ, *op. cit.*, al quale si rinvia per una analisi mirata allo studio dei sistemi di collegamento tra i diversi livelli normativi, internazionale, comunitario e statale, in materia di diritto d'autore, e degli strumenti di soluzione dei conflitti tra norme. Si tenta, qui, invece, di focalizzare l'attenzione sull'aspetto comunitario, per individuare la dimensione, e il senso, della tutela di diritto d'autore nel sistema del Trattato.

legislative, regolamentari ed amministrative giustificate in base alle esigenze del mercato comunitario ("competenza orizzontale")<sup>96</sup>. Come abbiamo già avuto modo di accennare, gli eventuali conflitti tra i due livelli normativi vanno risolti, secondo la Corte, facendo riferimento alla distinzione tra esistenza ed esercizio del diritto, solo sul secondo di tali termini possono, infatti, incidere i divieti disposti dal Trattato. L'esercizio delle prerogative di diritto d'autore è ritenuto legittimo quando le restrizioni alle libertà del mercato comune sono motivate dall'esigenza di salvaguardare i diritti che costituiscono l'oggetto specifico, la sostanza stessa, della proprietà intellettuale, che, secondo la Corte, esiste, lo ribadiamo, solamente in base alla definizione che ne danno le normative interne<sup>97</sup>.

Cosa si debba intendere quale oggetto specifico della tutela di diritto d'autore è stato definito solo recentemente dalla giurisprudenza comunitaria, con riferimento al caso *Phil Collins* ed al caso *Magill*; alla luce del concetto di "funzione essenziale", l'oggetto specifico del diritto d'autore è identificato come la garanzia della protezione morale dell'opera e della remunerazione dello sforzo creativo<sup>98</sup>. Va, però, rilevato che tale definizione, fornita dal Tribunale di primo grado, non è stata ribadita dalla Corte. Se il silenzio della Corte su questo punto è formalmente motivato dalla superfluità di una conclusione in materia, poiché si ritenne che l'appello avverso la decisione del Tribunale potesse essere risolto riferendosi soltanto alla normativa sull'abuso di posizione dominante, è forse lecito sospettare che la Corte si trovasse in imbarazzo nel ripetere le argomentazioni del Tribunale sulle

<sup>96</sup> Sulle iniziative comunitarie di armonizzazione normativa e le rispettive basi giuridiche, si veda *infra*, Cap. III.

<sup>97</sup> Così le sentenze *Deutsche Grammophon*, *Dansk Supermarked*, *Coditel II*, *Polydor*, *Warner Brothers*, *EMI II* e *Magill* *citt.*

<sup>98</sup> Così il TPG nelle sentenze *Magill*, *citt.* Per la definizione data in occasione della causa *Phil Collins* si veda *infra*, Cap. IV, par. 2. Si era, nel frattempo, giustificata l'assenza di una tale definizione ritenendo impossibile definire l'oggetto specifico della tutela di diritto d'autore, a causa della diversità delle opere protette e della pluralità delle prerogative proprie di tale tutela (cfr. BERGÉ, *op. cit.*, p. 128). Di funzione essenziale si parla nelle sentenze *Coditel I* e *II*, *citt.*; nel campo dei brevetti l'oggetto specifico del diritto era già stato identificato, nel 1974 (cfr. sentenze 31 ottobre 1974, *Centrafarm*, 15/74 e 16/74, *Recueil* 1974, p. 1147, al par. 9, p. 1162), nel fatto che, tra l'altro, "venga garantito al titolare, per ricompensare lo sforzo creativo concretatosi nell'invenzione, il diritto esclusivo di valersi di questa per la produzione e la prima immissione in commercio di beni industriali, sia direttamente, sia mediante concessione di licenze a terzi, nonché il diritto di opporsi alle contraffazioni".

questioni di diritto d'autore e ribadire, nello stesso tempo, la suddivisione tra esistenza ed esercizio del diritto, smentita, nella sostanza, dall'esito della causa<sup>99</sup>.

In realtà, è forse possibile, in assenza di norme comunitarie di armonizzazione nel settore specifico interessato, continuare a riconoscere una dimensione autonoma alla valutazione nazionale dell'esistenza del diritto, a patto di definirne l'effettivo ruolo al livello comunitario. Si intende, con ciò, dire che il diritto comunitario non si limita ad assumere, *sic et simpliciter*, la definizione nazionale dell'esistenza del diritto, per poi impiegarla ai suoi propri fini, bensì la assume come presupposto necessario, sulla base del quale svolgere le ulteriori, necessarie, valutazioni di livello comunitario. Se andiamo ad analizzare gli unici due limiti espressamente contemplati dall'articolo 36 alla tolleranza di ostacoli alle libertà del mercato comune per i motivi eccezionali ivi contemplati, tra cui figura la tutela della proprietà industriale e commerciale, constateremo che viene esclusa la possibilità, per tali deroghe, di "costituire un mezzo di discriminazione arbitraria" o "una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri". Secondo la Commissione ciò significa che l'articolo 36 non potrà essere invocato per giustificare legislazioni, procedure e prassi che provochino discriminazioni o restrizioni sproporzionate allo scopo<sup>100</sup>. Ora, sebbene la nascita di tali diritti, in assenza di armonizzazione, vada rilevata solo con riferimento ai dati normativi nazionali, la valutazione di "proporzionalità allo scopo" andrà necessariamente condotta sulla base degli equilibri interni al Trattato, e dunque in tanto la deroga può esistere in quanto esiste la normativa interna, ma potrà operare solo nei limiti definiti dal Trattato.

La conclusione di questo ragionamento, sebbene consenta di mantenere un significato al margine di autonomia che la Corte continua a riconoscere alle normative interne sull'esistenza del diritto, permette, forse, di attribuire, alla luce della recente giurisprudenza, un senso

<sup>99</sup> Per un sunto dei fatti di causa si rinvia *supra*, par. 3.3.

<sup>100</sup> Cfr. *Comunicazione al Consiglio relativa alla protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale* [89] 594 def., del 22 novembre 1989. Per un'analisi delle problematiche relative alla interpretazione della deroga, di cui all'art. 36, in materia di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, si veda Federica MUCCI, *I beni culturali mobili nel Trattato della Comunità europea*, in Pasquale PAONE (a cura di) *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili*, Napoli, 1998.

reale alla macchinosa, e ampiamente criticata, distinzione tra l'esistenza del diritto ed il suo esercizio<sup>101</sup>. La sfera dell'esistenza rimane disciplinata dagli Stati, nel senso che la Comunità, finché non ritiene di adottare una normativa nel settore, non può che lasciare alla disciplina nazionale l'individuazione delle fattispecie la cui tutela potrebbe rientrare in una delle eccezioni di cui all'articolo 36. Ma ciò non è sufficiente perché l'eccezione, di diritto comunitario, effettivamente sussista. Perché la tutela "esista" a livello comunitario è necessario che sia riconosciuta a livello interno, ma perché tale esistenza possa tradursi nell'operatività della deroga di cui all'articolo 36, serve un'ulteriore valutazione, da svolgersi alla stregua del Trattato, alla luce, ormai, anche dei principi generali, se ve ne sono, desumibili dalle normative di armonizzazione già adottate in alcuni settori della materia. Insomma, è sulla base del presupposto costituito dalla tutela nazionale che si può passare alla seconda valutazione, di livello comunitario, ma non deve stupire se la valutazione comunitaria, che si occupa di come quel diritto, nato sulla base della normativa interna, assuma un ruolo anche nel sistema del Trattato, potrà giungere, in casi estremi, a negarne la legittima operatività perché "sproporzionata allo scopo".

Ciò è, appunto, accaduto nel caso *Magill*, in cui, com'è stato rilevato in dottrina<sup>102</sup>, il riferimento alla "funzione essenziale", non è servito, come fino ad allora sempre era stato, a dedurre l'oggetto specifico della tutela, per poi concludere a favore della legittimità dell'esercizio del diritto in pregiudizio alle libertà del mercato comune, bensì ad escludere tale legittimità. In questo caso è evidente come la funzione essenziale vada individuata in ragione dei principi del Trattato, perché essa si rivela essere nient'altro che un concetto necessario per valutare quella "proporzionalità allo scopo" che sola può giustificare il riconoscimento dell'eccezione di cui all'articolo 36. Nel caso *Magill* si è,

<sup>101</sup> Va sempre tenuto presente, in relazione a tale "autonomia" del diritto interno in merito alla definizione delle condizioni di esistenza del diritto di proprietà intellettuale, ciò che la Corte ha avuto modo di precisare in riferimento ad un'altra delle eccezioni di cui all'art. 36, la protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, ossia che tale disposizione "non ha lo scopo di riservare talune materie alla competenza esclusiva degli Stati membri, ma ammette che le norme interne derogano al principio della libera circolazione nella misura in cui ciò sia e continui ad essere giustificato per conseguire gli obiettivi contemplati da quest'articolo" (cfr. sentenza 15 dicembre 1976, *Simmenthal*, 35/76, Raccolta 1976, p. 1871).

<sup>102</sup> Si veda BERGÉ, *op. cit.*, p. 135.

dunque, ritenuto che, sebbene il diritto esclusivo di riproduzione costituisca senz'altro, considerato in sé, parte dell'oggetto specifico, del "nocciolo duro" irrinunciabile che qualifica la tutela stessa, il suo esercizio nel caso di specie rivelasse un'attitudine contraria alla funzione essenziale del diritto, poiché essenzialmente rivolto a dissimulare un abuso di posizione dominante, data la particolare configurazione dei mercati rilevanti.

Così letta, la vicenda *Magill*, nonostante si sia conclusa, in sostanza, con l'imposizione della concessione di una licenza di riproduzione, e quindi con la negazione del diritto esclusivo riconosciuto dalla normativa nazionale, non si risolve necessariamente in una intromissione comunitaria in merito alle condizioni per il riconoscimento del diritto a livello nazionale, anche se è innegabile che, nel caso di specie, il fatto che l'ordinamento irlandese proteggesse a titolo di diritto esclusivo d'autore semplici "informazioni grezze", i palinsesti delle programmazioni televisive, abbia influenzato, almeno all'inizio, la valutazione comunitaria. Né il Tribunale, né la Corte, però, hanno ripreso le argomentazioni della Commissione, che nella sua decisione aveva esplicitamente ritenuto incompatibile con il Trattato la qualificazione irlandese delle opere dell'ingegno, preferendo invece ribadire, il primo, il profilo dell'esercizio del diritto a livello comunitario, e la seconda l'aspetto dell'abuso di posizione dominante. Ciò non toglie che le condizioni e modalità di protezione delle informazioni, a titolo di diritto di autore o meno, costituiscano un importante nodo da sciogliere, prevedibilmente anche attraverso iniziative comunitarie di armonizzazione<sup>103</sup>.

Un'altra questione, di notevole rilevanza, che la sentenza *Magill* consente di sottolineare, riguarda la posizione del diritto comunitario nei confronti delle licenze obbligatorie. È stato rilevato, in dottrina, che la soluzione fornita dalla Corte si porrebbe in contrasto con i più recenti dati normativi di diritto derivato, e ci si riferisce, in particolare, alla direttiva dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela delle banche-dati, che, nella versione definitiva, non dispone che in merito al contenuto delle banche-dati sia possibile ottenere licenze obbligatorie, qualora "le opere o le materie contenute nella banca dati

<sup>103</sup> Sulla questione dell'originalità relativamente alla protezione dei dati di fatto, delle "informazioni grezze", si veda BERGÉ, *op. cit.*, il quale ritiene probabile l'intervento di normative comunitarie in materia.

messa a disposizione del pubblico non possano essere costituite, raccolte o ottenute indipendentemente da un'altra fonte", come, invece, prevedeva la proposta della Commissione<sup>104</sup>. Se è vero, da un lato, che le argomentazioni della Corte sembrano riconoscere, in termini generali, il principio che l'esercizio di un diritto d'autore di natura esclusiva concreta un'ipotesi di abuso di posizione dominante ogniqualvolta comporta l'impossibilità per i terzi di fornire un nuovo prodotto (nella fattispecie, la guida televisiva settimanale di tutte le reti), va ricordata la consolidata giurisprudenza comunitaria secondo cui dal semplice esercizio di un diritto esclusivo non consegue l'integrazione dell'abuso<sup>105</sup>. Più che rinnegare tale consolidata giurisprudenza, infatti, va ancora una volta osservato come la sentenza *Magill* rifletta le particolarità presentate dalla configurazione dei mercati coinvolti dal caso in giudizio.

Abbiamo già avuto modo di notare l'atteggiamento a volte contraddittorio della Corte sull'argomento delle licenze obbligatorie, ebbene, diviene sempre più necessario, via via che si approfondisce l'interesse ed il coinvolgimento della Comunità, ricondurre a coerenza gli elementi apparentemente contrastanti che è dato rilevare nella giurisprudenza della Corte e negli interventi normativi comunitari, non solo in relazione al punto specifico delle licenze obbligatorie, ma sulla materia in generale. Prima ancora che nel diritto derivato, naturalmente, il motivo ispiratore della posizione comunitaria in materia va rintracciato nelle norme del Trattato così come modificatosi nel tempo, ed effettivamente, a datare dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht sull'Unione europea, è forse possibile rinvenire alcuni elementi indicativi dell'indirizzo che dovrebbe prendere l'azione comunitaria<sup>106</sup>. Si tratta del titolo dedicato alla cultura, ed in particolare dell'articolo 128, par. 4, che verrà analizzato nel prossimo Capitolo.

<sup>104</sup> Si esprime, in tal senso, MASTROIANNI, *op. cit.* (cfr. art. 11, par. 1, della proposta modificata della Commissione, GUCE C 308, del 15 novembre 1993). Sulla direttiva si veda *infra*, Cap. III, par. 3.1.

<sup>105</sup> Si veda *supra*, par. 3.3.

<sup>106</sup> In merito all'atteggiamento contraddittorio della Corte sulle licenze obbligatorie cfr. *supra*, nota 94. Ritiene MASTROIANNI, *op. cit.*, che dall'art. 128, par. 4, si possa, forse, dedurre un vincolo alla Commissione di non utilizzare i poteri conferitile dal Trattato e dalle norme derivate in materia di concorrenza in maniera tale da privare del diritto esclusivo di riproduzione i soggetti titolari del diritto d'autore sulla base delle legislazioni nazionali.



## CAPITOLO II

### AZIONE CULTURALE COMUNITARIA E PRESA IN CONSIDERAZIONE DEGLI ASPETTI CULTURALI NELLO SVOLGIMENTO DELLE ALTRE POLITICHE DELLA COMUNITÀ

#### 1. La tutela di diritto d'autore tra interessi economici e culturali

Vi è chi ritiene che la Corte di giustizia sarebbe giunta ad una soluzione diversa nel discusso caso *Magill*, alcuni aspetti del quale sono stati analizzati nel precedente Capitolo, se avesse potuto prendere in considerazione le disposizioni di cui all'articolo 128, così come emendato dal Trattato di Maastricht sull'Unione europea<sup>1</sup>. Sebbene tale articolo non fosse allora applicabile ai fatti di causa perché entrato in vigore successivamente, è dunque ora opportuno valutare di che genere possano essere le sue eventuali influenze sull'orientamento comunitario in materia di diritto d'autore. Prima, però, di ricostruire il significato dell'inserimento dell'attuale articolo 128 nel corpo del Trattato, è necessario analizzare quale sia l'atteggiamento generale della Commissione nei confronti degli interessi, non soltanto economici, cui presiede la tutela del diritto d'autore. L'articolo 128, infatti, che nomina espressamente anche la creazione artistica e letteraria, si occupa di cultura.

Le principali ragioni che negli anni '80 risvegliarono l'interesse della Commissione per il diritto d'autore erano collegate, da un lato, alla necessità di impedire che le legislazioni nazionali in materia ostacolassero la realizzazione del mercato unico, poiché in alcuni casi, come si è visto nel precedente Capitolo, la giurisprudenza comunitaria

<sup>1</sup> Così MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 242.

non era in grado di impedire l'ostacolo, e d'altro lato all'accresciuta consapevolezza dell'importanza commerciale dei diritti di proprietà intellettuale, e del diritto d'autore in particolare<sup>2</sup>. Cominciava, infatti, ad essere evidente come le industrie collegate al diritto d'autore ed ai diritti connessi, nei campi dell'informazione e del divertimento, così importanti per l'economia dell'Unione, fossero sempre più minacciate dal fenomeno crescente della pirateria, agevolato dalle innovazioni tecnologiche.

L'interesse della Commissione per le problematiche di diritto d'autore era quindi principalmente rivolto agli aspetti commerciali, allo scopo di rimuovere gli ostacoli alla realizzazione del mercato unico e migliorare la competitività della Comunità verso l'esterno. Il Libro verde pubblicato nel 1988, intitolato ai problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata, esclude che l'intervento comunitario debba aprirsi a tutto campo, ritenendo, invece, che esso si debba limitare a quanto necessario per eseguire i compiti affidati alla Comunità. Sebbene sia fatto riferimento anche ad obiettivi culturali, non è affatto chiaro in cosa essi si possano tradurre, poiché in tutta la sua struttura il documento è piuttosto improntato ad attendere agli scopi economici sopra accennati<sup>3</sup>. E tuttavia sono comunque presi in considerazione aspetti di carattere culturale, è affermato che la creatività intellettuale ed artistica è un elemento prezioso, fonte dell'identità culturale europea e nazionale, e deve essere protetta, vedersi attribuita maggiore dignità ed essere stimolata.

La dimensione culturale della tutela di diritto d'autore, accanto a quella commerciale, viene sottolineata in modo più completo e coerente nei successivi documenti della Commissione<sup>4</sup>, dove si sollevano le

<sup>2</sup> Così N. DAWSON (*Copyright in the European Union - Plundering the Public Domain, Northern Ireland Legal Quarterly*, 1994, Vol. 45, n. 2, p. 193 ss.), il quale ricorda che, secondo l'*EuroNews* del dicembre 1993, pubblicato dal Centro d'informazione economica europeo di Belfast, il diritto d'autore ed i diritti connessi costituivano più del 3% del prodotto interno lordo europeo.

<sup>3</sup> Cfr. COM (88) 172 def., cit., in particolare capitolo 1, 1-4. Ritiene André FRANÇON (*Conclusions*, in Frank GOTZEN (a cura di), *Copyright and the European Community - the Green Paper on Copyright and the Challenge of New Technology*, Bruxelles, 1989) che da tale documento le intenzioni della Commissione nel campo del diritto d'autore non risultino molto chiare, e fa notare che non è indicato su quale base giuridica la Commissione intende fondare il proprio intervento in materia di proprietà letteraria.

<sup>4</sup> Sulla scorta, tra l'altro, di indicazioni in tal senso provenienti dal Consiglio dei ministri e dal Comitato economico e sociale (si vedano le Conclusioni del Consiglio dei Ministri della Cultura, GUCE C 188/4, del 7 giugno 1991, e il parere del Comitato

questioni dei diritti morali e della gestione collettiva dei diritti, nonché ci si riferisce esplicitamente alla necessità di affrontare aspetti economici, culturali e sociali nella gestione comunitaria delle problematiche di diritto d'autore. Ecco, dunque, che dall'iniziale approccio improntato solo agli interventi minimi necessari ci si sposta nella direzione di un impegno forte e globale, in cui la Comunità si riconosce un ruolo di forza trainante, nella sua determinazione di assicurare il più elevato livello possibile di protezione della proprietà intellettuale, in particolare nel campo del diritto d'autore e dei diritti connessi<sup>6</sup>.

Non per ciò la Commissione abbandona le priorità indicate nel primo Libro verde. Esso, introdotto e concluso da osservazioni generali sul diritto d'autore nella Comunità europea e sul ruolo di quest'ultima nelle relazioni esterne bilaterali e multilaterali in materia, è dedicato al fenomeno della pirateria, alla questione della riproduzione per uso personale di materiale audiovisivo, al diritto di distribuzione e di noleggio; ai programmi di elaboratori elettronici e alle banche-dati, ed effettivamente di tali problemi si occupa con urgenza il diritto derivato<sup>6</sup>. Si può forse rintracciare un segno dell'approccio più globale che caratterizza i successivi documenti della Commissione nella risoluzione che invita tutti gli Stati membri ad accedere all'ultima versione della Convenzione di Berna, così come modificata dall'Atto di Parigi del 1971, ed alla Convenzione di Roma sui diritti connessi al diritto d'autore<sup>7</sup>.

Va, però, tenuto presente che le implicazioni degli atti non si fermano agli effetti fatti più evidenti dal titolo, ed in alcuni casi è in aspetti della normativa derivata che possono apparire marginali, rispetto allo scopo principale, che si verificano scelte comunitarie di forte ricaduta culturale. Un esempio interessante è fornito dalla direttiva che armonizza "verso l'alto" il termine di durata della protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi. In questo caso, infatti,

economico e sociale sul Libro verde in materia di diritto d'autore, *GUCE C 71*, del 20 marzo 1989). Ci si riferisce, in particolare, al *Seguito da dare al Libro verde, programma di lavoro della Commissione in materia di diritti d'autore e di diritti connessi*, COM (90) 584 def., del 17.1.1991 ed al Libro verde *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione*, COM (95) 382 def., del 19.7.1995.

<sup>6</sup> Questa determinazione è già espressa nel par. 7.2.5 del COM (90) 584 def., cit.

<sup>6</sup> In merito al quale si rinvia *infra*, al Cap. III.

<sup>7</sup> In *GUCE C 138/1*, del 14 maggio 1992. DAWSON, *op. cit.*, identifica in tale risoluzione e nelle discussioni relative all'armonizzazione del diritto morale d'autore gli unici segni concreti di un avvicinamento all'approccio globale.

l'innalzamento del termine di durata della tutela di diritto d'autore a settanta anni *post mortem auctoris*, rispetto ai cinquanta previsti dalla Convenzione di Berna, non risponde tanto ad esigenze di tutela della creatività culturale, quanto alla necessità di eliminare le distorsioni al funzionamento del mercato interno, provocate dall'esistenza di diversi termini di protezione negli Stati membri, superiori rispetto al termine minimo di cinquanta anni della Convenzione. Si è preferito "livellare verso l'alto" il termine perché, dovendo tutelare i diritti acquisiti, si sarebbero altrimenti dovute adottare disposizioni transitorie per garantire le situazioni di maggiore tutela di cui già fruivano alcuni soggetti all'interno della Comunità, e ciò avrebbe prolungato per molti anni la possibilità di distorsioni al mercato interno simili a quella verificatasi nel caso *EMI II*<sup>8</sup>, ma questo non significa che si sia effettivamente rafforzata la tutela della creatività poiché, in fin dei conti, è il periodo successivo alla morte che viene prolungato, e l'autore ne trarrà un significativo beneficio solo se ciò gli potrà far ottenere migliori condizioni contrattuali dagli investitori<sup>9</sup>.

Se uno stimolo agli investimenti nel settore del diritto d'autore è venuto non tanto dall'elevazione del termine di durata della tutela, che di per sé ha anche reso più difficile l'individuazione del titolare del diritto *post mortem auctoris*, bensì dalla certezza acquisita grazie al fatto dall'armonizzazione, per altro verso la direttiva rappresenta davvero la conferma di una precisa scelta a favore dell'aspetto "creativo", piuttosto che di quello commerciale. Ci si riferisce alla

<sup>8</sup> Cfr. sentenza 24 gennaio 1989, *EMI Electrola GmbH c. Patricia Im- und Export (EMI II)*, cit. (si veda *supra*, Cap. I, par. 3.1).

<sup>9</sup> Non è affatto provato che questo effetto possa essere raggiunto dalla direttiva secondo DAWSON, *op. cit.*, il quale fa notare che, nell'esperienza statunitense precedente all'adesione alla Convenzione di Berna, la tutela di diritto d'autore aveva una durata di 28 anni a partire da un onere di registrazione, rinnovabile per altri 28 anni, ma uno studio del 1960 rivelava che soltanto nel 15% dei casi la tutela veniva rinnovata. Come è ricordato nel preambolo della direttiva, il periodo di tutela minimo di cinquant'anni dopo la morte dell'autore contemplato dalla Convenzione di Berna era destinato a proteggere l'autore e le prime due generazioni dei suoi discendenti, ma in seguito all'allungamento della vita media nella Comunità questa durata non è più ritenuta sufficiente per coprire due generazioni. Un discorso diverso si può fare per la durata dei diritti degli organismi di radiodiffusione, dei produttori di fonogrammi, degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori cinematografici, in riferimento ai quali l'elevazione del termine di tutela a cinquanta anni dall'esecuzione, fissazione, diffusione, pubblicazione o comunicazione al pubblico può effettivamente costituire un incentivo agli investimenti in tali settori.

disposizione che impone di considerare il regista principale come autore, o quantomeno come uno degli autori, di un'opera cinematografica o audiovisiva<sup>10</sup>. Ebbene, tale disposizione, che ribadisce, generalizzandola, una scelta già operata nell'ambito delle finalità della direttiva 92/100 sui diritti di noleggio e prestito, sancisce il rifiuto, da parte della Comunità, del sistema britannico, e dei paesi di *copyright* in generale, secondo cui è il produttore di un'opera cinematografica ad essere investito a titolo originario dei diritti d'autore su quest'ultima, privilegiando, invece, la posizione del "realizzatore principale" dal punto di vista della creazione culturale<sup>11</sup>. Se veramente nel conflitto tra queste due posizioni si apprezzano alcune tra le differenze fondamentali che ancora sussistono tra l'impostazione commerciale del *copyright* e quella, più vicina all'interesse del creativo, dei sistemi di

<sup>10</sup> Così l'art. 2 della Direttiva 93/98.

<sup>11</sup> Prima dell'adozione della direttiva sulla durata, un commentatore inglese (G. DWORKIN, *Authorship of Films and the European Commission Proposals for Harmonizing the Term of Copyright*, *European Intellectual Property Review*, 1993, p. 155) affermava che, se la proposta di direttiva fosse stata approvata così come poi lo è stata, essa avrebbe rappresentato un allontanamento dai principi tradizionali del *copyright* nei paesi di *common law*. A proposito del conflitto tra l'impostazione tradizionale dei paesi di *common law* e l'approccio dei paesi di *civil law* sulla questione in parola, si può ricordare il caso *John Huston*, giunto il 28 maggio 1991 al giudizio della Corte di cassazione francese, sulla colorazione delle pellicole cinematografiche originariamente realizzate in bianco e nero. Nel caso, che vede opposte le legislazioni di Stati Uniti e Francia, non sono tanto le differenze sostanziali tra il diritto economico di adattamento e il diritto morale di integrità a causare il conflitto, quanto, appunto, la questione della titolarità del diritto. Sebbene, infatti, il diritto di adattamento, riconosciuto dalla legislazione statunitense, sia classificato tra i diritti patrimoniali dell'autore, esso può in qualche misura essere utilizzato a protezione dei suoi interessi morali, quale quello al rispetto dell'integrità dell'opera, e quindi la questione non sarebbe nata se tale diritto fosse stato riconosciuto al regista, ma nel sistema americano, tranne che in rare eccezioni, titolari del *copyright* non sono coloro che partecipano creativamente alla confezione del film, bensì chi commissiona l'opera. Nel caso di specie, gli eredi del regista John Houston, poiché egli in vita si era strenuamente opposto alla "colorazione" della sua opera *Il falcone maltese*, si opponevano a che la stessa impresa fosse affrontata per *La giungla d'asfalto*, ritenendola un'offesa manifestamente illecita al diritto morale del regista. Il caso, che verteva principalmente sulla individuazione della legge applicabile, in base alle regole di diritto internazionale privato, ci permette di esemplificare in modo piuttosto evidente e quanto mai attuale il tipo di conflitto che si può verificare tra gli interessi, prevalentemente economici, di chi nell'opera investe denaro e quelli, più complessi, di chi nella stessa opera ha investito il proprio lavoro creativo (per un'analisi approfondita del caso *John Houston* si veda STROWEL, *op. cit.*).

diritto d'autore propriamente detto<sup>12</sup>, allora si può dire che il diritto comunitario, in questo caso, ha preferito la soluzione più vicina all'autore che non alle leggi del mercato.

Oggi, tanto sul continente che nel sistema americano di *common law*, non direttamente implicato nelle scelte comunitarie a differenza di quello britannico, è evidente come la tutela di diritto d'autore abbia quantomeno il compito di contemperare gli interessi di tre categorie: autori, investitori e consumatori, assicurando ai primi dei diritti sullo sfruttamento della loro opera, ai secondi un profitto ed ai terzi la possibilità di beneficiare dell'opera. Da questa trilogia di interessi in gioco si dedurrebbe la triplice finalità della tutela di diritto d'autore, al tempo stesso culturale, economica e sociale, collegata alla funzione creativa dell'autore, distributiva dell'imprenditore ed educativa all'atto della fruizione da parte del consumatore<sup>13</sup>. Senz'altro, la costruzione romantica del diritto d'autore come rapporto essenzialmente bilaterale creatore-pubblico, se mai è stata veritiera, appartiene al passato, ed anzi non è sufficiente considerare l'emergere con forza dalla categoria degli intermediari economici e la conseguente differenziazione tra la posizione degli autori e di chi investe nella loro opera per avvicinarsi alla reale configurazione degli interessi in gioco, quale si presenta oggi. Tanti sono, infatti, i fattori da prendere in considerazione, non ultima l'importanza della gestione collettiva dei diritti<sup>14</sup>.

Quando la Comunità si riferisce al diritto d'autore come ad una realtà che ha una dimensione culturale, economica e sociale<sup>15</sup>, o anche che presenta aspetti economici, giuridici e culturali<sup>16</sup>, non sembra che

<sup>12</sup> Così STROWEL, *op. cit.*,

<sup>13</sup> Si veda, in tal senso, L. RAY PATTERSON, *Free Speech, Copyright and Fair Use*, *Vanderbilt Law Review*, 1987, p. 1.

<sup>14</sup> Per un'analisi approfondita degli interessi alla cui protezione presiede la tutela di diritto d'autore, e della loro evoluzione e differenziazione, si veda STROWEL, *op. cit.*, p. 271 ss.

<sup>15</sup> Così la Commissione in COM (95) 382 def., cit., dove si può notare che la dimensione sociale è identificata con la possibilità di creare nuove opportunità di lavoro, collegata alla diffusione di nuovi prodotti e servizi, per i quali è essenziale la tutela di diritto d'autore.

<sup>16</sup> Questa è, invece, la tripartizione enunciata, sempre dalla Commissione, nella *1a relazione della Commissione sulla presa in considerazione degli aspetti culturali nell'azione della Comunità europea*, COM (96) 160 def., del 17.04.1996. E' genericamente detto che mentre "i primi" (aspetti economici e giuridici?) sono da ricollegarsi al diritto dell'autore di trarre un vantaggio pecuniario dallo sfruttamento economico della sua opera, "i secondi" (aspetti giuridici e culturali?) si ricollegano al

si stia muovendo nell'ambito di una specifica configurazione degli interessi in gioco, bensì, piuttosto, che stia semplicemente sottolineando la molteplicità di tali interessi, e la necessità di non trascurare nessuno di essi. Per comprendere quale sia il compito del diritto comunitario nei confronti della complessa realtà cui fa riferimento la tutela di diritto d'autore, sembra quindi necessario, a questo punto, svolgere alcune considerazioni su quale sia attualmente, e come si sia evoluto nel tempo, l'atteggiamento del Trattato nei confronti delle esigenze europee di ordine culturale.

## 2. Il Trattato prima di Maastricht e le esigenze culturali europee.

Il Preambolo del Trattato di Parigi, istitutivo della CECA, stabilì che scopo del progetto europeo sarebbe stata la creazione di una comunità più ampia e più forte tra popoli che erano stati a lungo divisi da un conflitto cruento. Nonostante tale intenzione di creare una comunità tra i popoli, i trattati originari istitutivi delle comunità europee non recano traccia dell'elemento culturale del progetto europeo, e ciò sta a rappresentare la scelta precisa di tenere distinte l'economia e la cultura. Nella formulazione originaria dei trattati non compaiono, infatti, né la parola cultura, né la parola istruzione<sup>17</sup>.

Una delle ragioni di tale silenzio è da ricercare nel ruolo che il Consiglio d'Europa, nato già nel 1949, svolgeva in merito alle azioni in materia culturale. Tale competenza è, infatti, da sempre compresa tra le attribuzioni del Consiglio d'Europa, all'articolo 1b del suo Statuto, mentre comparirà nel testo del Trattato della Comunità europea, con le caratteristiche e i limiti che avremo tra breve modo di sottolineare, soltanto nel 1992. Il Consiglio d'Europa si presentava allora come il foro più appropriato per sviluppare la cooperazione in materia culturale, anche in considerazione del fatto che ne erano Parti contraenti tutti gli Stati dell'Europa occidentale, mentre le nascenti Comunità abbracciavano un ristretto numero di Stati. Nel 1954 gli

fatto che essi favoriscono la creazione intellettuale ed artistica. Si fa presente che invece, in COM (95) 382 def., cit., la remunerazione dell'opera creativa dell'autore era vista come principalmente inquadrata nella dimensione culturale.

<sup>17</sup> Si veda, su questi argomenti, Brigid LAFFAN, *The Role and Position of Culture in the European Union*, testo presentato ad una riunione informale dei Ministri responsabili per la cultura nell'Unione europea, 25 settembre 1996.

Stati membri del Consiglio d'Europa firmarono la Convenzione culturale europea, che costituì la base su cui costruire tutta una prassi di scambi e accordi di cooperazione<sup>18</sup>.

Ma soprattutto fu il carattere profondamente funzionale del Trattato della Comunità economica europea, pure la meno settoriale delle tre Comunità, a comportare l'esclusione delle questioni culturali. Il nucleo centrale delle disposizioni del Trattato di Roma era dedicato alla integrazione dei mercati, attraverso la realizzazione della libera circolazione di merci, lavoratori, servizi e capitali. Gli Stati europei avrebbero affidato alla forza trainante del mercato unico il compito di creare le basi per la costruzione di un'unione politica, lasciandosi gradualmente coinvolgere in una strategia di cooperazione economica, invece di affrontare direttamente questioni tradizionalmente e sensibilmente collegate alle prerogative della sovranità statale. Il legame funzionale tra integrazione economica e politica si ripresenta, sempre più evidente, in conseguenza dei due più significativi emendamenti al Trattato della Comunità economica europea. Nel 1986 l'Atto Unico Europeo si occupa principalmente di completare la realizzazione del mercato interno, fissando la scadenza del 31 dicembre 1992 per il "crollo delle barriere fisiche alle frontiere", e il successivo Trattato sull'Unione Europea, nel 1992, pianifica le fasi che devono portare all'Unione Economica e Monetaria<sup>19</sup>.

Ma la creazione del mercato unico europeo, sebbene principalmente indotta da considerazioni economiche e commerciali, non poteva non recare in sé implicazioni culturali. Un singolo spazio commerciale nell'ambito del quale beni, servizi, persone e denaro possono circolare liberamente come se si trattasse di un solo paese rappresenta anche uno spazio culturale, influenzando inevitabilmente sulla cultura e sui comportamenti culturali<sup>20</sup>. D'altra parte, la cultura riveste un ruolo

<sup>18</sup> Il testo della Convenzione è in *European Treaty Series*, n. 18. Si legge nel Preambolo che le Parti contraenti hanno concluso la Convenzione per incoraggiare tra i propri cittadini, e quelli di quanti altri Stati europei vi vogliano aderire, lo studio delle lingue, della storia e della civiltà di ciascuno, nonché della cultura comune.

<sup>19</sup> L'art. G 25 del TUE sviluppa, nell'attuale Titolo VI del Trattato, dedicato alla politica economica e monetaria, il progetto iniziato con le disposizioni dedicate già dall'Atto Unico Europeo alla cooperazione in materia di politica economica e monetaria, alla politica di congiuntura ed alla bilancia dei pagamenti.

<sup>20</sup> In tal senso l'Introduzione di Rod FISHER in Carla BODO e Rod FISHER, *Armonia o disordine per la cultura in Europa? L'impatto del Mercato Unico e del Trattato di Maastricht*, Atti del Seminario, Venezia 26-28 febbraio 1993.



importante per lo sviluppo economico e sociale, essa infatti esprime l'identità e il potenziale endogeno di una regione o di una località. I progetti di tipo culturale sono spesso legati, direttamente o indirettamente, alla promozione del turismo; ma anche sotto altre forme la cultura contribuisce, in modo più o meno diretto, all'occupazione e allo sviluppo regionale<sup>21</sup>. Non va poi dimenticato che esiste tutta un'"industria culturale", i cui prodotti, che si spostano come semplici merci nel mercato comune, sono il risultato di una attività creativa di natura "culturale".

Per tali motivi le istituzioni comunitarie iniziarono ad occuparsi, in qualche misura, di cultura ben prima che il Trattato di Maastricht fornisse una specifica base giuridica all'intervento comunitario. In una prima fase "clandestina"<sup>22</sup>, la Commissione intervenne fornendo un sostegno finanziario a progetti culturalmente rilevanti (il restauro di monumenti storici, ed in primo luogo il Partenone; la traduzione letteraria; iniziative nel campo musicale, come nel caso dell'Orchestra dei giovani della Comunità; la formazione ai mestieri d'arte; il "Teatro dell'Europa" di Giorgio Strehler, etc.)

In questa fase l'intervento avveniva al di fuori del procedimento normativo comunitario; non vi erano proposte formulate dalla Commissione e sottoposte al Consiglio per l'approvazione, mancando la necessaria base giuridica. Tali interventi finanziari della Commissione furono resi possibili grazie alla creazione, in seguito ai Vertici dei Capi di Stato e di governo svoltisi alla fine degli anni '60 ed all'inizio degli anni '70, di una unità amministrativa *ad hoc* nell'organigramma della Commissione ed allo stanziamento, nel bilancio della Comunità, di una somma molto modesta, destinata ad appoggiare azioni specifiche di carattere culturale, alle quali partecipassero enti di due o più Stati membri, o che avessero evidenti ripercussioni sulla Comunità nel suo insieme<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> In tal senso si vedano il documento della Commissione sulle *Iniziative per lo sviluppo locale e per l'occupazione*, SEC (95) 564, del marzo 1995, nonché la Comunicazione della Commissione su *Politica di coesione e cultura - Un contributo all'occupazione*, COM (96) 512 def., del 20 novembre 1996.

<sup>22</sup> Così definita da CARLO M. FREDIANI in *La politique de la Communauté européenne en matière d'éducation et de culture, L'Europe en formation*, 1992, n. 284.

<sup>23</sup> Si veda il Cap. 67 degli stanziamenti di funzionamento della Sez. III - Commissione - del bilancio generale delle Comunità per l'anno 1984, intitolato "Azioni nel settore culturale e fondazione europea" (GUCE L 12 del 16.1.1984, p. 662-663). I Vertici dei Capi di Stato e di governo cui ci si riferisce sono quelli de l'Aja (1969), di

Tuttavia, nel corso degli anni, tali azioni promosse dalla Commissione nei settori culturali più disparati assunsero un rilievo politicamente significativo e l'impatto degli interventi finanziari aumentò progressivamente (la somma stanziata dopo dieci anni era passata a 2,5 milioni di ecu a fronte degli iniziali 25000), grazie all'appoggio del Parlamento europeo. Ad esso, infatti, spettava la decisione definitiva in merito alle spese non obbligatorie di bilancio, come si qualificavano le spese in questione, e ciò comportò una certa possibilità di espandere la spesa ed ampliare i campi di intervento<sup>24</sup>.

L'azione comunitaria in campo culturale assunse maggiore dignità istituzionale in concomitanza con la Dichiarazione solenne sull'Unione europea dei Capi di Stato e di governo, nel giugno 1983, che invitava gli Stati membri a promuovere la coscienza europea e ad intraprendere un'azione comune in una serie di settori, compreso quello culturale<sup>25</sup>. A Napoli nel 1982 e ad Atene nel 1983 si svolsero due prime riunioni informali dei Ministri responsabili per la cultura, seguite da una serie di riunioni di carattere misto, qualificate come "Consiglio dei Ministri responsabili per gli affari culturali riuniti insieme al Consiglio". Gli atti adottati in occasione di tali riunioni potevano avere carattere comunitario, carattere intergovernativo, laddove non fosse possibile rintracciare alcuna base giuridica nel Trattato, o carattere misto<sup>26</sup>.

Nel 1988, il "Consiglio dei Ministri responsabili per gli affari culturali riuniti insieme al Consiglio" si dotò, per mezzo di una

Parigi (1972) e di Copenhagen (1973); in tali occasioni fu, tra l'altro, dichiarato che "l'espansione economica non è un fine in se stessa, ma si deve tradurre in un miglioramento della qualità e del livello di vita, dovendo quindi rivolgere un'attenzione particolare ai valori e ai beni immateriali". Riporta tali conclusioni Livio MISSIR DI LUSIGNANO, *Communauté et culture, Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1994, n. 376. Si veda anche, dello stesso Autore, *L'Action de la Communauté européenne en faveur de la culture*, in JACQUES DELCOURT e ROBERTO PAPINI (a cura di), *Pour une Politique Européenne de la Culture*, Parigi, 1987.

<sup>24</sup> I Trattati di Lussemburgo e di Bruxelles, nel 1970 e nel 1975, riconobbero al Parlamento europeo tali maggiori poteri in materia di decisione di bilancio. In realtà, il Parlamento europeo aveva adottato una *Risoluzione in merito alla cooperazione culturale tra gli Stati membri della Comunità europea* già il 24 giugno 1963, dimostrando per primo interesse per l'azione in campo culturale (si veda *GUCE* n° 106, del 12 luglio 1963, p. 1906).

<sup>25</sup> Si veda il testo della Dichiarazione, ed in particolare la Sezione 3.3, nel *Bollettino delle Comunità europee*, 1983, n. 6, p. 28.

<sup>26</sup> Ricordiamo la decisione, di carattere intergovernativo, di nominare ogni anno la "Città europea della cultura", a cominciare con Atene nel 1985. La Commissione, sebbene non formalmente associata alla decisione, offrì un contributo finanziario.

risoluzione e di conclusioni "miste", di regole relative all'ulteriore organizzazione dei propri lavori (fu quindi istituito il comitato degli affari culturali)<sup>27</sup>, nonché all'individuazione di azioni prioritarie nei settori dell'audiovisivo, del libro, della formazione nel campo culturale e del mecenatismo d'impresa<sup>28</sup>. Ciò nonostante, la mancanza di competenza comunitaria in materia di cultura continuava ad implicare l'impossibilità di seguire il normale procedimento normativo comunitario, e i Ministri della cultura adottarono una serie di risoluzioni non vincolanti, che la Commissione poteva appoggiare con piccoli finanziamenti, nell'ambito delle proprie dirette disponibilità.

L'unica eccezione a tale modesto livello di azione in campo culturale fu costituita dal programma MEDIA, adottato il 21 dicembre 1990, destinato ad incoraggiare lo sviluppo dell'industria audiovisiva europea nel periodo 1991-1995<sup>29</sup>. Il programma, che ha potuto disporre di una dotazione finanziaria di 200 milioni di ecu per i cinque anni

<sup>27</sup> Fino ad allora, a partire dalle prime riunioni "miste", ne aveva svolto le funzioni un gruppo di funzionari delle Rappresentanze permanenti, che aveva assunto il nome di "Gruppo dei consiglieri culturali", senza che le sue competenze fossero ufficialmente stabilite (cfr. MISSIR DI LUSIGNANO, *L'Action de la Communauté européenne en faveur de la culture*, cit.)

<sup>28</sup> Un quadro dei risultati conseguiti nei quattro settori di azione prioritaria individuati dalle Conclusioni dei Ministri della cultura del 27 maggio 1988 è illustrato nel quarto capitolo dell'allegato A alla quarta comunicazione culturale della Commissione (COM (92) 149 def), del 29 aprile 1992, intitolata *Nuove prospettive per l'azione della Comunità nel settore culturale*. La serie di tali comunicazioni della Commissione si era aperta nel 1977, sulla base di due risoluzioni del Parlamento europeo, datate 13 maggio 1974 e 8 marzo 1976 (in GUCE C 62 del 30.5.1974 e C 79 del 5.4.1976); la seconda e la terza comunicazione, rispettivamente del 1982 e 1987, sono dedicate al rafforzamento dell'azione comunitaria nel settore culturale e al rilancio dell'azione culturale nella Comunità europea. Il Parlamento europeo, che era stato individuato come il principale attore, sulla scena dell'importante azione culturale comunitaria, dalla Conferenza di Bonn dei Capi di Stato e di governo (18 luglio 1961), espresse con risoluzioni *ad hoc* il proprio apprezzamento nei confronti delle comunicazioni (cfr. GUCE C 39 del 12.2.1979, p. 50 e C 342, del 19.12.1983, p. 127-131.)

<sup>29</sup> MEDIA è infatti la sigla per "Mesures en vue du Développement de l'Industrie Audiovisuelle", cfr. GUCE L 380 del 31.12.1990. MEDIA fa parte di una articolata iniziativa della Commissione a sostegno dell'industria audiovisiva, che si sviluppa nelle tre direzioni dello sviluppo tecnologico della televisione, della libera circolazione delle trasmissioni televisive e dello stimolo alla produzione cinematografica e televisiva. Il suo metodo non consiste nel finanziare la co-produzione di singoli film o programmi televisivi, ma nel creare progetti destinati a migliorare i meccanismi di distribuzione e le condizioni di produzione, stimolando gli investimenti, creando sistemi di formazione ed esaminando le problematiche specifiche di Stati che presentano aree geografiche o linguistiche ridotte.

(mentre il budget per tutte le altre azioni culturali nel 1993, ad esempio, era di 12,3 milioni di ecu), è stato però esaminato dapprima non dal comitato per gli affari culturali, ma da un gruppo *ad hoc*, creato per l'occasione, e non è stato approvato formalmente dal Consiglio dei Ministri della cultura, ma dal Consiglio dei Ministri degli esteri, sulla base giuridica dell'articolo 235 del Trattato, non senza lunghi negoziati. Tale soluzione conseguì necessariamente alla presa di posizione di molti Stati, che ritenevano che la cultura non facesse parte delle attribuzioni della Comunità e dunque il dossier MEDIA, sebbene caratterizzato da una forte connotazione culturale, dopo essere stato esaminato da specialisti dell'audiovisivo, la cui analisi verteva essenzialmente sulle implicazioni economiche e tecniche del programma, non potesse essere adottato dai Ministri responsabili per gli affari culturali<sup>30</sup>.

### 3. L'articolo 128 dopo il TUE: una competenza residuale in materia culturale

Nonostante il disagio che tali argomenti suscitano in alcuni Stati membri, il TUE ha introdotto nel testo del Trattato che istituisce la Comunità europea (con gli emendamenti di Maastricht la Comunità perde, almeno nel nome, la sua connotazione prevalentemente economica) titoli dedicati alla cultura ed all'istruzione, fornendo, quindi una base giuridica per il coinvolgimento dell'Unione in tali settori<sup>31</sup>. Ciò non comporta affatto una modifica delle basi sulle quali sono già state prese, e continuano ad essere prese, un certo numero di iniziative di armonizzazione che comportano una dimensione culturale e possono riguardare, ad esempio, la circolazione o l'esportazione dei beni culturali<sup>32</sup>. Il nuovo titolo IX, articolo 128, invita invece a definire gli orientamenti corrispondenti all'ambizione culturale di cui gli Stati membri hanno voluto dotare la Comunità, iscrivervi le azioni già

<sup>30</sup> Su tali argomenti, si veda CARLO M. FREDIANI, *op. cit.*

<sup>31</sup> In merito al disagio e alle divergenze di posizione riscontrabili in seno alla Comunità relativamente alla materia culturale, si vedano LAFFAN e FORREST, *op. cit.*

<sup>32</sup> In tal senso si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'Unione europea su *L'azione della Comunità europea a favore della cultura* (COM (94) 356 def, del 27.7.1994. In merito alla considerazione dovuta agli aspetti culturali di normative adottate nell'ambito di altre politiche comunitarie, si veda *infra*, par. 4.

avviate dalla Commissione nel settore e precisare i nuovi sviluppi. Il fatto che si sia definita una base giuridica specifica per l'azione culturale sta quindi a dimostrare che l'attività comunitaria in materia è ormai da considerarsi permanente<sup>33</sup>.

Dalla lettura del testo dell'articolo 128 del Trattato, si deduce che sono possibili due tipi di approcci per l'adozione di misure che riguardano questioni di interesse culturale. La scelta va operata a seconda che la misura prevista sia principalmente, se non completamente, diretta al conseguimento di un obiettivo culturale, oppure, al contrario, di natura economica, sebbene possa presentare anche aspetti culturali. La distinzione tra i due approcci è della massima importanza, poiché, a seconda della natura della materia in questione, l'azione prevista andrà fondata su diverse basi giuridiche. Nel caso di questioni "meramente" culturali (ad esempio rivolte alla conservazione del patrimonio archeologico o alla promozione della traduzione letteraria), la misura andrà adottata sulla base della nuova competenza conferita dall'articolo 128; nel caso, invece, di misure di carattere "misto" (ad esempio la decisione di esentare dall'IVA i servizi di natura culturale), la base giuridica sarà costituita da altre disposizioni del Trattato<sup>34</sup>. Occorre dapprima soffermarsi sulle caratteristiche di tale competenza "primaria", per poi esplorare quali possano essere il significato e l'impatto della necessaria valutazione degli aspetti culturali in decisioni di altra natura, prevista dal paragrafo 4 dell'articolo 128.

Come già accennato, l'esplicita statuizione della nuova competenza, pur nei limiti di una rigorosa attuazione del principio di sussidiarietà, fornisce una specifica base giuridica alle azioni già svolte in questo campo, rispondendo anche all'esigenza di salvaguardare l'*acquis*

<sup>33</sup> In tali termini si esprime la Commissione, in COM (96) 160 def., cit.

<sup>34</sup> Simili questioni relative alla scelta della corretta base giuridica si presentano anche in altre materie; così è, ad esempio, per le problematiche collegate all'ambiente, che possono essere affrontate sulla base della competenza al completamento del mercato interno, oppure sulla base specifica della competenza in materia ambientale, introdotta con l'Atto unico. L'ultima parola rimane, naturalmente, alla Corte di giustizia, che ha avuto modo di precisare che l'art. 100A e l'art. 130S del Trattato CEE non possono costituire contemporaneamente da base giuridica della stessa direttiva (si veda la sentenza 11 giugno 1991, C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, Raccolta 1991-I, p. 2867). Per quanto riguarda, invece, la conclusione di accordi internazionali, alla Corte può essere richiesto di fornire preventivamente un parere, ex art. 228, circa la compatibilità dell'accordo previsto con il Trattato. Su tali argomenti, si veda LOMAN, MORTELMANS, POST e WATSON, *op. cit.*

*communautaire*, sottolineata in termini generali dagli articoli B e C del TUE. L'inserimento del nuovo articolo 128 non si accompagna ad una esplicita inclusione della promozione della cultura tra gli obiettivi del Trattato, menzionati all'articolo 2, ma si può ritenere tale obiettivo implicito nel testo, ad argomentare dal preambolo del TUE, in cui è affermato che i Capi di Stato manifestano il desiderio di "intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni", dall'inserimento della "qualità della vita" tra gli obiettivi della CE e dal fatto che, secondo l'articolo 3 lettera p), l'azione comunitaria comporta "un contributo ad un'istruzione e ad una formazione di qualità e al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri". Si è anche ritenuto, in dottrina, che l'implicita inclusione della cultura tra gli obiettivi della Comunità consenta di svolgere una azione nel campo culturale fondata sull'articolo 235 del Trattato, per gli aspetti che non rientrano nella base giuridica specifica costituita dal nuovo articolo 128<sup>35</sup>.

In effetti, se passiamo ad analizzare il testo di questo articolo, che da solo costituisce il titolo "Cultura", gli intensi limiti che caratterizzano la nuova competenza fanno effettivamente sospettare, come rilevato in dottrina, che accanto all'esigenza di riconoscere formalmente l'*acquis* comunitario nel settore e fondare su base solida le future azioni, abbia avuto innegabile influenza sull'inserimento del nuovo articolo il desiderio degli Stati di arginare, codificandolo, l'intervento della Comunità<sup>36</sup>. Se, da un lato, l'orizzonte dell'azione

<sup>35</sup> Così Carlo CURTI GIALDINO, *Il trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993. L'Autore si riferisce agli atti del Consiglio europeo sull'impostazione generale dell'art. 3B, approvata ad Edinburgo l'11-12 dicembre 1992, punto 1, par. 4, settimo trattino in nota. Per quanto riguarda il collegamento tra obiettivi culturali, quale la conservazione del patrimonio, e la "qualità della vita", nominata tra gli obiettivi del Trattato, si possono ricordare le parole del Capo della Divisione patrimonio culturale, programmi culturali della Commissione, DG X, Aristotelis BOURATSIS (*Le patrimoine culturel au sein de l'Union européenne*, in *Salvaguardia del patrimonio artistico mondiale - problematiche e prospettive*, Atti del primo convegno AIDA, AIDANEWS, 1995, n. 7, p. 66): "Il patrimonio è la memoria delle società e delle civiltà, è l'espressione stessa delle identità nazionali e regionali e dei legami tra i popoli. Per il cittadino, il patrimonio mobile e immobile non offre unicamente un accesso diretto alla cultura ed alla storia, la sua conservazione fa parte di un progetto di società che mira a migliorare la qualità della vita."

<sup>36</sup> Ritiene che l'art. 128 ottenga principalmente l'effetto di limitare l'ingerenza comunitaria in materia culturale Alan BUTT PHILIP, *Old Policies and New*

comunitaria sembra essere ampliato, alla luce delle finalità previste (paragrafi 1 e 3), nonché dei settori di intervento indicati (paragrafi 2 e 3), d'altro lato, intense limitazioni emergono in considerazione del tipo di azioni previste, degli strumenti messi a disposizione e della procedura da seguire<sup>37</sup>.

A riprova delle ambiguità e delle tensioni che hanno accompagnato il coinvolgimento dell'Unione nella codificazione delle basi dell'azione culturale, e, d'altra parte, dell'importante ruolo che la "politica culturale" dovrebbe assumere nel contesto dell'integrazione europea, l'articolo 128 stabilisce obiettivi che potrebbero sembrare troppo ambiziosi se confrontati ai poteri di azione in questo campo. Si attribuisce alla Comunità il compito di "contribuire al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune", nonché di "favorire la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa"<sup>38</sup>. I settori di intervento individuati per l'azione della Comunità attengono al "miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei", alla "conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea", agli "scambi culturali non commerciali" ed alla "creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo".

È stato notato in dottrina che la formulazione dell'articolo riflette in qualche misura la tensione tra le opposte, anche se collegate e certamente conciliabili, esigenze di conservare la diversità e varietà delle culture europee e nello stesso tempo metterle in luce gli aspetti comuni, e che non vi è chiarezza su cosa effettivamente sia da considerare "patrimonio culturale di importanza europea"<sup>39</sup>. Si è anche

*Competences*, in Andrew DUFF, John PINDER e Roy PRYCE, *Maastricht and Beyond. Building the European Union*, Londra-New York, 1994, ristampa 1995.

<sup>37</sup> Cfr. COM (94) 356 def., cit.

<sup>38</sup> La Commissione, nella comunicazione COM (94) 356 def., cit., cita, tra le finalità previste dall'art. 128, anche l'incoraggiamento della creazione culturale contemporanea, che in realtà nell'articolo non acquista un autonomo rilievo, in quanto implicito nel compito di "contribuire al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri".

<sup>39</sup> Fa notare Concepción BARRERO RODRIGUEZ (*El nuevo precepto europeo en defensa del patrimonio cultural. El artículo 128 del Tratado de la Comunidad europea*, in Mario P. CHITI (a cura di), *Beni culturali e Comunità europea*, Milano, 1993) che tale

rilevato che, secondo il testo del Trattato, la Comunità deve tenere conto delle differenze linguistiche e culturali degli Stati membri quando agisce, ex articolo 126, nel campo dell'istruzione, ma non è specificamente tenuta a fare lo stesso nel campo della cultura, e che, sempre in contrapposizione con la altrettanto recente competenza in materia di istruzione, non vi è alcun riferimento ad una cultura "di qualità"<sup>40</sup>.

Per quanto riguarda la cultura "di qualità", si può ragionevolmente ritenere che la specificazione sia superflua perché, per definizione, ciò che "fa cultura" è "di qualità", e di questa lettura si può trovare conferma nella giurisprudenza della Corte<sup>41</sup>. In merito, invece, all'importanza di rispettare e conservare le differenze linguistiche e culturali tra gli Stati della Comunità, va osservato che, secondo il paragrafo 1 dell'articolo 128, non ci si limita a tutelare gli Stati, ma si estende tale tutela anche a livello regionale. Si può, inoltre, rilevare, a conferma dell'importanza che la questione riveste a livello politico, che l'unica modifica apportata all'articolo con il Trattato di Amsterdam aggiunge una specificazione in tal senso anche al paragrafo 4, che ora dispone "La Comunità tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni del presente trattato, *in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture*"<sup>42</sup>.

In funzione dei principi stabiliti, dunque, le azioni previste dovrebbero, prioritariamente, favorire il pieno sviluppo delle culture

limitazione al patrimonio di importanza europea concerne esclusivamente uno degli specifici settori dell'azione diretta della Comunità, e non l'intero disposto dell'art. 128. Si vedano anche sul punto BRIGID LAFFAN, *op. cit.*, e ROBERT LANE, *New Community Competences under the Maastricht Treaty*, *Common Market Law Review*, 1993, Vol. 30, n. 5, p. 939.

<sup>40</sup> Cfr. LANE, *op. cit.*, p. 953.

<sup>41</sup> Si veda la sentenza 4 maggio 1993, *Distribudores cinematograficos, C-17/92*, in *Raccolta* 1993-I, p. 2239, par. 20 e 21. La Corte ha ritenuto che una normativa che favorisce la distribuzione di film nazionali, qualunque sia il loro contenuto o la loro qualità, persegue obiettivi puramente economici.

<sup>42</sup> Corsivo dell'Autore. Cfr. Draft Treaty of Amsterdam, CONF/4001/97 del 19.6.1997, p. 75, nonché la versione consolidata del Trattato CE che incorpora i cambiamenti apportati dal Trattato di Amsterdam, CONF 4005/97 ADD 2, del 23.9.1997. Le modifiche e la rinumerazione effettuati dal Trattato di Amsterdam hanno efficacia dal momento dell'entrata in vigore di quest'ultimo, come previsto all'art. 14, par. 2 di tale Trattato, dopo la ratifica di tutti gli Stati membri, conformemente alle loro rispettive norme costituzionali.



degli Stati membri e la diffusione della creazione culturale, in particolare incoraggiando la cooperazione mediante lo sviluppo di reti e forme di partenariato fra i vari operatori del mondo culturale e la circolazione delle opere, sostenendo iniziative culturali emblematiche, mettendo a profitto, nel contesto della società dell'informazione, le opportunità offerte dalle nuove tecnologie della comunicazione e valorizzando la dimensione culturale dello sviluppo socio-economico<sup>43</sup>. Gli strumenti dell'azione comunitaria a favore della cultura sono essenzialmente sostegni finanziari e aiuti tecnici, e vanno adottati mediante la procedura di codecisione.

Proprio in considerazione della particolare sensibilità che caratterizza il mondo della cultura, si è ritenuto di scegliere una procedura complessa come la codecisione, emendata dal Trattato di Amsterdam, che presuppone un consenso generalizzato per l'adozione delle misure di incoraggiamento e giustifica proposte di azione di una certa ampiezza, sia nel contenuto sia nella durata. È prevista l'obbligatoria consultazione del Comitato delle Regioni, nonché l'adozione all'unanimità di tutte le delibere del Consiglio nel corso della procedura.

Nell'ambito delle finalità indicate, con riferimento ai settori individuati e secondo la procedura di codecisione, aggravata dalla necessaria unanimità, l'articolo 128 costituisce, dunque, una nuova base giuridica per l'azione della Comunità, azione che, però, è esplicitamente escluso possa prendere la forma dell'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Ciò esclude perentoriamente la possibilità di adottare regolamenti e direttive, ma ammette l'adozione di decisioni che permettono alla Commissione di organizzare l'azione congiunta degli Stati membri, allo scopo di raggiungere obiettivi comuni<sup>44</sup>. Rimane, e viene esplicitato, il potere del

<sup>43</sup> Tali priorità sono identificate dalla comunicazione della Commissione COM (94) 356 def., cit. In merito alla valorizzazione della dimensione culturale dello sviluppo socio-economico si veda *infra*, par. 6.

<sup>44</sup> Tale è il tipo di decisione che ha portato all'adozione del programma MEDIA. La dottrina ha individuato due tipi di decisioni, a seconda che il destinatario sia, o meno, individuato nel testo. La dottrina tedesca chiama "Entscheidung" il primo, e "Beschluss" il secondo tipo di decisione (si veda Alan FORREST, *A New Start for Cultural Action in the European Community: Genesis and Implications of Article 128 of the Treaty on European Union, Cultural Policy*, 1994, Vol 1, n. 1, p. 11 ss.). Se una decisione è indirizzata a tutti gli Stati membri, e quindi, secondo l'articolo 189, è vincolante nei loro confronti in tutti i suoi elementi, ciò necessariamente comporta qualche forma di armonizzazione delle loro leggi o regolamenti, ed è quindi impossibile

Consiglio di adottare raccomandazioni, all'unanimità e su proposta della Commissione.

#### 4. L'azione diretta di sostegno: suo carattere naturalmente residuale

La base giuridica comunitaria che abilita a svolgere azioni direttamente rivolte al settore culturale configura, in definitiva, una competenza estremamente limitata, i cui poteri si risolvono nella possibilità di decidere, con forza vincolante, un solo tipo di atto, denominato "azione di incentivazione", che mira a stimolare e coordinare gli interventi degli Stati membri, assolutamente al di fuori di qualsiasi ottica di armonizzazione normativa. E ciò è più che naturale, né sarebbe stato auspicabile un intervento comunitario di maggior peso giuridico<sup>45</sup>. Non si trattava, infatti, né si tratta, di costruire le basi di una "politica culturale" nel senso che la Comunità possa organizzare e dirigere la cultura in considerazione dei propri scopi politici, e ciò per due ottimi motivi.

da adottare sulla base giuridica dell'art. 128. Una decisione che non specifica il proprio destinatario, invece, non comporta alcuna responsabilità giuridica per gli Stati, di cui essi debbano rispondere di fronte alla Corte. Un tale tipo di atto non costituisce, dunque, una misura di armonizzazione, ma può istituire una azione comunitaria, e in particolare una azione di incentivazione, le decisioni che hanno adottato i programmi ERASMUS, COMETT e LINGUA rientrano in questa categoria.

<sup>45</sup> L'introduzione dell'argomento culturale nel Trattato con il TUE è già, in realtà, il risultato di un lungo cammino. Poiché l'assenza di poteri specifici in materia culturale rendeva, infatti, difficile la realizzazione di azioni comunitarie in tale campo, sia il Rapporto Spinelli, sia il progetto di trattato per l'istituzione di un'Unione europea, stilato dal PE nel 1983, proponevano la codificazione di tali poteri in un paragrafo culturale. Suggestioni in tal senso erano stati formulati anche dai Comitati *ad hoc* Dooge e Adonnino, ma l'AUE non aveva colmato tale lacuna del Trattato, permettendo, così, il perpetuarsi delle dispute tra Stati che negavano alla Comunità qualsiasi potere in materia (Regno Unito, Germania e Francia), insistendo perché tali decisioni fossero adottate al di fuori del quadro istituzionale comunitario, e Stati che ricostruivano tali poteri come una conseguenza del mandato comunitario in altri settori. Nonostante le innegabili difficoltà che da ciò scaturivano, in dottrina ci si interrogava sulla effettiva opportunità dell'introduzione del "paragrafo culturale", per timore che la codificazione di una tale competenza, per quanto limitata e residuale, potesse essere vissuta come l'invasione di un dominio riservato (cfr. Th.W. VOGELAAR e E. WERMUTH, *Legal Aspects of Community Action in the Field of Culture, Sociaal-Economische Wetgeving*, 1988, n. 5, p. 321).

Innanzitutto va considerato che la cultura è per sua natura libera, a tutti i livelli, non solo a quello comunitario. Per parte sua, comunque, la Comunità non esercita alcuna influenza sulla cultura in sé, non intende ingerirsi in modo dirigista o selettivo sull'opera creativa, o fornire definizioni, contenuti, finalità, linee evolutive; non spetta, infatti, alle istituzioni definire il concetto di cultura, né ancor meno tentare di influenzarlo nelle sue espressioni<sup>46</sup>. Ecco, dunque, che l'unico tipo di atto vincolante che le istituzioni possono adottare in quanto direttamente rivolto ad occuparsi di questioni culturali consiste in una tipologia di decisioni che vincola, sì, ma solo la Comunità ad offrire il proprio appoggio a determinati tipi di progetti.

In secondo luogo va rilevato come l'azione comunitaria in questo campo, con le sopra ricordate caratteristiche di semplice sostegno ad iniziative spontanee, si deve svolgere nei limiti di una rigorosa attuazione del principio di sussidiarietà. La nozione di sussidiarietà, infatti, oltre ad essere enunciata in generale, dopo il TUE, all'articolo 3B come applicabile a tutti i settori che non sono di esclusiva competenza comunitaria, è ribadita nella formulazione e struttura delle nuove aree di azione introdotte nel Trattato. Così è, in particolare, per gli articoli 126, 128 e 129, in materia di istruzione, formazione professionale e gioventù, cultura e sanità, in cui la Comunità è chiamata a "contribuire", "incentivando", o "incoraggiando" la cooperazione tra Stati membri e, solo "se necessario", ad appoggiare ed integrare l'azione di questi ultimi.

Tale intervento solo residuale della Comunità è motivato da considerazioni di efficacia, prima ancora che dalla estrema delicatezza del settore, di cui gli Stati membri sono comprensibilmente gelosi. Per

<sup>46</sup> In questo senso si esprime la Commissione (in COM (96) 160 def., cit.), ricordando che il concetto di cultura presenta contorni fluidi e variabili a seconda delle scuole di pensiero, delle società, delle epoche, e che la sua portata potrebbe essere limitata alle belle arti e alla letteratura, come anche estendersi fino a includere l'insieme delle conoscenze che caratterizzano una società e che permettono di comprendere il mondo, né è in grado di offrire lumi sulla identificazione della "materia culturale" la nozione formulata dalla Conferenza mondiale dell'UNESCO sulle politiche culturali (Città del Messico, 1982), secondo cui "la cultura è l'insieme dei tratti distintivi, spirituali e materiali, intellettuali ed affettivi che caratterizzano una società o un gruppo sociale". La Commissione adotta dunque un approccio pragmatico nei confronti della cultura, rinunciando a definirla (si veda LOMAN, MORTELMANS, POST e WATSON, *op. cit.* In merito al concetto di cultura e alle sue diverse accezioni antropologiche, storiche, sociologiche, cfr. Diane J. AUSTIN-BROOS, *Creating culture, Profiles in the study of culture*, Sydney/London/Boston, 1987).

essere efficace, infatti, la azione in materia culturale deve essere concepita e praticata il più vicino possibile alla popolazione che vuole interessare e con la sua partecipazione diretta, al livello di Stato, regione, città, quartiere<sup>47</sup>... Non si può, poi, dimenticare che la cultura è uno specifico nazionale e sub-nazionale, e che l'accento sulla protezione del patrimonio culturale comune poco rassicura specialmente gli Stati e le realtà culturali più piccole, che sentono la vera minaccia venire non tanto dall'esterno, quanto dall'interno della Comunità, dal processo di "europeizzazione" o omogeneizzazione causato dal Trattato e dalla realizzazione del mercato interno<sup>48</sup>.

Eppure, tali timori avrebbero dovuto essere fugati proprio da una attenta lettura dell'articolo 128, che, anche nella sua formulazione precedente agli emendamenti di Amsterdam, si riferisce allo sviluppo delle "culture" degli Stati Membri, nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, dove l'uso del plurale "culture" non è privo di significato: costituisce valorizzazione del pluralismo di linguaggi, tendenze e stili che formano un paesaggio vario, non omologabile o riducibile ad una cultura europea standardizzata<sup>49</sup>. Se si analizza, infatti, la natura dell'intervento comunitario, si realizza che per molti aspetti è appunto a rimediare a tale effetto di appiattimento, di omogeneizzazione della vita culturale portato dal mercato interno che mira l'azione comunitaria in questa materia. Nonostante la rassicurante formulazione dell'articolo, che enuncia sin dal primo paragrafo il rispetto delle diversità nazionali e regionali, i risultati della Conferenza intergovernativa convocata nel 1996 apportano un'ulteriore specificazione in questo senso al testo del Trattato, evidenziando ancora una volta l'importanza e la delicatezza che la questione continua a rivestire per gli Stati.

In realtà, l'aggiunta decisa ad Amsterdam riguarda il paragrafo 4 dell'articolo 128, e quindi afferisce specificamente non all'adozione di misure "meramente" culturali, sulla base giuridica, che abbiamo visto essere estremamente limitata, dell'articolo 128, ma alle misure

<sup>47</sup> Così si esprime Robert GRÉGOIRE, *L'action communautaire dans le secteur culturel*, *Revue du Marché Commun*, 1978, n. 217, p. 229.

<sup>48</sup> Evidenzia tali problematiche LANE, *op. cit.*, notando che, agli occhi di un cinico, proteggere il patrimonio culturale comune della Comunità si traduce nella decisione di promuovere l'Eurovision Song Contest invece di EuroDisney.

<sup>49</sup> In tali termini si esprime R. BARZANTI, *L'Europa delle culture*, *Europaforum*, 1992, n. 6, p. 10, richiamato anche da CURTI GIALDINO, *op. cit.*

“miste”, che, pur essendo adottate su di una diversa base giuridica perché principalmente dirette a disciplinare questioni di natura diversa, vanno considerate anche sotto il profilo delle implicazioni che presentano sulla vita culturale. È ora esplicitato che la Comunità deve tenere conto degli aspetti culturali nello svolgimento delle proprie azioni *in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture*. Pur essendo probabilmente superflua, poiché la formula del paragrafo 1, in una interpretazione sistematica del Trattato, non può non far sentire la propria influenza sulla portata del paragrafo 4 dello stesso articolo, tale specificazione ha, quantomeno, il senso di centrare l'attenzione sull'importanza e sul significato della necessaria “valutazione d'impatto culturale” delle misure “miste”.

È evidente, a questo punto, che l'articolo 128, non potendo costituire il fondamento di alcuna disposizione di armonizzazione, non fornisce una possibile base giuridica per le normative europee in materia di diritto d'autore, che continuano, infatti, anche dopo l'entrata in vigore del TUE, ad essere adottate in forza degli articoli del Trattato che presiedono alla realizzazione del mercato comune. È, invece, il paragrafo 4 dell'articolo dedicato alla cultura, la cosiddetta “clausola di integrazione” o “di compatibilità”, sulla quale ha ritenuto necessario riesprimersi l'ultima Conferenza intergovernativa, a rivestire un notevole interesse per quanto riguarda la progressiva integrazione, nel sistema comunitario, di ciò che afferisce ai diritti di proprietà intellettuale, e in particolare al diritto d'autore. Nell'approfondire il significato della clausola si avrà inoltre occasione di svolgere alcune ulteriori considerazioni sulla sussidiarietà, che in termini così incisivi è chiamata in causa nel caso della competenza comunitaria in materia di cultura.

##### **5. Sussidiarietà in senso tecnico, tecniche giuridiche e la clausola di integrazione di cui al paragrafo 4 dell'articolo 128 - precedenti in materia di politica ambientale**

Nel marzo 1992, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, ma dopo la sua conclusione, la Commissione incaricò un gruppo di esperti, chiamato gruppo *Sutherland* dal nome del suo presidente, di suggerire una strategia rivolta a garantire che dopo il 1992 potessero essere raggiunti tutti i benefici della realizzazione del

mercato interno. Il rapporto del gruppo *Sutherland* fu valutato dalla Commissione, che a sua volta pubblicò un documento in cui faceva proprie molte delle raccomandazioni contenute nel rapporto. Esse riguardavano, tra l'altro, l'adozione di criteri restrittivi per l'intervento normativo, la necessità di una migliore coordinazione tra i diversi dipartimenti e comitati della Commissione per evitare sovrapposizioni e assicurare la coerenza dei risultati, l'opportunità di intensificare le consultazioni preliminari all'adozione di atti normativi anche attraverso la pubblicazione dei libri verdi, l'ampliamento dell'utilizzo di testi unici, l'analisi dei vantaggi derivanti dalla scelta del regolamento invece della direttiva, il controllo e la valutazione periodica dell'efficacia degli strumenti normativi utilizzati<sup>50</sup>.

Possiamo innanzitutto notare che le raccomandazioni del gruppo *Sutherland* non riguardano particolari scelte di carattere politico, bensì spingono il legislatore comunitario a migliorarsi sul piano tecnico, e, pur essendo rivolte al mercato interno, rivestono caratteri generali. In particolare, il ricordato appello all'adozione di criteri restrittivi per l'intervento normativo si riferisce evidentemente alle stesse esigenze espresse ormai in generale dal Trattato all'articolo 3B così come introdotto a Maastricht, laddove enuncia il principio di sussidiarietà, secondo il quale, nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene "soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario". Ora, è appunto alla dimensione tecnico-giuridica del principio di sussidiarietà che sembra opportuno collegare l'analisi del paragrafo 4 dell'articolo dedicato alla cultura.

Che il principio di sussidiarietà abbia senz'altro un significato politico è evidente, ma non interessa qui tanto approfondire la sua

<sup>50</sup> Peter Sutherland, ex Commissario europeo che in seguito ricoprì anche la carica di Direttore generale del GATT, ed il suo gruppo produssero il loro Rapporto il 26 ottobre 1992, e la Commissione pubblicò la sua risposta favorevole il 2 dicembre 1992 (*Follow-up to the Sutherland Report*, SEC(92) 2277). Il 16 dicembre 1993 la Commissione adottò, sempre in riferimento al Rapporto *Sutherland*, un altro documento, dedicato alla consolidazione dei testi normativi (*Follow-up to the Sutherland Report - Legislative Consolidation* COM(93) 361). Si veda, su questo argomento, Richard WAINWRIGHT, *The Future of European Community Legislation in the Light of the Recommendations of the Sutherland Committee and the Principle of Subsidiarity*, *Statute Law Review*, 1994, Vol 15 n. 2, p. 98ss.

dimensione politica, sottolineata laddove è detto che il Trattato di Maastricht "segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini", quanto esplorarne le implicazioni tecnico-giuridiche<sup>51</sup>. Sembra, infatti, possibile svolgere alcune considerazioni di carattere eminentemente tecnico su uno dei significati che, anche alla luce della prassi delle istituzioni successiva al TUE, il principio sembra aver assunto nel quadro dell'ordinamento comunitario, poiché l'interpretazione operativa che le istituzioni ne stanno dando va nel senso dell'ottimizzazione dell'efficacia del sistema, della sua coerenza, della sua accessibilità e trasparenza.

In tal senso le istituzioni si sono orientate sin dal principio, tant'è vero che la prima comunicazione interpretativa della Commissione sull'argomento della sussidiarietà, oltre a sottolineare che il principio opera sull'esercizio delle competenze già stabilite nel Trattato e può essere esaminato solo in relazione al caso concreto e in modo dinamico, pone l'accento sul fatto che è opportuno rivolgere una attenzione particolare alla chiarezza e alla concisione dei testi fin dalla fase della proposta, testi dei quali dovrebbe essere sistematica la codificazione<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Si veda il TUE, art. A (corsivo dell'Autore). Il dibattito sulla portata preminentemente politica o anche tecnico-giuridica del principio di sussidiarietà, discusso già ben prima del TUE e anche al di fuori dell'ambito comunitario, è vasto ed estremamente interessante. Di quella letteratura sconfinata si ricordano qui soltanto i due volumi di *Raccolta di dottrina* sull'argomento, a cura del SERVIZIO BIBLIOTECA DELLA CAMERA DEI DEPUTATI nel marzo del 1995 ed il primo volume degli atti del XVI Congresso della FEDERAZIONE INTERNAZIONALE PER IL DIRITTO EUROPEO, intitolato, appunto, *Le principe de subsidiarité*, Roma, 1994. Ci sembra di poter avanzare l'ipotesi che il fondamento più veridicamente democratico del principio di sussidiarietà non consista nel collocare le decisioni "il più vicino possibile ai cittadini", in questo caso europei, oltre che nazionali, ma nel voler garantire che le decisioni siano adottate al livello più adatto, allo scopo di assicurare la miglior efficacia possibile al sistema, i cui fruitori sono, appunto, i cittadini. In un sistema democratico rappresentativo, perfezionabile, ma che non può fare dei suoi punti deboli un motivo per arrestare il suo cammino, non è, infatti, principalmente la "distanza" del livello decisorio dal cittadino a graduare la democraticità della scelta, sono invece, da un lato, l'effettiva rappresentatività del meccanismo decisorio, che non è scopo di queste riflessioni analizzare, e dall'altro l'efficacia operativa della scelta, la sua coerenza con i principi-base del sistema e con le altre azioni intraprese.

<sup>52</sup> Si vedano in particolare i punti 4.4 e 6.2a) de *Il principio di sussidiarietà, comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo*, del 27 ottobre 1992, *Bollettino CE*, 1992, n. 10, pubblicata anche in Appendice alla *Raccolta di*

Nella stessa comunicazione si auspica la conclusione di un accordo interistituzionale, poi intervenuto, il quale ribadisce che la Commissione ha il compito di redigere annualmente un rapporto all'attenzione del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto del principio di sussidiarietà, compito che già le era stato riconosciuto dal Consiglio europeo di Edinburgo dell'11-12 dicembre 1992. Ora, è interessante notare che tale accordo è inquadrato nell'ambito di una dichiarazione interistituzionale intitolata contemporaneamente alla democrazia, alla trasparenza ed alla sussidiarietà e che i rapporti annuali della Commissione si sono, in seguito, occupati, oltre che della sussidiarietà, della proporzionalità, nonché della semplificazione e codificazione delle norme<sup>53</sup>.

Con ciò si vuole arrivare a concludere che la prassi delle istituzioni comunitarie riconosce senz'altro una dimensione tecnica al principio di sussidiarietà, legata al fatto che è necessario valutare, in riferimento al caso concreto, l'efficacia comparativa delle possibili azioni a livello comunitario e degli Stati membri, per stabilire a quale livello, alla luce dell'articolo 3B, si debba intervenire. In tale valutazione concorrono, ad esempio, fattori legati all'effetto di scala dell'azione, al costo della decisione di non agire, alla necessità di conservare una ragionevole coerenza, agli eventuali limiti dell'azione sul piano nazionale<sup>54</sup>. Si potrebbe obiettare che questa specie di studio di fattibilità, finalizzato all'analisi di efficacia comparativa, implica, sì, valutazioni tecniche oltre a quelle di ordine politico, ma che si tratta di profili che

dottrina a cura del Servizio Biblioteca della Camera dei Deputati, cit. Specifica il *Bulletin quotidien Europe* n. 1804/05, del 30 ottobre 1992, prima di riportare il testo ufficiale in francese della comunicazione, che essa comprende un testo politico molto breve, in cui viene esposto nel modo più semplice e più chiaro possibile il "principio del buon senso" che è stato definito sussidiarietà, ma che, di fatto, esiste da sempre, e un allegato, che costituisce la parte essenziale del documento, in cui vi è un'analisi giuridica e tecnica del principio di sussidiarietà.

<sup>53</sup> Cfr. COM (93) 545 def., COM (94) 533 def., CSE (95) 580 e CSE (96) 2 def. Il testo delle *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Edinburgo e dell'Accordo interistituzionale del 25 ottobre 1993 tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulle procedure per l'attuazione del principio di sussidiarietà* sono pubblicati sul *Bollettino CE*, 1992, n. 12 e 1993, n. 10, nonché in Appendice alla Raccolta di dottrina a cura del Servizio Biblioteca della Camera dei Deputati, cit.

<sup>54</sup> In questo senso *Il principio di sussidiarietà, comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo*, cit., nel paragrafo dedicato alla preparazione ed esame dell'azione comunitaria proposta.



coinvolgono diverse professionalità, a seconda del campo su cui va ad incidere la normativa proposta, e non riguardano la competenza del giurista, non si può, però, dimenticare che i risultati dell'analisi di efficacia comparativa condotta sulla realtà dei fatti andranno poi tradotti in norme, ed è a questo punto che interviene necessariamente la tecnica giuridica.

In realtà, il Rapporto *Sutherland* e l'applicazione del principio di sussidiarietà stanno, principalmente, avendo l'effetto di richiamare il legislatore comunitario alle fondamentali esigenze di efficacia dell'ordinamento, e non soltanto per quanto riguarda il mercato interno<sup>55</sup>. Anche sul versante giuridico, oltre che politico, democrazia, trasparenza e sussidiarietà sono strettamente correlate, e l'applicazione operativa del principio di sussidiarietà porta ad allargare il discorso alla proporzionalità, cioè alla scelta dello strumento normativo più adatto a dare forma alle conclusioni dello studio di efficacia comparativa, nonché alla codificazione e semplificazione normativa, cioè alla preoccupazione che ogni nuovo strumento contribuisca all'efficacia del sistema nel suo complesso: tutte esigenze che fanno appello ad un appropriato utilizzo di tecniche legislative<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Si veda, in tal senso, WAINWRIGHT, op. cit., p. 105.

<sup>56</sup> Ci si riferisce, qui, ad un concetto di tecniche legislative che non si limita alla correttezza formale della redazione del testo, ma è attento alla qualità sostanziale degli interventi normativi ed all'impatto della nuova norma nel complessivo quadro legislativo di riferimento, concetto che, peraltro, sembra essere accolto, sul piano internazionale, dalla Raccomandazione dell'OCSE del 9 marzo 1995, intitolata *Migliorare la qualità degli interventi normativi del Governo* (si veda, a questo proposito, Roberto MARVASI, *Primi elementi per una riflessione sul decalogo OCSE, Iter legis*, 1995, p. 72; ivi è pubblicata anche una traduzione italiana non ufficiale della Raccomandazione). Il compito del tecnico del diritto rimane, ad ogni modo, ben separato da quello del politico, poiché egli deve tradurre le scelte del politico, che per lui sono un dato di fatto, in ordinamento giuridico di qualità (in proposito, e per una visione d'insieme sull'argomento delle tecniche legislative, si veda Giuseppe Ugo RESCIGNO, *Voce: Tecnica legislativa*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1993). In merito all'esigenza di migliorare, sul versante tecnico, l'efficacia e la qualità delle normative comunitarie, nonché la trasparenza delle procedure, avvertita in particolar modo in occasione degli ultimi emendamenti del Trattato, si vedano Jean-Claude PIRIS, *Après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus transparentes?*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, p. 1ss e Gianni BONVICINI, Jean-Victor LOUIS, Alvaro VASCONCELOS, Wolfgang WESSELS, *The Priorities and Strategy for the Reform of the Maastricht Treaty*, dattiloscritto presentato alla Conferenza IAI-TEPSA su 1996: *the Italian Presidency of the European Union - Towards the Revision of the Maastricht Treaty*, Roma, 1-2 dicembre 1995. Nota Antonio TIZZANO (*Codice dell'Unione europea*, Padova, 1995, nella *Presentazione*) che

È, appunto, all'obbligo di considerare con particolare attenzione gli aspetti sostanziali di coerenza ed efficacia del sistema giuridico comunitario, che sembra riferirsi il paragrafo 4 dell'articolo del Trattato dedicato alla cultura. Alle istituzioni comunitarie è richiesto, in qualsiasi campo agiscano, di tenere conto della realtà culturale in qualche modo coinvolta dalle loro decisioni, facendo quella che si potrebbe chiamare "valutazione dell'impatto culturale", collegandosi, così, al simile precedente in materia di tutela ambientale. La competenza comunitaria in materia ambientale, infatti, inserita nel Trattato con le modifiche apportate dall'Atto unico europeo, nasce, all'articolo 130R, già caratterizzata dal fatto che "le esigenze connesse con la salvaguardia dell'ambiente costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità". Nella versione risultante dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht si sottolinea ancora maggiormente

occorre tener conto "dell'impressionante mole dell'apparato normativo comunitario, che è ormai composto, com'è noto, non solo dai testi, peraltro sempre più corposi, che hanno istituito le Comunità e l'Unione, ma anche da una miriade di atti c.d. di diritto derivato, che vanno dagli accordi internazionali delle Comunità alle migliaia di provvedimenti adottati dalle istituzioni europee per dare attuazione ai trattati istitutivi e assicurare lo svolgimento e lo sviluppo dell'azione comunitaria: atti di denominazione, natura e oggetto diversissimi, spesso anch'essi di difficile lettura per le stesse ragioni evocate per il Trattato di Maastricht [ndr: ci si riferisce, tra l'altro, alle difficoltà dei negoziati, che portano a soluzioni di compromesso, ed alle differenze tra le diverse versioni linguistiche] e, per giunta, modificati più volte nel tempo senza che si provveda a consolidarne il testo." Tale sforzo di semplificazione e codificazione è ormai cominciato, e non stupisce, alla luce di quanto detto finora, che alcuni degli atti che ne costituiscono le fondamenta siano inseriti, nel *Codice*, in un Capitolo intitolato alla *Democrazia, trasparenza, sussidiarietà*. L'attenzione della Comunità, così come degli Stati, al *drafting* legislativo è, in generale, piuttosto recente; si possono ricordare le *Règles de technique législative à l'usage des services de la Commission*, 1985, riprodotte in Rodolfo PAGANO (a cura di), *Normative europee sulla tecnica legislativa, Vol. II: normative europee e comunitarie, Quaderni di documentazione della Camera dei Deputati*, Roma, 1988, la *Risoluzione sulla semplificazione, trasparenza e codificazione del diritto comunitario*, del 26.5.1989, in GUCE C 158, del 26.6.1989, la *Risoluzione sulla qualità redazionale della legislazione comunitaria*, approvata dal Consiglio l'8.6.1993, in GUCE C 166, del 17.6.1993, la *Risoluzione sulla trasparenza del diritto comunitario e la necessità della sua codificazione*, approvata dal Parlamento europeo il 6.5.1994, in GUCE C 205, del 25.7.1994, l'*Accordo interistituzionale del 20.12.1994 su di un metodo di lavoro accelerato ai fini di una codificazione ufficiale dei testi legislativi*, riprodotto in *Codice dell'Unione europea*, cit., p. 333, la *Risoluzione su un accordo interistituzionale in materia di codificazione ufficiale della legislazione comunitaria*, del 18.1.1995, gli *Indirizzi di massima della Commissione con riguardo alla politica legislativa*, adottati in data 16.1.1996, di cui è data notizia in *Bollettino UE*, 1996, n. 1-2, al punto 1.10.11.

che tali esigenze "devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie". Ricollegandosi a quanto detto sulla lettura in chiave di tecniche legislative del principio di sussidiarietà, si può anche rilevare che esso compare esplicitamente per la prima volta nel Trattato proprio in occasione della introduzione della nuova competenza in materia ambientale, e limitatamente alla sua definizione.

La necessità di integrare le esigenze di protezione dell'ambiente nell'ambito di qualsiasi politica ne coinvolga, in qualche misura, le problematiche, non è una consapevolezza solo europea: al perseguimento di uno sviluppo che sia sostenibile dal punto di vista ambientale sono stati dedicati i lavori della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, riunitasi a Rio de Janeiro nel 1992. Nel rapporto della Commissione delle Comunità europee alla Conferenza si afferma che l'integrazione è un obiettivo primordiale della politica comunitaria dell'ambiente, non soltanto perché essa discende da un obbligo imposto dal Trattato o è in sé uno strumento di protezione dell'ambiente, ma anche perché essa è l'elemento chiave per l'istituzione di modelli sostenibili di sviluppo sociale ed economico, e che quindi le valutazioni di carattere ambientale fanno parte integrante di molti, se non di tutti, i campi d'azione della Comunità. L'importanza di tali considerazioni è confermata dal Trattato di Amsterdam, che sposta l'esplicita menzione della clausola di integrazione ambientale nella parte del Trattato dedicata ai principi della Comunità<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Il Trattato della Comunità europea, come emendato dal Trattato di Amsterdam, non prevede più quella che abbiamo chiamato la "clausola di integrazione" delle finalità di tutela ambientale nello svolgimento delle altre politiche della Comunità nel testo dell'articolo 174, che è destinato a sostituire l'articolo 130 R, bensì dedica all'argomento il nuovo art. 6, che fa riferimento alla promozione dello sviluppo sostenibile. È stato rilevato in dottrina che l'esperienza maturata relativamente a questa disposizione suggerisce che la necessità di tenere conto dell'art. 128, par. 4, non si rivelerà particolarmente onerosa (così LANE, *op. cit.*). Al contrario, si può rilevare che i programmi comunitari in materia di ambiente si sono effettivamente posti l'obiettivo generale della integrazione della dimensione ambientale nelle altre politiche della Comunità (cfr. Fernand NATHAN, *L'autre Europe "verte": la politique communautaire de l'environnement*, Parigi, 1987, p. 377ss. Si vedano inoltre *Potential Benefits of Integration of Environmental and Economic Policies - An incentive-based approach to policy integration*, Report prepared for the European Commission, Directorate-General for Environment, Nuclear Safety and Civil Protection by DRI, in association with DHV, TME, IVM, ERM, ECOTEC, Travers Morgan and M+R, *European Communities*

In realtà, entrambe le "clausole di integrazione", sia in materia ambientale sia in materia culturale, potrebbero ritenersi superflue, dal momento che l'ordinamento deve, per definizione, essere coerente, e se ormai contempla degli obiettivi in tali settori non può che tenerne, coerentemente, conto nel suo complesso. Che ad Amsterdam si sia sottolineata l'importanza della clausola di integrazione ambientale va ritenuto un segno del fatto che essa è ormai sufficientemente acquisita nella prassi comunitaria ed anche internazionale, mentre forse così ancora non è per la "clausola culturale"<sup>58</sup>.

## 6. Diritto d'autore e considerazione degli aspetti culturali nell'azione della Comunità europea

Va da sé che la "valutazione di impatto culturale" deve essere svolta alla luce degli orientamenti del Trattato in materia, cioè principalmente di quanto disposto dall'articolo 128. Ora, dal momento che in tale articolo è, tra l'altro, previsto l'appoggio, sussidiario, della Comunità alla creazione artistica e letteraria, chi ha espresso l'opinione che il caso *Magill* avrebbe potuto trovare una differente conclusione se si fosse potuto applicare l'articolo 128 intendeva, probabilmente, con ciò dire che esso avrebbe avuto l'effetto di rafforzare il peso specifico, nel sistema del Trattato, della tutela della "proprietà industriale e commerciale" disposta dall'articolo 36, nei confronti dei contrapposti interessi tutelati dall'articolo 86 sull'abuso della posizione dominante. Ma tenere in considerazione gli aspetti culturali nel predisporre ed applicare la tutela di diritto d'autore non è sinonimo di difendere a tutti i costi ed estendere, in modo indiscriminato, la titolarità di diritti esclusivi.

*Environmental Policy Series*, London/Norwell, 1994, nonché Eckart HILDEBRANDT e Eberhard SCHMIDT, *Industrial Relations and Environmental Protection in Europe*, Lussemburgo, 1994.)

<sup>58</sup> Si è già avuto, in altro contesto, modo di rilevare che la Comunità internazionale sembra aver raggiunto un notevole grado di consapevolezza riguardo alla necessità di occuparsi della protezione dell'ambiente naturale in modo integrato, e non conflittuale, rispetto alle politiche di sviluppo economico, mentre altrettanto, purtroppo, non può dirsi in merito alla protezione del patrimonio culturale (cfr. Federica MUCCI, *La valorizzazione del patrimonio mondiale culturale e naturale: significato e strumento di una "tutela sostenibile"*, in Maria Clelia CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla Convenzione dell'UNESCO*, Napoli, 1997).

Ciò non significa, anche se vi è chi sostiene questa estrema posizione, che sia tramontata l'epoca in cui era possibile attuare un sistema basato sui diritti esclusivi, e che sia necessario far scadere il diritto dell'autore al mero riconoscimento di qualche forma di retribuzione dell'utilizzo del suo lavoro poiché esso ormai sfugge ad ogni possibilità di controllo capillare<sup>59</sup>. Attraverso tale considerazione, ci si vuole, invece, ricollegare a quanto si diceva all'inizio del Capitolo in riferimento alla triplice finalità della tutela di diritto d'autore, al tempo stesso culturale, economica e sociale, collegata alla funzione creativa dell'autore, distributiva dell'imprenditore ed educativa all'atto della fruizione da parte del consumatore. Avendo presente tale complessità, è ben difficile ritenere che la valutazione dell'impatto culturale causato da una normativa di diritto d'autore si possa limitare alla constatazione dell'aumento, o della diminuzione, dei diritti esclusivi riconosciuti in base a tale titolo<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Nota André LUCAS (*Copyright and Related Rights in the Information Society: a Need for Continuity, a Need for Change?*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, cit.) che "With regard to the exercise of rights, first of all one needs to combat a certain form of pessimism which consists in affirming that the efficacy of exclusive rights can no longer be guaranteed on the networks."

<sup>60</sup> A questo, invece, sembra limitarsi, essenzialmente, la Commissione nel capitolo dedicato ai *Diritti d'autore e diritti connessi*, nell'ambito della *1a relazione della Commissione sulla presa in considerazione degli aspetti culturali nell'azione della Comunità europea*, COM (96) 160 def., cit., nonostante sia esplicitamente attermato che "a (...) limitare gli "aspetti culturali" alle sole componenti tradizionali di quella che si è convenuto di chiamare "politica culturale", ossia il retaggio culturale, le arti contemporanee, la letteratura, ecc., si corre il rischio che non vengano tenuti nella dovuta considerazione altri importanti parametri che partecipano alla formazione delle culture.". In realtà la Relazione, adottata in ritardo rispetto alla sua previsione nei programmi di lavoro della Commissione, pur rappresentando un notevole primo sforzo, rivela l'innegabile difficoltà del compito di cui all'art. 128, par. 4 e, per quanto riguarda l'aspetto normativo, si limita fondamentalmente ad elencare gli strumenti comunitari che incidono su argomenti di rilievo culturale, senza addentrarsi ad esaminarne la struttura. Sia, inoltre, concesso di sollevare una notazione critica specifica, relativamente alla scelta di utilizzare l'espressione "politica culturale". Ricordano Livio MISSIR DI LUSIGNANO (*Communauté et culture*, cit., p. 185) e Robert GRÉGOIRE, op. cit., con espressioni che erano già state della Commissione stessa, che "De la même façon que le secteur culturel n'est pas la culture, l'action communautaire dans le secteur culturel n'est pas une politique culturelle." Vero è che ci si riferiva lì al settore culturale come insieme di persone, beni, attività che rivestivano comunque un interesse economico, e perciò riguardavano il diritto comunitario (a questo proposito si può ricordare anche il supplemento di parere del Comitato economico e sociale, Sez. Affari sociali, famiglia, istruzione e cultura, SOC/170, del 20 dicembre 1989 (CES

Se infatti, da un lato, l'esigenza di stimolare la creatività dell'autore, senz'altro di preminente rilievo culturale, impone che ad esso sia garantita una adeguata protezione attraverso il riconoscimento di un monopolio esclusivo sull'utilizzo della sua opera, la tutela del legame particolare che ad essa lo lega, espresso dal diritto morale, e la regolamentazione dei contratti tra autori ed utilizzatori, d'altro lato altrettanto "culturale" è l'esigenza del pubblico di agevolare la circolazione della conoscenza e l'accesso alla cultura, che, al contrario, richiede una limitazione della durata del diritto d'autore, nonché l'esistenza di eccezioni alla sua applicazione e forse, in alcuni casi, di meccanismi che permettano di sostituire il diritto esclusivo con un diritto a remunerazione<sup>61</sup>. È fortemente sentita nella moderna società dell'informazione, ed in particolare con riferimento alla realizzazione di opere multimediali, la necessità di mediare tra le soluzioni tecniche sottese a questi due aspetti, entrambi profondamente "culturali", della tutela, soluzioni che astrattamente si presentano come opposte, "massimalista" la prima e "minimalista" la seconda, ma concretamente non possono che assumere la forma di un equilibrato compromesso.

Sebbene la società, nel suo complesso, possa trarre un beneficio dall'innalzamento, entro certi limiti, del livello di protezione attualmente garantito ai titolari dei diritti, i loro interessi devono essere attentamente soppesati ed inquadrati nel contesto economico e sociale, ed è, appunto, alla ricerca di un ragionevole equilibrio tra tutti gli interessi coinvolti che mira la tutela giuridica. Per parte sua, l'ordinamento comunitario, pur avendo abbandonato l'approccio improntato esclusivamente alla soluzione di problemi specifici, non pretende di avviare una riforma globale della tutela della proprietà intellettuale. Come avremo modo di osservare sotto alcuni aspetti nei prossimi Capitoli, i moderni sviluppi inerenti le modalità di diffusione

1372/89 ap), mentre l'art. 128 si occupa specificamente della dimensione culturale, dandone, quindi, una lettura comunitaria.

<sup>61</sup> La *Guide pratique du droit d'auteur pour les producteurs de multimédia* (studio condotto per conto della Commissione europea, DGXIII, dall'AIDAA (Association internationale des auteurs de l'audiovisuel), Lussemburgo, 1996) definisce come sociali le tre finalità pubbliche tra le quali la tutela di diritto d'autore deve assicurare un equilibrio. Accanto alle due istanze appena specificate nel testo esiste, è superfluo ricordarlo, la necessità di proteggere gli investimenti nel settore della creatività culturale.

delle opere, ed in alcuni casi la natura stessa di alcune opere creative, sembrerebbero richiedere mutamenti radicali nella struttura delle attuali normative sul diritto d'autore, ma è importante evitare l'adozione affrettata di soluzioni poco lungimiranti, che potrebbero incidere negativamente sulla coerenza globale del sistema di tutela<sup>62</sup>.

L'azione comunitaria in materia di diritto d'autore, infatti, pur improntata alla soluzione delle problematiche del mercato comune, si risolve in direttive di armonizzazione che operano scelte in merito ad alcune caratteristiche della tutela. Alla base di tali interventi normativi comunitari va necessariamente presupposta una coerenza sistematica, per elementari regole di tecnica giuridica e per l'espressa disposizione dell'articolo 128, paragrafo 4, nella quale, a prescindere da significati politici, può essere individuato l'obbligo, per le istituzioni, di rispettare una coerenza di fondo, nell'emanare e interpretare tali normative alla luce del Trattato, coerenza che non perda di vista le implicazioni culturali di tali scelte. È, appunto, ad una esposizione ed analisi sistematica di tali scelte, operate a livello comunitario, che è dedicato il prossimo Capitolo.

<sup>62</sup> Nella risposta del *Legal Advisory Board* al Libro verde della Commissione *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione* (COM (95) 382 def., cit.) si legge "The information superhighway may, perhaps in future merit certain radical changes to the existing systems of copyright and neighbouring ("related") rights. At present, the omnipresent superhighway has yet to be paved. No pressing need for immediate action and reform, therefore, seems to exist. (...) The European Union should remain firm against pressures aiming at short-term solutions that might negatively affect the coherence of the existing system of copyright." Il LAB nota che la Commissione ha optato per un approccio prudente alle problematiche di diritto d'autore sollevate dall'ambiente delle reti digitali, e si trova concorde con questa posizione (è possibile consultare il documento su Internet, <http://www2.echo.lu/legal/en/ipr/reply/reply.html>).

### CAPITOLO III

## GLI STRUMENTI NORMATIVI COMUNITARI E IL DIRITTO D'AUTORE

### 1. L'impostazione del problema: differenti soluzioni tra proprietà industriale e proprietà artistica e letteraria

Si è avuto modo di constatare, nei precedenti Capitoli, come l'esercizio esclusivo su base nazionale dei diritti di proprietà intellettuale possa fatalmente entrare in conflitto con le regole del Trattato, ed in particolare con le disposizioni che presiedono al funzionamento del mercato unico, e come ciò abbia determinato la competenza delle istituzioni comunitarie ad occuparsi di tali questioni. Ma se la giurisprudenza della Corte di giustizia ha nel tempo enucleato una serie di principi cui fare riferimento, va rilevato che tale opera interpretativa è ben lungi dal fornire un quadro esauriente e non contraddittorio. Non soltanto, ma sulla sola base dell'opera interpretativa giurisprudenziale non sempre è possibile giungere a soluzioni in linea con la liberalizzazione del mercato interno, come è chiaramente esemplificato dal caso *EMI II*<sup>1</sup>. Dalla lettura del Trattato si evince, invece, come sia necessario assicurare, da un lato, il corretto funzionamento del mercato interno, e, d'altro lato, una coerenza di fondo dell'atteggiamento comunitario nei confronti del diritto d'autore in particolare, atteggiamento che vada, come si è visto nel precedente Capitolo, nel senso dell'appoggio alla creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo.

Tali esigenze non potevano che trovare soluzione nella predisposizione di strumenti normativi comunitari, della cui necessità le istituzioni erano, in realtà, consapevoli, almeno limitatamente alla

<sup>1</sup> Cfr. *supra* Cap. II, nota 8.



sfera industriale, sin dai primi anni di vita della Comunità. Nel 1959, infatti, furono istituiti tre gruppi di lavoro che si dovevano occupare di studiare la possibilità di armonizzare le normative nazionali in materia di brevetti, marchi e disegni industriali; forse perché si riteneva inizialmente che la tutela a titolo di diritto d'autore non avrebbe interferito direttamente con il corretto funzionamento del mercato interno, nessun gruppo di lavoro fu previsto per analizzare le possibilità di armonizzazione in tale campo<sup>2</sup>. Sebbene già negli anni '60 la Corte si sia trovata a confutare tale ipotesi, come si è già avuto modo di ricordare il primo Libro verde in materia di diritto d'autore è soltanto del 1988, ed è appunto alla fine degli anni '80 che comincia l'opera di armonizzazione in tale materia.

Va rilevato che, in realtà, di un puro processo di armonizzazione normativa si può parlare solo in materia di diritto d'autore, dove il sistema di tutela si fonda unicamente sulla astratta e generale definizione normativa dei contenuti, condizioni e limiti del riconoscimento della protezione; com'è naturale, le esigenze del mercato comune hanno preso, invece, anche la strada di un sistema centralizzato di registrazione per quei diritti di proprietà intellettuale che sono caratterizzati dal necessario espletamento di certe formalità per la loro stessa esistenza. Tale è stata la soluzione per marchi e brevetti, mentre la tutela dei disegni e modelli, "a cavallo" tra caratteristiche di interesse industriale ed artistico, sebbene sembri indirizzata verso l'introduzione di un sistema centralizzato di protezione, come per i marchi, ha solo recentemente raggiunto l'obiettivo di una, pur limitata, armonizzazione<sup>3</sup>. Si ritiene, quindi, preferibile accennare qui

<sup>2</sup> Si veda, su questi argomenti, GOVAERE, *op. cit.*, che osserva come il problema maggiore riguardo alla protezione della proprietà intellettuale sembra essere la mancanza della volontà politica di porre gli interessi comunitari al di sopra degli interessi nazionali, ed ogni tentativo di armonizzare le attuali normative nazionali in materia incontra resistenza da parte degli Stati membri, restii a conferire tali competenze alla Comunità. Che si tratti o meno, effettivamente, di una questione di volontà di protezionismo nazionale, è un fatto che, dopo quasi quarant'anni dall'istituzione di quei gruppi di lavoro, l'armonizzazione nell'ambito dei diritti industriali non si può ancora dire conclusa e, per quanto riguarda particolarmente il diritto d'autore, le normative comunitarie si sono finora occupate principalmente di questioni che non avevano ancora trovato completa soluzione a livello nazionale.

<sup>3</sup> Si vedano, in tal senso, la direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1998, GUCE L 289, del 28 ottobre 1998, p.28 e le precedenti due proposte della Commissione riguardanti rispettivamente un regolamento sui disegni e modelli comunitari e una direttiva sulla tutela dei disegni e dei modelli

brevemente a quanto riguarda marchi e brevetti, per poi passare, nel resto del Capitolo, a quanto più ci interessa, ossia a delineare il quadro normativo comunitario in materia di diritto d'autore e diritti connessi, rinviando alla conclusione di tale trattazione uno sguardo, tra l'altro, alla recente direttiva sui disegni e modelli.

È in materia di brevetti che compaiono i primi risultati degli sforzi europei. Le proposte del gruppo di lavoro istituito dalla CEE per lo studio della armonizzazione dei brevetti costituiscono le basi per la conclusione, il 5 ottobre 1973, della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo, e, nel 1975, della Convenzione di Lussemburgo sul brevetto comunitario<sup>4</sup>. Per quanto giunta a risultati notevoli e relativamente precoci, va quindi immediatamente rilevato che l'armonizzazione delle normative in materia di brevetti è stata negoziata tra gli Stati membri della Comunità al di fuori delle competenze e procedure stabilite dal Trattato di Roma, mediante la conclusione di convenzioni internazionali che entrano in vigore soltanto in virtù della successiva, volontaria, ratifica da parte degli Stati interessati<sup>5</sup>.

(COM (93) 342 def., *GUCE* C 29, del 31.12.1994 e COM (93) 344 def., *GUCE* C 345, del 23.12.1993) e GOVAERE, *op. cit.*, p. 54. Si è rilevato, in dottrina, come non vi sia alcun accordo, a livello internazionale, su quale sia l'approccio più adeguato alla tutela dei disegni e modelli industriali, se del tipo del brevetto o del diritto d'autore, includendo nella prima tipologia quei sistemi che richiedono la novità e garantiscono il pieno diritto esclusivo e nella seconda i sistemi che richiedono l'originalità e garantiscono soltanto la protezione dalla copia non autorizzata (si veda William WALLACE, *Protection for designs in the United Kingdom*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1974, p. 421).

<sup>4</sup> Convenzione sul brevetto europeo per il mercato comune, del 15 dicembre 1975, cit. Il gruppo di lavoro sui brevetti era presieduto da K. Haertel, che è considerato "the founding father of European patent law" (cfr. F.-K. BEIER, *The Future of Intellectual Property in Europe: Thoughts on the Development of Patent, Utility Model and Industrial Design Law*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1991, p. 157, richiamato da GOVAERE, *op. cit.*, p. 52.)

<sup>5</sup> Mentre la Convenzione di Monaco è entrata in vigore il 7.10.1977, la Convenzione sul brevetto comunitario attende ancora le ratifiche necessarie. Gli strumenti di tutela assunti nell'ambito comunitario in materia di diritti di proprietà industriale si inseriscono nel contesto di una tutela convenzionale di respiro universale, che poggia principalmente sulla Convenzione per la protezione della proprietà industriale, conclusa a Parigi nel 1883 e modificata l'ultima volta con l'Atto di Stoccolma del 1971, nonché sull'Accordo relativo ai diritti di proprietà intellettuale, compreso il commercio di prodotti contraffatti (TRIPs), allegato all'Atto finale dei negoziati commerciali multilaterali dell'Uruguay Round, concluso a Marrakech il 15 aprile 1994.

La Convenzione sul brevetto europeo consente, a datare dall'1 giugno 1978, di fare domanda all'Ufficio europeo dei brevetti, direttamente o attraverso un ufficio nazionale, per ottenere una licenza che conferisce diritti in ciascuno degli Stati designati nella domanda. La procedura centralizzata permette, dunque, di ottenere, più che non un unico brevetto, una sorta di "pacchetto di brevetti nazionali", che costituisce un'alternativa alla contemporanea richiesta di brevetti separati ai singoli uffici nazionali, secondo le diverse normative sostanziali e procedurali. Un fattore determinante per valutare la convenienza del sistema centralizzato è costituito dai costi delle procedure, la cui diminuzione ha rappresentato, in realtà, l'impulso principale al processo di centralizzazione, più che non considerazioni relative all'esigenza di risolvere conflitti di norme, sebbene la Convenzione abbia certamente comportato una armonizzazione giuridica<sup>6</sup>.

L'armonizzazione giuridica realizzata dalla Convenzione di Monaco riflette, in gran parte, le soluzioni raggiunte in una precedente convenzione promossa dal Consiglio d'Europa, che fu firmata a Strasburgo nel 1964 ma entrò in vigore soltanto in un momento successivo, il 30 aprile 1980, finendo, quindi, con il rivestire un'importanza marginale. Tra le scelte più significative che la Convenzione sul brevetto europeo riprende dalla Convenzione di Strasburgo vi sono l'esclusione dalla tutela delle "invenzioni biologiche", ossia delle varietà di piante ed animali e dei processi essenzialmente biologici per la loro produzione, nonché la definizione stessa di invenzione brevettabile. È ritenuta tale l'invenzione nuova, che, tenuto conto dello stato dell'arte, non sia ovvia ad un esperto e che sia suscettibile di applicazione industriale, cioè che possa essere prodotta, o utilizzata, in un qualsiasi tipo di industria, compresa quella agricola<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Si vedano, in tal senso, GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *op. cit.* Osserva George METAXAS-MARANGHIDIS (*Intellectual Property Laws of Europe*, Chichester) New York/Brisbane/Toronto/Singapore, 1995, p. 14) che, secondo l'esperienza pratica, la procedura centralizzata risulta preferibile se si intende ottenere la tutela in tre o più degli Stati contraenti. La procedura per il riconoscimento del brevetto europeo può essere associata, a livello universale, a diverse opzioni possibili sulla base del Trattato di Cooperazione in materia di brevetti, del 19 giugno 1970, gestito dalla Organizzazione mondiale della Proprietà intellettuale.

<sup>7</sup> La Convenzione adotta un concetto di "novità assoluta", poiché lo "stato dell'arte" comprende ogni cosa resa disponibile al pubblico per iscritto, o attraverso la

La Convenzione non definisce il termine "invenzione", ma fornisce una lista di oggetti non brevettabili, o perché non ritenuti "invenzioni" (scoperte, teorie scientifiche, metodi matematici, schemi, regole e metodi per realizzare atti mentali, giocare o concludere affari, programmi da elaboratore e presentazioni di informazioni), o perché, pur considerabili come "invenzioni", non sono suscettibili di applicazione industriale (metodi chirurgici o terapeutici per il trattamento del corpo umano o animale (vivente) e metodi diagnostici praticati su di esso, ma non i prodotti in uso per ciascuno di questi metodi), o ancora perché ne è espressamente esclusa la brevettabilità (invenzioni contrarie all'ordine pubblico o alla moralità pubblica, nonché la già ricordata esclusione delle "invenzioni biologiche", che però non si applica ai processi microbiologici o ai relativi prodotti)<sup>8</sup>.

La Convenzione di Lussemburgo sul brevetto comunitario opera nel quadro della Convenzione di Monaco e ad essa si riferisce per quanto riguarda le condizioni di brevettabilità; il brevetto comunitario è, in sostanza, un brevetto europeo che si applica necessariamente nell'ambito di tutti gli Stati comunitari. A differenza del brevetto europeo, però, che, come si è già accennato, costituisce un "pacchetto" di brevetti

descrizione orale, o mediante l'uso, o in qualsiasi altro modo prima della presentazione della domanda (cfr. art. 54 della Convenzione). Nel caso delle sostanze o composti per trattamenti chirurgici o terapeutici e metodi diagnostici, il requisito della novità è applicato dall'Ufficio per il brevetto europeo in questi termini: una tale sostanza o un tale composto già conosciuto può essere brevettato per il suo utilizzo medico mediante una domanda del tipo "sostanza X per utilizzo medicinale"; si può, invece, ottenere un brevetto per l'utilizzo terapeutico con una domanda del tipo "utilizzo della sostanza X per ottenere una medicina intesa per l'utilizzo terapeutico Z" (cfr. METAXAS-MARANGHIDIS e GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *opp. cit.*)

<sup>8</sup> Cfr. artt. 52ss della Convenzione. Specificamente alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche è, invece, dedicata la direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, *GUCE* L 213, del 30 luglio 1998, p. 13. Per quanto riguarda i programmi da elaboratore, essi, come anche i metodi matematici, in quanto tali non sono ritenuti invenzioni, ma ciò non esclude la possibilità di brevettare un'invenzione che costituisce una innovazione tecnica, allo stato dell'arte, se essa implica *anche* l'utilizzo di programmi da elaboratore o metodi matematici (sui programmi da elaboratore, tra tutela a titolo di diritto d'autore e di brevetto, si veda *infra*, Cap. IV). Le Direttive dell'Ufficio per il brevetto europeo stabiliscono, a questo proposito, che se il contributo alle attuali capacità consiste esclusivamente in un programma da elaboratore, si tratta di un oggetto non brevettabile in qualsiasi forma sia presentato; ad esempio una domanda riferita ad un computer caratterizzato dall'aver in memoria il programma in questione, o ad un processo per far funzionare il computer sotto il controllo del programma sarebbe ugualmente inaccettabile.

nazionali, in parte armonizzati ma essenzialmente indipendenti, riconosciuti attraverso una procedura centralizzata, la Convenzione sul brevetto comunitario istituisce effettivamente un unico brevetto, con effetti equivalenti in tutta l'Unione europea. Ancor prima della sua entrata in vigore, la Convenzione ha determinato una armonizzazione di fatto di molte normative sui brevetti in Europa<sup>9</sup>.

Mentre la durata della protezione è uguale a quella, di venti anni a partire dalla presentazione della domanda, attualmente garantita dalla Convenzione di Monaco in generale, diversamente da quest'ultima la Convenzione di Lussemburgo non lascia gli Stati contraenti liberi di determinare il contenuto del diritto, bensì specifica che il proprietario del brevetto ha il diritto di proibire l'utilizzo diretto ed indiretto dell'invenzione ed include un elenco di tali atti. Queste disposizioni costituiscono uno degli aspetti più importanti della Convenzione sul brevetto comunitario per quanto riguarda l'aspetto della armonizzazione delle normative interne, che non vengono abolite, perché rimane, per chi non ha interesse ad ottenere un brevetto comunitario, la possibilità di richiedere il brevetto nazionale, ma vengono modificate per tenere conto dell'esistenza del nuovo sistema comunitario<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Il ritardo nell'entrata in vigore della Convenzione è determinato dalle difficoltà incontrate per conseguire le ratifiche di Danimarca ed Irlanda, dovute al fatto che il diritto costituzionale dei due Stati richiede rispettivamente una maggioranza parlamentare dei cinque sestî e un referendum per poter approvare le limitazioni di sovranità implicate dalla Convenzione. Il referendum effettuato in Irlanda per l'approvazione della ratifica del Trattato di Maastricht sull'Unione europea ha poi aperto la strada anche alla ratifica della Convenzione sul brevetto comunitario. Per evitare il verificarsi di tali ritardi, quando la Spagna ed il Portogallo fecero domanda per l'ammissione alla Comunità economica europea, una delle condizioni che furono loro imposte consisteva nell'impegno a ratificare entro termini prestabiliti le Convenzioni di Monaco e Lussemburgo (si veda, in proposito, GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *op. cit.*, p. 36).

<sup>10</sup> Gli artt. 75 e 76 della Convenzione dispongono rispettivamente il divieto di godere contemporaneamente del brevetto nazionale e di quello comunitario (il brevetto nazionale diviene inefficace non appena diviene operativo quello comunitario) e l'impossibilità di utilizzare il brevetto nazionale in altri Stati membri per impedire l'importazione di beni immessi inizialmente sul mercato in uno Stato membro con il consenso del titolare del brevetto. Per quanto riguarda il contenuto del diritto, sono gli artt. da 25 a 27 a definire quali atti costituiscono una infrazione dei diritti del titolare del brevetto. La Convenzione di Monaco dispone soltanto, all'art. 67, che tale tutela preveda quantomeno il diritto di pretendere un ragionevole compenso in caso di violazione.

Una vera e propria misura di armonizzazione adottata secondo le regole del diritto comunitario in materia di brevetto, a differenza delle soluzioni finora ricordate, è costituita dal regolamento sul certificato di protezione supplementare per i prodotti farmaceutici, del 1992<sup>11</sup>. Tale atto è inteso a risolvere le difficoltà causate dal notevole intervallo di tempo che generalmente trascorre tra la presentazione della domanda di brevetto per tale tipo di prodotti ed il rilascio dell'autorizzazione ad immetterli sul mercato, intervallo che può giungere anche ai dodici anni, residuando, quindi, un periodo di protezione di soli otto anni, insufficiente a coprire gli investimenti affrontati per la ricerca. A riprova della difficile affermazione di una competenza comunitaria su queste materie, è stata intentata, di fronte alla Corte di giustizia, una causa per l'annullamento del regolamento in questione, sulla base, appunto, della incompetenza comunitaria ad agire nel settore del diritto dei brevetti<sup>12</sup>.

Sulla base giuridica dell'articolo 100A del Trattato, lo stesso su cui si fonda il contestato regolamento relativo ai brevetti sui medicinali, appena ricordato, è stata adottata, nel 1988, una direttiva rivolta ad armonizzare alcuni aspetti delle normative interne sui marchi<sup>13</sup>. Essa

<sup>11</sup> Regolamento (CEE) 1768/92, del 18 giugno 1992, *GUCE* L 182, del 2.7.1992.

<sup>12</sup> Il Regno di Spagna sosteneva, in primo luogo, che nella ripartizione di competenze tra la Comunità e gli Stati membri questi ultimi non avessero ceduto la loro sovranità in materia di proprietà industriali, e ciò sarebbe derivato dal combinato disposto degli artt. 222 e 36 del Trattato; in subordine si contestava la base giuridica dell'atto, che si riteneva dovesse fondarsi sull'art. 100 o 235, e non sull'art. 100A. La Corte ha respinto il ricorso sostenendo che, come si è già visto, né l'art. 222, né l'art. 36 hanno lo scopo di riservare competenze al legislatore nazionale e che l'art. 100A è la base giuridica adeguata, non trattandosi dell'istituzione di un nuovo titolo di proprietà industriale (cfr. sentenza 13 luglio 1995 *Spagna c. Consiglio*, C-350/92, *Raccolta* 1995-I, p. 1985, sulla quale si veda anche *infra*, Cap. IV, nota 37). Va rilevato, a questo riguardo, che il diritto comunitario già aveva disposto delle misure dirette a risolvere quella che, tenendo conto dei lunghi tempi necessari ad ottenere il brevetto, risultava essere una grave penalizzazione della ricerca farmaceutica, discriminata rispetto alla ricerca negli altri settori tecnologici. La direttiva 87/21, del 22 dicembre 1986 (*GUCE* L 15 del 17.1.1987, p. 36), impedisce, infatti, alle autorità sanitarie di garantire una seconda autorizzazione a meno che non si presentino, anche nel secondo caso, gli stessi risultati sperimentali del primo caso, e ciò per un periodo minimo di sei anni, che molti Stati membri hanno elevato a dieci (cfr. GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *op. cit.*, p. 44). Ciò integra, in pratica, un periodo di esclusiva per le nuove medicine, al di fuori della tutela brevettuale.

<sup>13</sup> Direttiva CEE 89/104, del 21 dicembre 1988, *GUCE* L 40, dell'11.2.1989. Nota GOVAERE (*op. cit.*, p. 54) che la direttiva si occupa del ravvicinamento di un numero limitato di disposizioni nazionali.

si applica ai marchi di beni e servizi per i quali è richiesta la registrazione, e non a quelli acquisiti esclusivamente mediante l'utilizzo, sebbene riconosca la possibilità dell'acquisto del carattere distintivo anche soltanto attraverso l'utilizzo. Il marchio è definito come un qualsiasi segno che possa essere rappresentato graficamente, ed in particolare consistente in parole, compresi i nomi di persona, disegni, lettere, numeri e nella forma dei beni o nel loro involucro, purché sia in grado di distinguere i beni o servizi di una ditta da quelli delle altre ditte, e si dispone che possa essere registrato come individuale, collettivo, di garanzia o di certificazione.

I motivi in base ai quali può essere rifiutata la registrazione di un marchio, o, se registrato, lo stesso può essere dichiarato invalido, possono riguardare aspetti del marchio, autonomamente considerato, che ne evidenziano l'inadeguatezza perché essenzialmente inadatto a svolgere la propria funzione o per motivi di ordine o moralità pubblica, oppure possono risultare dal raffronto con marchi già esistenti, ed in questo caso l'impedimento può essere superato dal consenso del possessore del marchio precedente<sup>14</sup>. Il contenuto del diritto, nel caso di marchi famosi, si può estendere fino a ricomprendere la possibilità di proibire l'utilizzo, da parte di terzi non autorizzati, di marchi identici o simili per categorie di merci e servizi anche diverse da quelle cui inerisce il marchio stesso.

La direttiva faceva parte di un progetto comunitario nell'ambito del quale, accanto alla armonizzazione dei marchi nazionali, si intendeva istituire un sistema unificato per la registrazione degli stessi. Come nel caso del brevetto, dunque, si intendeva creare un doppio binario, che si è realizzato soltanto nel 1994<sup>15</sup>. Nel motivare la scelta di tale soluzione, la Commissione si è riferita, tra l'altro, all'esigenza di eliminare gli ostacoli creati al commercio intracomunitario dalla caratteristica di territorialità dei diritti di proprietà intellettuale, ma, a causa del fatto che il Trattato non conferisce esplicitamente alla Comunità la competenza necessaria a realizzare un sistema centralizzato, il regolamento che istituisce il marchio comunitario è stato adottato dal Consiglio sulla base giuridica dell'articolo 235, e quindi

<sup>14</sup> Tale scelta è lasciata agli Stati membri dalla direttiva.

<sup>15</sup> Il regolamento 40/94/CE del Consiglio, adottato il 20 dicembre 1993 (*GUCE* L 11, del 14.1.1994, p. 1), è entrato in vigore nel marzo 1994 ed è integrato dal regolamento 2868/95, adottato dalla Commissione il 13 dicembre 1995 (*GUCE* L 303, del 15.12.1995).

necessariamente all'unanimità. Ciò spiega in parte il grande ritardo con cui si è giunti all'approvazione del regolamento, la cui proposta, insieme a quella della direttiva, risale al 1980<sup>16</sup>.

## 2. Convenzioni internazionali sul diritto d'autore e diritto comunitario

A differenza dei diritti di proprietà industriale, l'unificazione, nell'ambito del mercato interno, di alcune garanzie di tutela della proprietà letteraria ed artistica non comporta l'istituzione di alcuna struttura centralizzata. Anzi, come si è già avuto modo di ricordare, la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche esclude che il godimento e l'esercizio dei diritti d'autore possa essere subordinato ad alcuna formalità<sup>17</sup>. Vi è, infatti, chi rileva l'esistenza di tre importanti differenze tra le due discipline, la prima attinente al ruolo del diritto morale, estremamente ridotto nel diritto dei brevetti ed invece estremamente importante in diritto d'autore, la seconda relativa al requisito di novità nel caso delle invenzioni e di originalità nel caso delle opere, la terza riguardante il fatto che, appunto, mentre è necessario richiedere il brevetto perché l'invenzione sia protetta, l'opera, al contrario, è monopolio del titolare del diritto su di essa sin dalla sua creazione e senza formalità<sup>18</sup>.

Ciò, se conferisce all'operazione di armonizzazione normativa in materia di proprietà artistica e letteraria un'importanza ancora più spiccata dal momento che non è praticabile la strada del "doppio binario", può, d'altra parte, contribuire a spiegare i motivi del ritardo con cui la Comunità è giunta ad affrontare tali problematiche. In

<sup>16</sup> In riferimento alla creazione del doppio binario in quanto compito della Comunità, sembra interessante ricordare due dei *consideranda* del regolamento: "considerando che il ravvicinamento delle legislazioni nazionali non è in grado di rimuovere l'ostacolo della territorialità dei diritti che le legislazioni degli Stati membri conferiscono ai titolari dei marchi; che, per permettere alle imprese di esercitare senza ostacoli un'attività economica in tutto il mercato comune, è necessaria l'instaurazione di marchi disciplinati da un diritto comunitario unico, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri;" (...) "considerando che il diritto comunitario in materia di marchi non si sostituisce tuttavia al diritto in materia di marchi dei singoli Stati membri; che in effetti non sembra giustificato obbligare le imprese a registrare i rispettivi marchi come marchi comunitari in quanto i marchi nazionali restano necessari alle imprese che non desiderano una tutela dei loro marchi a livello comunitario".

<sup>17</sup> Cfr. art. 5.2 della Convenzione.

<sup>18</sup> Si veda, a questo proposito, FRANÇON, *op. cit.*, p. 61.



questo caso, infatti, manca uno stimolo corrispondente a quello che, in materia di marchi o brevetti, è costituito dall'interesse pratico, dell'inventore o di chi utilizza il marchio, ad essere tutelato in più Stati comunitari senza dover presentare tante domande diverse, ma espletando un'unica formalità. Ecco, quindi, che l'armonizzazione normativa è stata affrontata soltanto quando gli sviluppi recenti in ordine alla natura delle opere ed alle loro modalità di diffusione hanno evidenziato l'urgenza dell'impresa.

Prima di analizzare gli sviluppi di tale opera di armonizzazione comunitaria in materia di diritto d'autore, è necessario chiarire in quale contesto normativo di carattere internazionale allargato debba inserirsi il diritto derivato comunitario; la sua elaborazione ed interpretazione è, infatti, in qualche modo condizionata dai risultati di armonizzazione normativa raggiunti in altri fori. A questo proposito, sembra dunque opportuno introdurre brevemente le principali convenzioni multilaterali in materia di diritto d'autore e diritti connessi, per poi studiarne le relazioni con il sistema comunitario.

È stato notato che nessuna materia, se non il diritto marittimo, ha conosciuto uno sviluppo di convenzioni internazionali comparabile a quello avutosi nel campo dei diritti sui beni immateriali in generale<sup>19</sup>. Per quanto riguarda il diritto d'autore in particolare, è ben comprensibile che esso sia per vocazione indotto ad estendersi oltre i confini nazionali, abbracciando un ambito il più vasto possibile, dal momento che l'autore ha interesse a che la sua opera sia ampiamente diffusa sotto la tutela di una soddisfacente protezione giuridica, e l'interesse pubblico, d'altra parte, è anch'esso per la promozione e diffusione della cultura e della informazione in genere<sup>20</sup>. Accanto a queste motivazioni

<sup>19</sup> Cfr. Henri BATTIFOL e Paul LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, 1983, p.199, richiamato da MASTROIANNI, *op. cit.*

<sup>20</sup> Sulla "vocazione internazionale" del diritto d'autore e dei diritti connessi si veda MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 2ss. L'Autore ricorda che i diritti sulle opere dell'ingegno sono oggetto di un'attenzione particolare nelle relazioni internazionali sin dalla prima metà del diciannovesimo secolo, come testimoniato da una serie di accordi dapprima bilaterali, cominciando con gli accordi conclusi tra la Prussia e gli altri Stati della Germania tra il 1827 ed il 1829, e poi multilaterali, a partire dall'accordo del 22 maggio 1840 che, sebbene originariamente concluso solamente tra Austria e Sardegna, permetteva la successiva adesione di altri Stati italiani e del Canton Ticino. La prima convenzione internazionale aperta a tutti gli Stati fu la Convenzione di Berna del 9 settembre 1886. Esistono anche convenzioni internazionali, ad essa successive, aperte solamente ai paesi americani (Convenzione del Messico del 1902, Convenzione di

“in positivo”, vi sono altri ordini di considerazioni che, “in negativo”, sottolineano la vocazione internazionale del diritto d'autore, evidenziando come il suo valore sia inevitabilmente molto ridotto, o addirittura inesistente, se esso non può godere di garanzie di tutela a livello internazionale. In tale situazione, infatti, l'autore non riceverebbe diritti per l'utilizzo della sua opera avvenuto in Paesi stranieri, e potrebbe anche giungere a non ricevere nulla se la sua opera fosse sfruttata commercialmente soprattutto in Stati dove non è dovuto alcun diritto, per poi essere importata a minor prezzo nello Stato di nazionalità dell'autore<sup>21</sup>.

Trovandosi a dover affrontare le problematiche relative al trattamento degli autori stranieri, le legislazioni interne degli Stati hanno, in genere, condizionato l'estensione della tutela disposta per gli autori nazionali all'esistenza di specifici elementi di collegamento con il territorio, quali il luogo di domicilio dell'autore o di pubblicazione dell'opera, oppure alla previsione di un pari trattamento reciproco da parte dello Stato interessato. Nelle convenzioni internazionali multilaterali che via via hanno sostituito la rete di accordi bilaterali in materia di diritto d'autore rimane, in principio, la condizione di reciprocità, ma gli Stati si preoccupano anche di stabilire uno standard minimo di trattamento, accanto all'obbligo dell'assimilazione al trattamento nazionale per gli autori degli Stati contraenti. Il “minimo convenzionale” si risolve, in effetti, in una armonizzazione delle normative interne degli Stati interessati, che ha lo scopo di evitare discriminazioni nel trattamento di cui gli autori giungono effettivamente a godere<sup>22</sup>.

È, dunque, principalmente per assicurare una incondizionata protezione minima agli autori “stranieri” che furono concluse le due principali convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore, la Convenzione di Unione di Berna per la protezione delle opere

Buenos Aires del 1910 e Convenzione di Washington del 1946), che però non hanno avuto molto successo (si veda FRANÇON, *op. cit.*)

<sup>21</sup> Così STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, London, 1989, p. 98.

<sup>22</sup> Per riferimenti più completi ed analitici sulle evoluzioni del diritto internazionale in materia di diritto d'autore, si veda MASTROIANNI, *op. cit.* Per quanto riguarda la condizione di reciprocità, si è già avuto modo di vedere come nella Convenzione di Berna l'assimilazione al trattamento nazionale soltanto in alcuni casi sia condizionata al regime in vigore nello Stato di origine dell'autore (cfr. *supra*, nota 89).

letterarie ed artistiche, del 1886, e la Convenzione universale sul diritto d'autore, del 1952, che sanciscono in generale il principio del trattamento nazionale per gli autori degli Stati contraenti<sup>23</sup>. La Convenzione universale, pur presentando la stessa struttura generale della Convenzione di Berna, si attesta su posizioni meno avanzate rispetto ad essa, ed è stata conclusa soprattutto per fornire una alternativa di cooperazione internazionale a quegli Stati che non ritenevano di poter accettare i risultati della Convenzione di Berna, tant'è vero che non può essere applicata tra Stati che fanno parte dell'Unione di Berna riguardo alla protezione di opere che hanno origine in uno di essi. Fortemente voluta dagli Stati Uniti d'America, essa ha visto senz'altro diminuita la sua importanza da quando la Convenzione di Berna è entrata in vigore anche per gli Stati Uniti, nel 1989<sup>24</sup>.

Se l'adesione alla Convenzione di Berna da parte degli Stati Uniti, nonché il riconoscimento, in qualche misura, del diritto morale d'autore nel Regno Unito, nel 1988, possono essere letti come indici di una convergenza tra i diversi sistemi nazionali di tutela nella direzione del diritto d'autore, si può, d'altra parte, vedere, nell'emergere della tutela dei diritti connessi al diritto d'autore, una importante traccia della influenza esercitata dai Paesi di *copyright*. Si

<sup>23</sup> La prima conclusa a Berna il 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, modificata a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 24 marzo 1914 e modificata a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971 (828 *United Nations Treaty Series* 221, una traduzione italiana è pubblicata in Laura CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore: direttive comunitarie e normativa interna*, Milano, 1997; la seconda conclusa a Ginevra il 6 settembre 1952 su iniziativa dell'UNESCO ed anch'essa modificata a Parigi il 24 luglio 1971 (216 *United Nations Treaty Series* 134). Per un'analisi approfondita delle Convenzioni in parola si vedano, tra gli altri, FRANÇON e MASTROIANNI, *opp. cit.*

<sup>24</sup> Si veda il *Berne Convention Implementation Act* statunitense, del 31 ottobre 1988, entrato in vigore l'1 marzo 1989. Ricorda STROWEL (*op. cit.*, p. 47) che scopo della Convenzione universale era di colmare il divario tra le due filosofie di diritto d'autore che hanno origine rispettivamente una nella Rivoluzione francese e nel concetto del diritto d'autore e l'altra nel concetto di *copyright* del *common law*, nato dalla legge della Regina Anna del 1709 e dalla Costituzione americana del 1787. Per questo motivo il testo della Convenzione universale è il risultato di un compromesso tra gli Stati già membri della Convenzione di Berna e gli altri, che non intendevano modificare il proprio sistema interno, e non ha giocato un ruolo attivo nel processo di armonizzazione internazionale del diritto d'autore, dal momento che riflette le posizioni che potremmo dire di minimo comune denominatore tra gli Stati contraenti.

occupano di tali diritti, che riguardano la tutela di soggetti che effettuano diverse prestazioni collegate all'opera ma non ne sono autori, la Convenzione di Roma sulla tutela degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, conclusa il 26 ottobre 1961, e la Convenzione di Ginevra sulla protezione dei produttori di fonogrammi, conclusa il 29 ottobre 1971<sup>25</sup>.

Questo brevissimo *excursus* sulle principali convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore non può che concludersi con la menzione di alcuni importanti strumenti adottati negli ultimi anni. Si tratta dell'Accordo relativo agli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, compreso il commercio di prodotti contraffatti (TRIPs), concluso a Marrakech nel 1994, e dei trattati adottati dalla Conferenza diplomatica su alcune questioni in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, riunitasi a Ginevra dal 2 al 20 dicembre 1996<sup>26</sup>. Mentre l'Accordo TRIPs, pur collegandosi in parte alla

<sup>25</sup> Nota STROWEL (*op. cit.*, p. 25) che il termine *copyright* ha, nel diritto inglese, una portata più ampia di quella del diritto d'autore, perché contempla anche quelle realtà che sul continente sono chiamate "diritti connessi" al diritto d'autore. Ma aggiunge che l'apparizione dei diritti connessi non porta necessariamente il segno del *copyright*, perché se il legislatore è attento ad elaborare, marginalmente alla proprietà letteraria ed artistica, delle regole che organizzano un regime specifico e coerente, i principi del diritto d'autore non dovrebbero esserne intaccati; d'altra parte, l'inclusione sotto la rubrica delle opere dell'ingegno di diverse prestazioni (fabbricazione di fonogrammi, radiodiffusione, edizione di libri etc.) potrebbe comportare, infine, l'assimilazione del diritto d'autore al diritto della proprietà industriale.

<sup>26</sup> L'Accordo TRIPs, che si è già avuto modo di richiamare con riferimento al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità tra gli Stati comunitari e ai diritti di proprietà industriale (cfr. *supra*, Cap. I, par. 3.4 e par. 1 di questo stesso Capitolo), è allegato all'Accordo sulla Organizzazione mondiale del commercio, di cui è parte integrante. La Conferenza diplomatica su alcune questioni in materia di diritto d'autore e di diritti connessi si è svolta in conclusione di una serie di incontri di un Comitato di esperti, cominciati nel 1991, che all'inizio prevedevano la conclusione di un unico trattato, al quale ci si riferiva provvisoriamente come ad un protocollo alla Convenzione di Berna. Tale accordo avrebbe dovuto trattare, però, anche della tutela delle registrazioni sonore, e ciò non era accettabile per quegli Stati che ritenevano di dover mantenere separati il trattamento del diritto d'autore e quello dei diritti ad esso connessi, così nacque un nuovo progetto cui ci si riferiva come al "nuovo strumento", dedicato agli artisti interpreti ed esecutori e ai produttori di fonogrammi, ma non alle organizzazioni di radiodiffusione. (In merito all'Accordo TRIPs si vedano, tra gli altri, LUPONE, *op. cit.*, Hannu WAGER, *WTO and the Information Society*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, Firenze, June 2-3-4, cit. e Stefania ERCOLANI, *La tutela dei diritti d'autore in Italia e l'accordo TRIPs, Il diritto d'autore*,

Convenzione di Berna, affronta le problematiche di diritto d'autore dal punto di vista del diritto del commercio internazionale, mancando, quindi, della "dimensione umana" che caratterizza quest'ultima<sup>27</sup>, i trattati di Ginevra del 1996 intendono ritoccare le normative convenzionali concluse nell'ambito dell'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale al fine di completarle ed aggiornarle alle problematiche contemporanee connesse alla realtà del mondo digitale<sup>28</sup>.

Posto che esiste, quindi, un complesso quadro di convenzioni multilaterali, va indagato secondo quali criteri la Comunità debba tenere conto di tali obblighi internazionali. La prima fondamentale distinzione va fatta, naturalmente, tra obblighi derivanti da convenzioni contratte dagli Stati membri e obblighi derivanti da convenzioni di cui anche la Comunità stessa è parte contraente, come è il caso dell'Accordo TRIPs e sarà probabilmente il caso dei trattati di Ginevra del 1996<sup>29</sup>.

1996, p. 50. Per quanto riguarda i recenti trattati aperti alla firma in seguito alla conclusione della Conferenza diplomatica su alcune questioni in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, nonché i lavori che li hanno preceduti, si vedano Mihály FICSOR, *International Harmonization of Copyright in Preparation for the Digital Age*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, cit.; Allen N. DIXON e Martin F. HANSEN, *The Berne Convention Enters the Digital Age*, *European Intellectual Property Review*, 1996, p. 604 e Thomas C. VINJE, *The New Wipo Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva*, *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 230.)

<sup>27</sup> Cfr. LUPONE, *op. cit.*, p. 646.

<sup>28</sup> Furono, infine, adottati dalla Conferenza due trattati, rispettivamente sul diritto d'autore e sui diritti di artisti interpreti ed esecutori e produttori di fonogrammi (documenti WIPO CRNR/DC/94 e /95, del 23 dicembre 1996, diffusi anche in Internet (<http://www.wipo.org.int/eng/diplconf/distrib/94dc.htm> e [/95dc.htm](http://www.wipo.org.int/eng/diplconf/distrib/95dc.htm)), nonché pubblicati in *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 176, in Appendice a VON LEWINSKI *et al.*) ed una Raccomandazione relativa alle banche-dati. Il Comitato di esperti prima, e la Conferenza poi, sono stati convocati nell'ambito della Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale, agenzia specializzata delle Nazioni Unite istituita nel 1967 con sede a Ginevra, che amministra, tra l'altro, le Convenzioni di Berna e di Parigi.

<sup>29</sup> Come fa notare MASTROIANNI (*op. cit.*, p. 177), il testo di Parigi della Convenzione di Berna, così come quelli precedenti, non sembra consentire l'adesione da parte di organizzazioni internazionali, ed in questo senso si esprime anche la Commissione delle Comunità europee nella *Proposta di decisione del Consiglio relativa all'adesione degli Stati membri alla Convenzione di Berna* (GUCE C 24 del 31.1.1991, p. 5); ma i due trattati di Ginevra del 1996 prevedono espressamente la possibilità che la Comunità li ratifichi (cfr. art. 17, par. 3 del *WIPO Copyright Treaty* e art. 26, par. 3 del *WIPO Performances and Phonograms Treaty*). Nella *Proposta di decisione del Consiglio che autorizza la firma, a nome della Comunità europea, del Trattato OMPI*

Perché la Comunità possa concludere accordi internazionali in una data materia, è innanzitutto necessario che gliene sia stata attribuita la competenza<sup>30</sup>. In occasione della firma dell'Atto finale e dell'Accordo sull'Organizzazione mondiale del commercio, nonché degli accordi ad esso allegati, si sono palesate due opposte prese di posizione a questo proposito. Da un lato, la Commissione delle Comunità europee riteneva che l'Atto finale, nonché gli accordi ad esso allegati, rientrassero nell'esclusiva competenza della Comunità europea, d'altro lato i rappresentanti dei governi degli Stati membri hanno stabilito di procedere anche separatamente alla firma di tali atti, rilevando che essi vertevano anche su questioni di competenza nazionale. La questione è infine stata portata di fronte alla Corte comunitaria dalla Commissione, che ne ha richiesto un parere, ai sensi dell'articolo 228 numero 6 del Trattato<sup>31</sup>.

La Corte, chiamata ad esprimersi essenzialmente sulla esclusività o meno della competenza comunitaria a stipulare tali accordi

*sul diritto d'autore e del Trattato OMPI sulle interpretazioni, esecuzioni e fonogrammi* (COM(97) 193 def. del 6.5.1997), viene affermato che la ratifica, da parte del Consiglio, di questi due strumenti verrebbe a confermare l'importanza del diritto d'autore per la Comunità europea.

<sup>30</sup> È qui appena il caso di ricordare che, sebbene il Trattato attribuisca esplicitamente alla Comunità solamente il potere di stipulare accordi tariffari e commerciali nel contesto delle competenze in materia di politica commerciale comune e accordi di associazione con uno o più Stati terzi, o con organizzazioni internazionali (cfr. artt. 113 e 238), la prassi e la giurisprudenza comunitarie hanno adottato una prospettiva ben più ampia, affermando il cosiddetto "parallelismo" tra competenze interne e competenza esterna. L'ampiezza della competenza esterna va, quindi, riferita al Trattato nel suo complesso, e la capacità a stipulare della Comunità comprende tutti gli accordi finalizzati al perseguimento di uno scopo del Trattato, senza che debba essere esplicitamente attribuita per ogni caso specifico, e una volta che siano state adottate norme comuni sul piano interno, si accentra nella Comunità il potere di contrarre, negli stessi settori, obbligazioni con Stati terzi (cfr. sentenza 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, 22/70, *Raccolta* 1971, p. 263, par. 16-19). Il parallelismo opera anche nei confronti di competenze interne ancora non esercitate, dovendosi in tal caso ammettere una competenza solo transitoria degli Stati membri, che va esercitata in funzione degli obiettivi della Comunità (cfr. sentenza 14 luglio 1976, *Kramer*, 3-4 e 6/76, *Raccolta* 1976, p. 1279 e parere 1/76, del 26 aprile 1977. Si veda, su tali argomenti, per tutti, Giuseppe TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995.)

<sup>31</sup> Parere 1/94 sull'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, richiesto dalla Commissione il 6 aprile 1994 e reso il 15.11.1994. La Commissione aveva agito, durante i lavori dell'Uruguay Round, come negoziatore unico della Comunità e degli Stati membri, ma senza che ciò pregiudicasse la questione della competenza della Comunità e degli Stati membri su punti particolari.

multilaterali, per quanto riguarda in particolare l'Accordo TRIPs ha riconosciuto che esiste una competenza congiunta della Comunità e degli Stati membri a concludere. Sugli articoli 100 e 235 del Trattato non è possibile, infatti, fondare una competenza esclusiva della Comunità, né d'altra parte l'unificazione o l'armonizzazione della proprietà intellettuale nell'ambito comunitario deve necessariamente essere accompagnata da accordi con Stati terzi, per avere un effetto utile. Dal momento, poi, che l'armonizzazione realizzata in alcuni settori rientranti nell'ambito di applicazione del TRIPs era comunque solo parziale e che in altri settori non era stata prevista alcuna armonizzazione, non si è ritenuto che la conclusione "mista" di tale accordo andasse necessariamente ad incidere sugli atti di diritto derivato adottati nell'ambito comunitario<sup>32</sup>.

Entro quali limiti, quindi, la Comunità è condizionata dalla conclusione dell'Accordo TRIPs? Innanzitutto, trattandosi di un accordo concluso in forma "mista" poiché su materia non di esclusiva competenza comunitaria, essa è condizionata nei limiti della propria competenza, mentre la responsabilità dell'inadempimento investirà gli Stati membri, se riguardante questioni rimaste alla loro competenza<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> È anche vero, però, che l'adozione di atti di diritto derivato è continuata anche dopo il 1994, specificando ulteriormente la sfera di competenza comunitaria. A questo proposito, non esprimendosi sul punto né il parere 1/94 della Corte, né la decisione del Consiglio 94/800/CE, del 22.12.1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (GUCE L 336, del 23.12.1994), sembra corretto ritenere che la ripartizione degli obblighi tra la Comunità e gli Stati membri con riferimento alle norme dell'Accordo TRIPs abbia carattere dinamico, adeguandosi, di volta in volta, agli eventuali interventi normativi successivi delle istituzioni comunitarie. Si veda, in proposito, MASTROIANNI (*op. cit.*, p. 176), il quale ricorda che "... se è vero che l'esercizio di competenze esterne attraverso la conclusione di accordi misti non è di per sé capace di modificare l'assetto della ripartizione di competenze tra Stati membri e Comunità quale risulta dalle pertinenti norme del Trattato CE,... è certo anche che, come affermato dalla stessa Corte di giustizia [nella *Deliberazione emessa ai sensi dell'art. 103, 3° comma, del Trattato CEEA* (Deliberazione 1/78, del 14 novembre 1978, *Raccolta* 1978, p. 2151 ss.), la ripartizione degli obblighi tra gli Stati membri e la Comunità rispetto ad un accordo internazionale "può subire modifiche con il passare del tempo", con la conseguenza che le norme per le quali non era individuabile una competenza comunitaria al momento della conclusione dell'accordo possono essere successivamente attratte grazie all'emanazione di norme secondarie in quella stessa materia."

<sup>33</sup> Viene, tuttavia, da chiedersi quale spazio, progredendo l'armonizzazione a livello comunitario, continuerà a residuare alle competenze interne degli Stati, considerato che il parere 1/94, cit., se da un lato ha escluso che fosse individuabile una competenza

In realtà, tale precisazione è davvero superflua se ciò che si sta particolarmente indagando è la natura dei limiti che la Comunità incontra nell'adozione di strumenti di diritto derivato a causa dell'esistenza di convenzioni internazionali in materia, poiché in tal caso la questione della competenza comunitaria viene principalmente affrontata e risolta con riferimento alla base giuridica su cui si fonda la legalità dell'atto in questione<sup>34</sup>. Sembra, invece, importante sottolineare che gli accordi conclusi, ex articolo 228 del Trattato, tra la Comunità e uno o più Stati ovvero un'organizzazione internazionale, compresi quelli di natura "mista", sono effettivamente atti della Comunità ai sensi dell'articolo 177 e formano, dal momento della loro entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento comunitario, nel quale si situano ad un livello normativo superiore rispetto a quello degli atti derivati, divenendo un parametro della loro legittimità<sup>35</sup>.

Tale condizionamento, potenzialmente tanto incisivo, della libertà di azione comunitaria a causa della conclusione dell'Accordo TRIPs appare, in realtà, notevolmente ridimensionato se si prende in considerazione l'influenza esercitata da due fattori in particolare. Si tratta dell'incertezza in ordine al riconoscimento degli effetti che le norme dell'Accordo sono in grado di avere nell'ordinamento comunitario, e della, già ricordata, limitata portata degli obblighi derivanti dall'Accordo TRIPs, che, pur rinviando alle disposizioni sostanziali della Convenzione di Berna, esclude quanto attiene al riconoscimento del diritto morale d'autore<sup>36</sup>. Entrambi questi limiti sarebbero superati

esclusiva della Comunità, d'altra parte, affermando ciò, non ha affatto riconosciuto l'esistenza di uno spazio riservato alla competenza degli Stati membri, escludendo, anzi, esplicitamente che gli aspetti procedurali atti a garantire una tutela efficace dei diritti di proprietà intellettuale fossero di tale natura.

<sup>34</sup> Presupponendo, in tal caso, il carattere "dinamico" della ripartizione degli obblighi tra la Comunità e gli Stati membri con riferimento alle norme di un accordo concluso in forma mista (si veda *supra*, nota 32).

<sup>35</sup> Si veda, in tal senso, Luigi FERRARI BRAVO, *Commento all'art. 177*, in *Commentario CEE*, Milano, 1965, III, p. 1316, nonché MASTROIANNI, *op. cit.* Si vedano inoltre, in riferimento al valore degli accordi conclusi dalla Comunità, le sentenze della Corte 30 aprile 1974, *Haegeman c. Stato belga*, 181/73, *Raccolta* 1974, p. 451ss e 26 ottobre 1982, *Kupferberg*, 104/81, *Raccolta* 1982, p. 3641, nonché GOVAERE, *op. cit.*, p. 39.

<sup>36</sup> Cfr. art. 9 dell'Accordo TRIPs, che rinvia agli artt. da 1 a 21 della Convenzione di Berna, precisando, però, che i membri non sono obbligati in relazione ai diritti conferiti dall'art. 6bis della medesima Convenzione. Per quanto riguarda le difficoltà in ordine al riconoscimento di effetti diretti alle norme dell'Accordo TRIPs nel-



dalla ratifica comunitaria del trattato sul diritto d'autore concluso a Ginevra nel 1996<sup>37</sup>.

Nel frattempo, rimane però da chiedersi se gli obblighi della Convenzione di Berna non condizionino l'azione comunitaria in genere, ed in particolare l'adozione di atti di diritto derivato, a causa di motivi diversi dalla sottoscrizione del loro contenuto direttamente da parte della Comunità stessa. È il caso dei diritti e degli obblighi nei confronti di Stati terzi derivanti da convenzioni internazionali contratte dagli Stati membri prima dell'entrata in vigore, per essi, del Trattato comunitario. L'articolo 234 del Trattato dispone che tali diritti ed obblighi non siano pregiudicati. Su tali basi, sembrerebbe possibile riconoscere forti condizionamenti alle scelte comunitarie, tanto più che in tal caso le convenzioni internazionali andrebbero considerate in quanto concluse dagli Stati membri, e quindi oltre i limiti della sola competenza comunitaria.

L'articolo 234 precisa, conformemente al diritto internazionale, che l'applicazione del Trattato non pregiudica l'impegno dello Stato membro interessato di rispettare i diritti degli Stati terzi derivanti da una convenzione anteriore e di osservare i propri obblighi in pro-

l'ordinamento comunitario, esse discendono dal fatto che la giurisprudenza della Corte è costante nel negare tali effetti all'Accordo GATT, giungendo anche a negare, nella sentenza 5 ottobre 1994, *Germania c. Consiglio*, C-280/93 (Raccolta 1994-I, p. 4973 ss.), che l'Accordo generale possa costituire un parametro alla luce del quale valutare la legittimità di un regolamento nell'ambito di un ricorso proposto da uno Stato membro ai sensi dell'art. 173 1° comma del Trattato, a meno che l'atto in questione non abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito del GATT oppure rinvii espressamente a precise disposizioni dell'Accordo generale. È anche vero, d'altra parte, che la giurisprudenza in materia di effetti degli accordi internazionali nell'ordinamento comunitario presenta profili contraddittori e che le differenze che è dato riscontrare tra il sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio e del GATT potrebbero determinare un cambiamento di atteggiamento nei confronti dell'Accordo TRIPs (per approfondimenti si rinvia a MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 179 ss.).

<sup>37</sup> Gli obblighi che nascono in forza di tale trattato, infatti, non presentano le caratteristiche di supposta natura "condizionata" che la Corte ha rilevato nel caso delle norme del GATT. Entrambi i trattati di Ginevra del 1996, inoltre, operano un rinvio al completo disposto sostanziale della Convenzione di Berna, senza eccezioni (si può, a questo proposito, ricordare che, prima della loro definitiva conclusione, si pensava ad essi come ad un protocollo alla stessa Convenzione, affiancato da un "nuovo strumento").

posito<sup>38</sup>. Si tratta, quindi, di impegni che sono, e rimangono, degli Stati membri; non nasce, semplicemente in forza dell'articolo 234, alcun vincolo della Comunità nei confronti dello Stato terzo interessato. Le istituzioni comunitarie hanno, però, l'obbligo, nell'ambito dei rapporti tra la Comunità e gli Stati membri, di non ostacolare questi ultimi nell'adempimento di loro impegni derivanti da stipulazioni internazionali precedenti rispetto al Trattato, che, indipendentemente dal loro oggetto, siano atte ad incidere sulla sua applicazione<sup>39</sup>.

Senz'altro le convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore e diritti connessi rivestono tali caratteristiche ed hanno visto la ratifica della maggior parte degli Stati comunitari, ma prima di concludere a favore dell'esistenza di un notevole condizionamento degli orientamenti comunitari in merito a tali settori, è necessario riconoscere che l'influenza esercitata, per tal verso, dalle discipline convenzionali è tutt'altro che coerente e sistematica. Dal punto di vista oggettivo, infatti, è richiesto che si tratti di convenzioni concluse prima dell'entrata in vigore del Trattato, e ciò comporta discriminazioni tra le posizioni degli Stati membri in relazione alla stessa convenzione, tanto più che non vi è certezza in merito al modo corretto di considerare i testi convenzionali sottoposti a successive modifiche o revisioni, come è il caso delle Convenzioni di Berna e di Roma<sup>40</sup>. Dal punto di vista soggettivo, poi, l'articolo 234 si riferisce a diritti ed obblighi nei confronti di Stati terzi, il che significa che lo stesso obbligo, assunto da uno Stato membro in forza della stessa convenzione multilaterale, va rispettato se riferito, nel caso di specie, a

<sup>38</sup> In tal senso, cfr. sentenza 14 ottobre 1980, *Attorney General c. Burgoa*, 812/79, *Raccolta* 1980, p. 2787 ss., par. 8. Per un'analisi del significato e della portata delle clausole di subordinazione o di compatibilità di cui all'art. 234 del Trattato CE e all'art. 20 della Convenzione di Berna alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, si veda MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 190 ss.

<sup>39</sup> Si veda, in tal senso, la sentenza *Burgoa*, cit.

<sup>40</sup> La questione, non affrontata dalla Corte di giustizia, è stata però ad essa prospettata nel caso *British Telecommunications* (sentenza 20 marzo 1985, 41/83, *Raccolta* 1985, p. 873). In quella occasione la Commissione sostenne che la data di riferimento dovesse essere quella dell'ultima revisione, argomentando, però, in modo poco convincente (si veda in proposito NAPOLETANO, *Diritto comunitario e diritto internazionale nel caso British Telecommunications*, *Rivista di diritto internazionale*, 1987, p. 261 ss.)

rapporti con uno Stato non comunitario, ma non è in grado di imporsi se riferito a rapporti tra due Stati comunitari<sup>41</sup>.

Come è dato desumere da questa sintetica esposizione delle principali questioni sull'argomento dei rapporti tra diritto comunitario e convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore, non sempre le soluzioni raggiunte a livello internazionale allargato hanno il potere di condizionare le scelte comunitarie, anche se può essere contestata l'inapplicabilità alle fattispecie intracomunitarie della disciplina internazionale allargata, ex articolo 234, in caso di convenzioni multilaterali contenenti un regime "obiettivo"<sup>42</sup>. È, inoltre, possibile sostenere l'"entrata" nel sistema comunitario delle norme internazionali sul diritto d'autore come diritto dell'uomo, in qualità di principio generale dell'ordinamento comunitario, tuttavia, la soluzione più consona all'esigenza fondamentale di certezza del diritto rimane senz'altro legata alla ratifica comunitaria dei principali strumenti internazionali in materia, ratifica esplicitamente prevista dai Trattati di Ginevra del 1996. A conferma di ciò, la previsione della possibile partecipazione della Comunità a negoziati e accordi internazionali in materia di proprietà intellettuale è stata esplicitamente inserita nel Trattato, nell'ambito della politica commerciale comune<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Tale è la soluzione adottata dalla Corte anche nella famosa sentenza *Magill*, cit. Nel caso specifico, non si è ritenuto di dover prendere in considerazione la disciplina della Convenzione di Berna sul diritto esclusivo di riproduzione perché la fattispecie riguardava soltanto imprese inglesi ed irlandesi.

<sup>42</sup> Si tratta di stabilire se la convenzione in questione fa nascere esclusivamente obblighi bilaterali tra le parti, oppure crea obblighi multilaterali tra tutte le parti contraenti; in questo secondo caso vi è, nella giurisprudenza della Corte, spazio per fondare l'ipotesi che anche fattispecie intracomunitarie, o addirittura esclusivamente nazionali, acquistino rilievo ai fini dell'art. 234. Si vedano, a questo proposito, le sentenze 14 dicembre 1979, *Henn e Darby*, 34/79, *Raccolta* 1979, p. 3795 e 3 febbraio 1994, *Minne*, C-13/93, *Raccolta* 1994, p. I-371. Per quanto riguarda specificamente le convenzioni multilaterali in materia di diritto d'autore, si può ricordare che il Relatore speciale Waldock alla Commissione di diritto internazionale, impegnata nei lavori preparatori della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ha ritenuto di riferirsi proprio alla Convenzione di Berna come esempio di istituzione di un regime obbligatorio unico per questioni che potrebbero normalmente essere regolate su base di reciprocità (cfr. Rapporto WALDOCK, in *Annuaire de la Commission de Droit international*, 1966, II.)

<sup>43</sup> Cfr. art. 133, par. 5, come risultante dalla rinumerazione di Amsterdam. In proposito si veda anche *infra*, Cap. IV, nota 32. Risulta, estremamente difficile ricostruire il contenuto di un principio generale dell'ordinamento comunitario sulla tutela del diritto d'autore in quanto diritto dell'uomo, sebbene vi sia fondamento per

### 3. Le iniziative sul piano interno: direttive di armonizzazione "verticali" ed "orizzontali"

Nel suo *Seguito da dare al Libro verde, programma di lavoro in materia di diritti d'autore e di diritti connessi*<sup>44</sup>, la Commissione affermava la necessità di costruire uno "zoccolo duro", di garantire una armonizzazione normativa minima in materia di diritto d'autore e diritti connessi comune a tutti gli Stati membri. Tale armonizzazione di base avrebbe potuto essere assicurata grazie alla ratifica, da parte di tutti gli Stati membri, dell'ultima versione della Convenzione di Berna, risultante dall'Atto di Parigi del 1971, e della Convenzione di Roma sui diritti connessi al diritto d'autore, e tale ratifica, infatti, il Libro verde auspicava intervenisse entro il 31 dicembre 1991. Ma la proposta di decisione presentata dalla Commissione al Consiglio a questo scopo non fu mai adottata; il Consiglio adottò invece una semplice risoluzione, che, oltre a non rivestire il carattere obbligatorio della prospettata decisione, rispetto ad essa dilazionava di tre anni il termine per la ratifica<sup>45</sup>.

riconoscerne l'esistenza sia nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sia in trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo cui essi hanno cooperato o aderito. A queste due fonti la Corte di giustizia ha affermato di doversi ispirare per garantire la tutela dei diritti fondamentali, che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto (cfr. sentenza 13 dicembre 1979, *Hauer*, 44/79, *Raccolta* 1979, p. 3727), ma a datare dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht sull'Unione europea, l'art. F del Trattato prevede esplicitamente che i diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri vadano rispettati in quanto principi generali del diritto comunitario. Secondo Giorgio GAJA (*The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty*, in CURTIN, HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 549), ciò significa che non possono più essere giustificate restrizioni alla tutela dei diritti fondamentali in ragione dell'inserimento nel contesto comunitario o di obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, a meno che la restrizione non sia accettabile in considerazione dello standard applicabile al caso in questione.

<sup>44</sup> COM (90) 584 def., cit., del 17.1.1991.

<sup>45</sup> Risoluzione del 14 maggio 1992 (cfr. *supra*, nota 113). La proposta di decisione era stata presentata una prima volta l'11 dicembre 1990 ed una seconda volta il 14 febbraio 1992, leggermente modificata per tenere conto delle osservazioni fatte dal Parlamento europeo e dal Comitato economico e sociale, ma incontrò l'opposizione di alcuni Stati membri, che intendevano evitare che la competenza della Comunità si estendesse a tali convenzioni (si veda, a tale proposito, Frank GOTZEN, *Le devenir de la*

Gli Stati membri, se da un lato avevano impedito l'adozione di una decisione di tale portata, continuavano però ad avvertire l'esigenza di assicurare un certo livello di armonizzazione normativa all'interno della Comunità. La realizzazione progressiva del mercato interno implica, infatti, che la libertà di circolazione di beni e servizi sia assicurata sempre più ampiamente, e l'applicazione delle eccezioni di cui all'articolo 36 del Trattato consente di mantenere ostacoli che l'armonizzazione normativa è in grado di superare. Poiché l'articolo 36 non conferisce una competenza esclusiva agli Stati membri, la Comunità, godendo di una competenza concorrente nei settori cui si riferisce tale disposizione, può farsi carico essa stessa di assicurare la tutela degli interessi in vista dei quali è eccezionalmente concesso di mantenere regimi nazionali che comportano intralcio alle libertà di circolazione<sup>46</sup>. Una volta che la Comunità interviene, disponendo l'armonizzazione delle misure necessarie a garantire la tutela dell'interesse in questione, il ricorso all'articolo 36 non è più giustificato e misure protettive e controlli vanno istituiti nel quadro della normativa di armonizzazione<sup>47</sup>.

L'articolo 100 del Trattato costituisce da sempre una base giuridica di carattere generale perché il Consiglio, deliberando all'unanimità, possa stabilire direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune, limitando così l'operatività delle eccezioni di cui

*propriété intellectuelle en Europe. II. Les droits d'auteur et les droits voisins*, in INSTITUT DE RECHERCHE EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE HENRI-DESBOIS, *L'avenir de la propriété intellectuelle - Colloque organisé par l'Institut*, Paris, 1993, p. 75. L'Autore ricorda che un altro strumento internazionale ha il potere di conferire forza obbligatoria all'impegno di ratifica degli Stati europei; si tratta dell'Accordo firmato con i Paesi dell'EFTA il 2 maggio 1992, a Porto, sullo spazio economico europeo. L'art. 5 del Protocollo 28 sulla proprietà intellettuale obbliga, infatti, gli Stati contraenti a divenire parti delle ultime versioni delle grandi convenzioni internazionali in tale materia.)

<sup>46</sup> In merito alla natura di tali ostacoli, giustificati a causa di esigenze di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, si veda *supra*, Cap. I. La Corte di giustizia ha comunque sempre interpretato ed applicato in modo rigorosamente restrittivo tali eccezioni (cfr. DOWNING e GOVAERE, *opp. cit.*)

<sup>47</sup> La Corte comunitaria ha sostenuto tale posizione in merito ad una fattispecie relativa alla tutela della salute e della vita delle persone e degli animali nella sentenza 8 novembre 1979, *Denkavit Futtermittel*, 251/78, *Raccolta* 1979, p. 3369; cfr. anche sentenza 19 marzo 1998, *MAFF, C-1/96*, *Raccolta* 1998-I, p. 1251, parr. 47 e 63.

all'articolo 36. L'Atto unico europeo introdusse, all'articolo 100A, una nuova procedura per l'adozione di misure di armonizzazione normativa che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, nell'ambito della quale il Consiglio decide, invece, a maggioranza qualificata. L'adozione del voto a maggioranza risponde, naturalmente, alla *ratio* di agevolare l'armonizzazione normativa, necessaria per accelerare il processo di integrazione europea<sup>48</sup>; va ricordato, infatti, che nel 1985 la Commissione aveva trasmesso al Consiglio dei ministri, riunito a Milano, il suo Libro bianco sul completamento del mercato interno, in cui elencava circa trecento misure specifiche ritenute necessarie, la cui adozione andava ultimata entro la famosa scadenza del 31 dicembre 1992. Tra le misure programmate nel Libro bianco figurano anche le direttive sulla tutela giuridica dei programmi da elaboratore e delle topografie di semiconduttori<sup>49</sup>.

L'articolo 100A funge da base giuridica per l'adozione di misure di armonizzazione normativa relative al funzionamento del mercato interno laddove non esistano basi giuridiche specifiche; per quanto riguarda gli atti in materia di diritto d'autore e diritti connessi, l'azione comunitaria si fonda o sul solo articolo 100A, o anche su di esso "a rinforzo" degli articoli 57 (2) e 66, rispettivamente sul diritto di

<sup>48</sup> Va, però, sottolineato che l'Atto unico europeo compensò la perdita del diritto di veto da parte dei singoli Stati membri nel Consiglio attraverso l'introduzione del quarto paragrafo dell'art. 100A, che ammette la possibilità, per gli Stati membri, di continuare ad applicare disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti previste dall'art. 36 o relative alla protezione dell'ambiente di lavoro o dell'ambiente, anche dopo l'intervento della misura comunitaria di armonizzazione. Tali normative nazionali vanno notificate alla Commissione per essere confermate e gli Stati membri e la Commissione possono adire direttamente la Corte di giustizia, in deroga agli artt. 169 e 170, ove ritengano che si sia utilizzata tale facoltà in modo abusivo. Nonostante i timori originariamente causati dall'introduzione dell'art. 100A(4), della facoltà in esso prevista gli Stati si sono serviti di rado (cfr., in tal senso, DOWNING, *op. cit.*, p. 28); ha invece esercitato il suo potere di veto il Parlamento europeo - dopo il TUE la procedura di cooperazione, prevista per l'adozione delle misure basate sull'art. 100A, è stata sostituita dalla procedura di codecisione - , che ha bloccato l'adozione di una direttiva sulla tutela giuridica della invenzioni biotecnologiche, che era stata approvata dal Consiglio (si veda *GUCE* C 44, del 16.2.1993, p. 36 e C 101, del 9.4.1994, p. 65; su questi argomenti cfr. GOVAERE, *op. cit.*, p. 49). Il Trattato di Amsterdam, all'art. 95, mantiene, ed anzi articola maggiormente, la facoltà di cui all'ex art. 100A(4), continuando a prevedere, per l'adozione delle misure di armonizzazione, la procedura di codecisione, che però è stata modificata.

<sup>49</sup> Cfr. COM (85) 310, del 14 giugno 1985.

stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, o sui soli articoli 57 e 66<sup>50</sup>. Mentre l'articolo 57, e quindi anche l'articolo 66, che ad esso si richiama, si riferiscono esplicitamente alla possibilità di adottare direttive, l'articolo 100A parla genericamente di "misure" per il ravvicinamento delle legislazioni.

A prescindere dalla possibile ricostruzione di diversi significati per i termini "coordinamento", "armonizzazione", "riordinamento", "ravvicinamento", utilizzati dal Trattato di Roma<sup>51</sup>, sembra possibile argomentare che tale ravvicinamento delle legislazioni non sia da identificare con una specifica tipologia di atto, ma con il risultato cui tendono attività di diversa intensità, ed in particolare l'adozione di semplici direttive-quadro, oppure anche l'adozione di una disciplina comunitaria che comporta l'effettiva sostituzione del diritto nazionale con quello comunitario, realizzando una vera e propria uniformazione normativa<sup>52</sup>. Va, però, ricordato che lo strumento della direttiva, ove sufficiente allo scopo da perseguire, va senz'altro preferito all'uniformazione normativa, alla luce del principio di sussidiarietà; il Libro bianco sul completamento del mercato interno aveva, inoltre, riconosciuto la necessità di un nuovo approccio alla fissazione di requisiti comuni al fine di liberalizzare completamente il mercato. Invece di voler ottenere la completa uniformità, si riteneva preferibile fissare i requisiti essenziali che un prodotto avrebbe dovuto presentare per poter circolare liberamente nella Comunità, e ciò anche in ragione del fatto che l'uniformazione globale delle normative avrebbe in molti casi reso difficile, per il diritto comunitario, tenere il passo con il progresso tecnologico.

Ebbene, anche nel caso della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi entrano ormai in gioco le considerazioni legate al possibile veloce invecchiamento di soluzioni estremamente dettagliate a causa

<sup>50</sup> La direttiva sulla tutela delle topografie di semiconduttori è adottata, invece, sulla base dell'art. 100.

<sup>51</sup> S. PUGLISI (*Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1983, p. 297 ss.), pur ricordando che vi è chi ritiene di operare una distinzione tra il coordinamento, che opererebbe a livello delle politiche degli Stati membri, non avendo, quindi, ad oggetto le legislazioni o singoli atti normativi nazionali ma l'esercizio del potere governativo in un dato settore, e l'armonizzazione ed il ravvicinamento, che tenderebbero, invece, a rendere affini, uniformi le legislazioni o specifiche discipline normative, conclude, però, che non vi è alcun criterio sistematico nell'utilizzazione delle diverse espressioni.

<sup>52</sup> Così Roberto MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto*, IV Edizione, Vol. XII Pubblicistico, Torino, 1996.

del v  
che l  
diver  
vadar  
giuric  
dirett  
riferi  
in rif  
il diri

### 3.1. T da

Ri  
getto  
dalle  
quest  
relati  
compl  
tratta  
elabor

No  
comun  
esemp  
semb  
con es  
succes

<sup>53</sup> C  
l'harmo  
il qual  
industr  
un vero  
una ar  
optava  
d'autore  
rispond  
poteva  
Cap. I,

<sup>54</sup> N  
di arme  
normati

del veloce progresso della tecnologia; non si può, inoltre, dimenticare che la Comunità contempla ancora, al suo interno, sistemi di stampo diverso, sebbene le marcate differenze tra *copyright* e diritto d'autore vadano attenuandosi. Ad ogni modo va rilevato che lo strumento giuridico di gran lunga prevalente adottato nella materia è la direttiva, potendosi distinguere tra direttive "verticali", costruite in riferimento all'oggetto da proteggere, e direttive "orizzontali", costruite in riferimento ad una "dimensione" propria del diritto d'autore, quale il diritto di noleggio, ad esempio<sup>53</sup>.

### 3.1. Topografie di semiconduttori, programmi da elaboratore e banche-dati

Rispondono all'impostazione "verticale", costruita intorno all'oggetto della tutela, le prime due e l'ultima direttiva adottate finora dalle istituzioni comunitarie in materia di diritto d'autore. Tutti e tre questi atti riguardano aree di tutela della proprietà intellettuale relativamente nuove, con riferimento alle quali non si erano ancora completamente sviluppate discipline specifiche a livello nazionale<sup>54</sup>: si tratta delle topografie di prodotti semiconduttori, dei programmi per elaboratore e delle banche-dati.

Non si può, in realtà, parlare della tutela predisposta a livello comunitario per le topografie di prodotti semiconduttori come di un esempio tipico di tutela a titolo di diritto d'autore, ciononostante sembra corretto cominciare con essa questa analisi, dal momento che con essa si introducono problematiche che poi caratterizzeranno la successiva direttiva sui programmi per elaboratore, ma soprattutto

<sup>53</sup> Cfr., a questo proposito, Michel VIVANT, *L'incidence sur le multimedia de l'harmonisation communautaire en matière du droit d'auteur*, Luxembourg, 1995, p. 7, il quale prende, però, anche atto che, per quanto riguarda i disegni e modelli industriali, già la proposta di direttiva del dicembre 1993 non aveva, né voleva avere, un vero effetto armonizzatore sul piano del diritto d'autore. Essa infatti, nell'attesa di una armonizzazione più avanzata delle normative nazionali sul diritto d'autore, optava per un cumulo delle tutele, riconoscendo la protezione a titolo di diritto d'autore del disegno o modello registrato nello Stato di riferimento, a condizione che rispondesse ai requisiti in tale Stato richiesti, anche se lo stesso disegno o modello non poteva beneficiare della tutela di diritto d'autore nello Stato di origine (si veda *supra*, Cap. I, nota 89).

<sup>54</sup> Nota GOVAERE, *op. cit.*, che la Comunità è stata in grado di assumere l'iniziativa di armonizzazione proprio grazie alla urgente necessità di importanti innovazioni normative.



perché l'indeterminatezza relativamente al titolo della tutela appare di per se stessa particolarmente significativa. Se, infatti, le caratteristiche cosiddette "dis-armonizzatrici" della direttiva CEE 87/54 possono senz'altro essere collegate all'urgenza della sua adozione in tempi brevi<sup>55</sup>, esse tuttavia rispecchiano difficoltà reali che si incontrano nell'inquadrare le nuove creazioni del mondo dell'informatica nelle tradizionali categorie dei sistemi di tutela della proprietà intellettuale.

Per un aspetto almeno, l'indeterminatezza della direttiva 87/54 va però riconosciuta essere un pregio, e ciò con riferimento alla definizione stessa dell'oggetto della protezione. A differenza della precedente normativa statunitense, che ha provocato l'urgenza della adozione dell'atto comunitario<sup>56</sup>, la direttiva adotta, infatti, una definizione "funzionale" della topografia, che è descritta come una serie di immagini collegate, indipendentemente dal modo in cui esse sono fissate o codificate, e ciò previene la necessità di modificare l'atto nel caso che il "mask work" tridimensionale, cui invece si riferisce la normativa statunitense, venga sostituito dalle più avanzate tecniche di scrittura diretta<sup>57</sup>. I circuiti integrati di semiconduttori, correntemente

<sup>55</sup> Direttiva del Consiglio del 16 dicembre 1986, GUCE L 24, del 27.1.1987. Si riferisce ad essa come ad una direttiva "dis-armonizzatrice" Herman COHEN JEHORAM, *The European Commission Pressured into a 'Dis-Harmonizing' Directive on Chip Protection*, *European Intellectual Property Review*, 1987, p. 35.

<sup>56</sup> I principali produttori di circuiti integrati di semiconduttori, Stati Uniti in testa, si affrettarono ad adottare forme adeguate di tutela che incentivassero lo sviluppo delle industrie del settore, ed il *Semiconductor Chip Protection Act* statunitense, del 1984 (Title III di *Public Law 98-620* dell'8 novembre 1984, ora 17 USC Sect. 901 ss.) aprì la strada alle normative successive (Giappone, Comunità europea). Anche l'OMPI predispose un progetto di trattato sulla protezione della proprietà intellettuale, con riferimento ai circuiti integrati di semiconduttori (WIPO Document IPC/CE/II/2, del 17 marzo 1986). Lo stimolo alla prossima adozione di simili normative anche all'estero veniva direttamente dalla struttura del *Semiconductor Chip Protection Act*, che limitava la tutela ai soli cittadini statunitensi, ma prevedeva la possibilità di allargare l'ambito soggettivo, su base di reciprocità, ai cittadini di quegli Stati che avessero dimostrato almeno di stare facendo ragionevoli progressi in buona fede verso l'istituzione di una tutela che presentasse sostanzialmente le stesse caratteristiche di quella americana (cfr. Sect. 902 (a)(1)(2)).

<sup>57</sup> Cfr. art. 1 della direttiva. Un prodotto semiconduttore è costituito da una lamina di silicio, sulla quale vengono posti strati di altri materiali, come l'alluminio ed il tungsteno. Su ciascuno strato viene riprodotto uno schema attraverso l'esposizione alla luce, proiettata attraverso una maschera; oggi può essere utilizzato il laser al posto delle maschere. L'oggetto così prodotto, non più grande di un'unghia, contiene milioni di transistors ed è in grado di calcolare milioni di istruzioni al secondo (si vedano, a

chiamati "microchips", di cui la topografia rappresenta, per così dire, il progetto, sono ormai una componente fondamentale di ogni sorta di prodotti finali, dagli orologi da polso fino ai più complessi sistemi computerizzati, e ciò spiega senz'altro la pressante esigenza di garanzie per la loro tutela.

La normativa statunitense aveva scelto la soluzione di una tutela *sui generis*, al di fuori del sistema del *copyright*, essenzialmente per due motivi. Da un punto di vista più eminentemente pratico e politico, allo scopo di stimolare gli altri Stati ad istituire anch'essi normative di tutela, di cui, su base di reciprocità, potessero beneficiare i cittadini americani, ci si intendeva sottrarre all'obbligo del trattamento nazionale anche per gli stranieri, obbligo che sussisteva, in conseguenza della ratifica della Convenzione universale di Ginevra del 1952, per la tutela a titolo di diritto d'autore. Dal punto di vista della sistematica giuridica, d'altra parte, risultava difficilmente accettabile inserire in una tutela a titolo di *copyright* le limitazioni al diritto esclusivo di riproduzione comportate dalla necessità di ammettere le pratiche di *reverse engineering*, essenziali per il progresso dell'industria interessata<sup>58</sup>.

La direttiva comunitaria, più che non optare per una tutela *sui generis*<sup>59</sup>, lascia agli Stati membri la scelta del titolo di tutela, non

questo proposito, DOWNING, *op. cit.*, p. 54 e Thomas HOEREN, *Chip Protection in Europe*, in Alfred P. MELJBOOM, Corien PRINS, (eds.), *The Law of Information Technology in Europe*, Deventer/Boston, 1991, p. 139.

<sup>58</sup> Situandosi al di fuori del *Copyright Act*, tuttavia, la normativa statunitense a tutela dei disegni dei microchips diviene parte della tutela a titolo di proprietà industriale, rientrando quindi nell'ambito applicativo della Convenzione di Parigi del 1883, che pure prescrive l'obbligo del trattamento nazionale (in tal senso COHEN JEHORAM, *op. cit.*, p. 36). Una via d'uscita, più che non dalla presupposizione che il progetto di trattato OMPI sui disegni di semiconduttori implichi l'esclusione di tali fattispecie dall'ambito di applicazione della Convenzione di Parigi (com'è affermato nel Libro bianco britannico su Proprietà intellettuale ed Innovazione dell'aprile 1986), potrebbe essere vista nella scelta della tutela in quanto disegni o modelli, dal momento che la Convenzione di Berna, di cui anche gli Stati Uniti sono ormai parte, consente, in questo caso, di condizionare il riconoscimento del trattamento nazionale con riferimento ad alcuni aspetti della tutela garantita nello Stato di origine (cfr. *supra*, Cap. I, nota 89).

<sup>59</sup> Anche se generalmente così è qualificata la tutela predisposta dalla direttiva 87/54 (cfr., in tal senso, HOEREN, METAXAS-MARANGHIDIS, STROWEL, *op. cit.*); GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS (*op. cit.*, p. 133) più precisamente sottolineano che "... The Directive does not, therefore, harmonise the laws of Member States but requires all Member States to protect semiconductor chip products while leaving the method by

precludendo l'assimilazione né alla proprietà letteraria, né a quella industriale, pur fissando, comunque, alcuni principi di base che garantiscano uno sviluppo omogeneo del nuovo tipo di protezione. La topografia, infatti, è tutelata senza necessità di particolari formalità, purché soddisfatti i requisiti di "originalità" stabiliti, ma gli Stati hanno facoltà di disporre procedure di registrazione ai fini della nascita dei diritti esclusivi<sup>60</sup>.

Il motivo essenziale dell'imbarazzo comunitario ad inquadrare la tutela dei microchips in uno dei tradizionali sistemi di riferimento è stato indicato nell'individuazione dell'adeguato standard di "originalità" richiesto per il riconoscimento del diritto; la tutela della proprietà letteraria ed industriale richiederebbero, infatti, livelli di originalità o novità estremamente elevati, inadeguati, in questo caso, all'oggetto della protezione<sup>61</sup>. La soluzione adottata dalla direttiva è quella di tutelare le topografie che siano il risultato dello sforzo

which this is achieved to the Member States." Ciò, naturalmente, non significa che in fase di attuazione gli Stati non siano stati, in pratica, costretti a strutturare il regime come *sui generis*, per non incorrere in responsabilità internazionali per violazione del trattamento nazionale da riservare ai cittadini di Stati contraenti delle Convenzioni di Berna e Parigi, a meno di non sfruttare la "scappatoia" offerta, in materia di disegni e modelli industriali, dalla Convenzione di Berna (cfr. *supra*). Come la normativa americana, infatti, la direttiva riconosce il diritto alla tutela soltanto ai cittadini o residenti abituali europei, o nel caso in cui lo sfruttamento commerciale sia cominciato nella Comunità; sulla base di dichiarazioni specifiche del Consiglio è stato possibile estendere l'ambito soggettivo della tutela. La decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994 ha previsto l'estensione della tutela ai cittadini dei paesi membri dell'Organizzazione mondiale del commercio a partire dal 1° gennaio 1996 (cfr. GUCE L 349 del 31.12.1994, p. 201) ed il 23 marzo 1995 il Presidente Clinton ha annunciato la stessa estensione di tutela a partire dalla stessa data (cfr. Dichiarazione 6780), che è poi il termine entro il quale gli Stati industrializzati membri dell'OMC dovevano dare applicazione alle disposizioni dell'Accordo TRIPs.

<sup>60</sup> Cfr. artt. 2(2) e 4(1) della direttiva. La maggior parte degli Stati membri ha optato per un sistema che contempla l'onere della registrazione, e quindi, alla luce della Convenzione di Berna, al di fuori della tutela a titolo di proprietà "letteraria ed artistica". Regno Unito, Irlanda e Belgio hanno, invece, optato per la tutela senza formalità di registrazione, ed il Regno Unito in particolare, per una versione modificata del diritto sui disegni industriali (cfr. HOEREN, *op. cit.*, p. 143 s., che riproduce in conclusione anche una tavola riassuntiva dei principali aspetti delle legislazioni attuative della direttiva).

<sup>61</sup> Si veda Thomas DREIER, *L'évolution de la protection des circuits intégrés semi-conducteurs*, *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 1989, p.23, nonché HOEREN, *op. cit.*

intellettuale del loro creatore, e non siano di uso comune nell'industria dei semiconduttori<sup>62</sup>.

In realtà, non soltanto i microchips, ma le opere di natura utilitaria in genere, siano esse principalmente funzionali o fattuali, mal si attagliano a requisiti di originalità connotati in modo soggettivo, tipici dei sistemi continentali di diritto d'autore costruiti con riferimento alle caratteristiche delle opere letterarie; esse sono principalmente il risultato di un investimento di tempo e lavoro, sebbene non indipendenti dalla creatività di una persona, legata al gusto ed all'emozionalità<sup>63</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, l'originalità necessaria perché sia tutelato un programma per elaboratore, sebbene diversamente formulata nella direttiva 91/250<sup>64</sup>, non è poi, nella sostanza, così differente da quella disposta nella direttiva 87/54, nonostante sia espressamente stabilito che i programmi da elaboratore sono tutelati come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie ed artistiche. Sebbene, infatti, la diversa dizione, secondo la quale "un programma per elaboratore è tutelato se originale, ossia se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore", possa far pensare ad un criterio più esigente, che non si fermi al requisito del lavoro o dello sforzo intellettuale, è anche specificato che nessun altro criterio è preso in considerazione per determinare il diritto alla tutela, e ciò vale ad escludere quegli isolati sviluppi giurisprudenziali che accordavano la tutela ad un programma

<sup>62</sup> Cfr. art. 2(2).

<sup>63</sup> Una volta, la nozione di originalità variava per rispondere alle diverse caratteristiche di tre grandi settori di applicazione del diritto d'autore: letteratura, arti e musica; oggi non sono più principalmente le differenze tra questi ambiti artistici a richiedere diverse modulazioni della nozione di originalità, bensì la diversità tra essi, complessivamente considerati, e le diverse opere di natura fattuale o funzionale. Mentre le opere artistiche sono create per il loro valore intrinseco, quelle fattuali hanno un contenuto informativo ed il valore delle opere funzionali dipende dalla loro utilità per lo svolgimento di alcuni compiti (cfr. STROWEL, *op. cit.*, p. 470 ss.)

<sup>64</sup> In *GUCE* L 122, del 17 maggio 1991, p. 42. La direttiva evita di definire il concetto "programma per elaboratore", e ciò consente, anche in questo caso, di evitare un rapido "invecchiamento" del testo normativo rispetto al velocissimo progresso del mondo dell'informatica. Una definizione è data nel *Libro verde sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche*, cit., Cap. V, in cui si legge "un programma per elaboratori elettronici è una serie di istruzioni il cui scopo è far eseguire ad una macchina per l'elaborazione delle informazioni, detta elaboratore, le proprie funzioni".

soltanto se la sua creazione "superava notevolmente" la capacità media di un programmatore<sup>65</sup>.

Questi argomenti, in realtà, si accordano perfettamente all'assimilazione del *software* con le opere letterarie, anche queste ultime, infatti, sono tutelate a prescindere da valutazioni qualitative di contenuto; ma è possibile apprezzare il diverso stampo, così eminentemente oggettivo<sup>66</sup>, della tutela del *software* in tutta una serie di disposizioni della direttiva 91/250, che ne mettono in luce gli aspetti più tipici. Si tratta delle disposizioni che permettono le operazioni di decompilazione condotte al fine di consentire l'interoperabilità tra i programmi, nonché della specificazione che la direttiva tutela, insieme al programma, il materiale preparatorio per la sua progettazione, ma non le idee e i principi alla base di qualsiasi suo elemento, comprese le interfacce<sup>67</sup>. La formulazione delle disposizioni sulla interoperabilità, strettamente correlate alla natura funzionale dell'opera digitale costituita dal programma, costituisce un sofferto compromesso tra le posizioni delle industrie leader e gli altri soggetti operanti nel settore<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Così si era espressa la Corte Suprema tedesca nel caso *Inkasso*; la soluzione comunitaria, all'opposto, tutela anche la "moneta piccola" dei programmi per elaboratore (si veda, a questo proposito, Michael LEHMANN, *La nuova tutela giuridica europea dei programmi per elaboratore, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992, p. 298.)

<sup>66</sup> Nota Thomas K. DREIER (*Authorship and New Technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions, International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, p. 995) che, laddove è coinvolta la digitalizzazione, la nuova tecnologia modificherà senz'altro il concetto di "diritto d'autore" nel senso che il risultato finale rifletterà tanto meno la personalità del creatore quanto più il lavoro digitale avrà caratteristiche tecniche e verranno usate macchine per la sua creazione.

<sup>67</sup> Cfr. artt. 5, 6 e 1. Originariamente, il progetto di direttiva specificava, ancora più dettagliatamente, che le idee, i principi, la logica, gli algoritmi o i linguaggi di programmazione erano esclusi dalla protezione e che laddove la specificazione delle interfacce costituiva idee e principi alla base del programma, tali idee e principi non erano soggetti alla tutela (cfr., in merito al possibile collegamento di tale formulazione con la teoria americana della confusione tra idea ed espressione, GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *op. cit.*, p. 83).

<sup>68</sup> Il progetto di direttiva originale non si occupava della questione della interoperabilità, poiché la Commissione riteneva che tale aspetto andasse risolto nell'ambito della normativa sulla concorrenza. Il Parlamento europeo volle introdurre tali disposizioni per il timore che le ditte europee si trovassero svantaggiate rispetto ai colossi americani (cfr. METAXAS-MARANGHIDIS, *op. cit.*, p. 6, nonché Mindy J. WEICHELBAUM, *The EEC Directive on the Legal Protection of Computer Programs and U.S. Copyright Law: Should Copyright Law Permit Reverse Engineering of Computer Programs?*, *Fordham International Law Journal*, 1990-1991, p. 1027.) Per maggiori

Sono principalmente queste disposizioni a segnalare le particolarità della tutela dei programmi da elaboratore, che hanno fatto parlare di "un regime ibrido, fatto per metà di diritto d'autore e per metà di segreto commerciale", e a sottolineare come la ragion d'essere della direttiva non sia legata tanto all'esigenza di assicurare il buon funzionamento del mercato unico, quanto a preoccupazioni di politica industriale e connesse all'obiettivo di preservare le migliori condizioni possibili di concorrenza nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione<sup>69</sup>. Si può, anzi, dire che la scelta stessa dell'adozione della tutela "come proprietà letteraria ai sensi della Convenzione di Berna" sia stata dettata soprattutto dall'esigenza di garantire la protezione a livello internazionale; sebbene la possibile inclusione dei programmi da elaboratore nella definizione delle opere protette dalla Convenzione fosse dubbia e la Comunità non avesse certo il potere di emendarla, tuttavia una tutela che ad essa si conformasse avrebbe inevitabilmente facilitato il raggiungimento di un accordo internazionale<sup>70</sup>. Ed in effetti tale accordo è oggi espresso nel Trattato di Ginevra del 1996 sul diritto d'autore, che dispone, all'articolo 4, l'inclusione dei programmi da elaboratore nella definizione di cui all'articolo 2 della Convenzione di Berna, qualunque sia il loro modo o forma di espressione<sup>71</sup>.

La scelta europea di non definire il titolo della tutela per le topografie di microchips e di considerare, invece, il *software* come proprietà letteraria, è stata, quindi, principalmente dettata dall'esigenza di assicurare le garanzie necessarie allo sviluppo ottimale

approfondimenti in merito alle problematiche dell'interoperabilità si veda *infra*, Cap. IV.

<sup>69</sup> Si veda Jérôme HUET, *L'Europe des logiciels: le principe de la protection par le droit d'auteur (directive communautaire du 14 mai 1991)*, Recueil Dalloz Sirey, 1992, 27e cahier, p. 221. Fa notare GOTZEN (*op. ult. cit.*, p. 82) che non vi era alcuna urgenza, dal punto di vista del completamento del mercato interno, di adottare una direttiva quale la 91/250; in tutti i paesi della Comunità, infatti, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, e spesso anche il legislatore, si erano dimostrati disposti a tutelare i programmi a titolo di diritto d'autore. Tutt'al più, le istituzioni comunitarie si sarebbero dovute limitare ad adottare un testo di principio.

<sup>70</sup> Si veda DOWNING, *op. cit.*, p. 85, nonché Alfred P. MEIJBOOM, *The EC Directive on Software Copyright Protection*, in Herald D.J. JONGEN e Alfred P. MEIJBOOM (edited by), *Copyright Software Protection in the EC*, Deventer-Boston, 1993, p. 2.

<sup>71</sup> È qui appena il caso di sottolineare che questa precisazione sottolinea, tra l'altro, come siano tutelati anche i *software* generalmente "residenti" nella macchina-elaboratore sin dalla sua nascita.

dell'industria europea del settore, in due modi differenti a ragione della diversa situazione normativa internazionale che si presentava nei due settori al momento dell'adozione delle direttive. La sostanziale affinità tra le due tipologie di creazioni si apprezza, infatti, oltre che nella definizione dei requisiti di originalità, come sopra interpretati, nelle disposizioni sul *reverse engineering* e la decompilazione<sup>72</sup>, nonché nella presunzione della titolarità del diritto di tutela in capo al datore di lavoro, se la creazione ha luogo durante lo svolgimento delle mansioni dell'impiegato<sup>73</sup>.

L'ultima direttiva adottata dalla Comunità in materia di diritto d'autore, l'11 marzo 1996, è anch'essa una direttiva "verticale" relativa alla tutela di opere a carattere digitale e riguarda le banche-dati<sup>74</sup>. In realtà il testo definitivo della direttiva tutela tutte le banche-dati, qualunque ne sia la forma, che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore, ma le prime proposte di direttiva avevano ad oggetto esclusivamente le banche-dati elettroniche. Fu la conclusione dell'Accordo TRIPs, nel 1994, a determinare l'ampliamento dell'ambito di tutela, ma ormai anche il sistema della Convenzione di Berna ha incluso le banche-dati nel proprio ambito di protezione<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> L'eccezione che consente il *reverse engineering* dei microchips risulta dal combinato disposto dei par. (1)(a) e (3) dell'art. 5, ed ha sollevato un considerevole dibattito tra chi la riteneva una questione "nuova" e chi la riteneva già tradizionalmente accettata (cfr. HOEREN, *op. cit.*) Quel che sembra significativo è che, sebbene implicitamente già risolta negli ambiti tradizionali della proprietà intellettuale, in occasione della tutela dei microchips si sia sentita l'esigenza di fissare i termini della questione.

<sup>73</sup> Cfr. art. 3(2) della direttiva 87/54 e art. 2(3) della direttiva 91/250.

<sup>74</sup> Direttiva 96/9/CE, GUCE L 77, del 27 marzo 1996.

<sup>75</sup> Il testo della direttiva conserva le tracce di tale ampliamento dell'oggetto in alcune disposizioni, che sono ancora improntate alla vecchia impostazione (cfr. Michael VIVANT, Christian LE STANC, *Droit de l'informatique, La semaine juridique [JCP]*, 1996, p. 219). L'art. 5 del Trattato di Ginevra del dicembre 1996 è intitolato alle banche-dati; anche per questo aspetto viene dunque completata ed aggiornata la Convenzione di Berna, che però già tutelava "le raccolte di opere letterarie o artistiche come le enciclopedie e le antologie che, per la scelta o la disposizione del materiale, avessero carattere di creazioni intellettuali" (cfr. art. 2(5)). Che, in realtà, l'esplicitazione dell'applicazione della tutela anche alle banche-dati non fosse poi così necessaria è indicato anche dal considerando 28 della direttiva comunitaria, che già considerava il diritto morale della persona fisica che ha creato la banca-dati appartenere all'autore, nell'ambito delle disposizioni della Convenzione di Berna, sebbene tale considerazione serva, in realtà, ad evitare di affrontare l'argomento nella

Se per un verso, dunque, la direttiva recepisce quello che è un risultato di ravvicinamento normativo già raggiunto a livello internazionale allargato a titolo di diritto d'autore<sup>76</sup>, per altro verso, invece, essa per prima garantisce una tutela *sui generis* riferita al contenuto della banca, a prescindere dalla tutelabilità della banca stessa o del suo contenuto a titolo di diritto d'autore. Tale diritto si sostanzia nella facoltà di vietare operazioni di estrazione o reimpiego di tutto, o di parte sostanziale, del contenuto, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione dello stesso abbiano rappresentato per il costituente della banca un investimento rilevante sotto il profilo quantitativo o qualitativo<sup>77</sup>. All'argomento di una protezione *sui generis*, che contemperi l'interesse dei produttori di banche-dati ad essere tutelati dalla estrazione di copie e l'interesse degli utilizzatori ad avere accesso ad adeguate infrastrutture di informazione globale, la Conferenza di Ginevra del 1996 ha dedicato una Raccomandazione<sup>78</sup>.

Sebbene la proposta modificata di direttiva sulle banche-dati<sup>79</sup> contenesse una previsione analoga a quella contenuta nella direttiva 91/250 sul *software* a proposito dei diritti economici sulle banche-dati realizzate da lavoratori dipendenti nell'esecuzione delle proprie mansioni, il testo definitivo della direttiva non riporta tale dispo-

direttiva, la quale per altri aspetti, invece, come l'esclusione esplicita dal proprio oggetto del *software* utilizzato per la costituzione e il funzionamento, presenta precisazioni del tutto pleonastiche (si vedano Riccardo e Rosario IMPERIALI, *La tutela giuridica delle banche-dati, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, p. 377, nonché Jean-Sylvestre BERGÉ, *L'integration en amont des directives (à propos de la directive 96/19/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données)*, Editions du Juris-Classeur, Europe, 1996, Chronique 7.

<sup>76</sup> La scelta della tutela delle banche-dati a titolo di diritto d'autore è anch'essa criticata, ritenendo alcuni più adatta una protezione strutturata, invece, come diritto connesso (si veda Cristina GARRIGULES, *Databases: a Subject-matter for Copyright or for a Neighbouring Rights Regime?*, *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 3).

<sup>77</sup> Cfr. art. 7. La creazione del diritto speciale costituisce un diritto esclusivo criticato da alcuni in quanto paragonabile ad una forma di monopolio legale simile a quello costituito con il brevetto sull'invenzione (si veda Riccardo e Rosario IMPERIALI, *op. cit.*, p. 393). Va poi considerato che i quindici anni di durata della tutela possono riiniziare a decorrere in seguito a modifiche sostanziali della banca, essendo considerate tali quelle che si consistono in un nuovo investimento sostanziale.

<sup>78</sup> WIPO Document CRNR/DC/100, del 23 dicembre 1996. Sulla Conferenza si veda *supra*, par. 2 di questo Capitolo.

<sup>79</sup> Presentata dalla Commissione il 4 ottobre 1993.



sizione. Si ritiene, tuttavia, che si possa pervenire per via analogica ad una soluzione simile a quella disposta per il *software*<sup>80</sup>.

### 3.2. *Locazione e prestito e diritti connessi al diritto d'autore; radio-diffusione via satellite e ritrasmissione via cavo; durata della protezione*

La direttiva 92/100 sul diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale è il primo atto comunitario derivato che si occupi di armonizzare questioni "classiche" di diritto d'autore, e lo fa secondo una logica "orizzontale", riconoscendo diritti di un certo tipo con riferimento a tutte le creazioni. Essa, come annunciato dal titolo, si occupa di due distinti argomenti, da un lato i diritti di noleggio e di prestito e dall'altro i diritti connessi al diritto d'autore<sup>81</sup>.

Come dimostrato dal caso *Warner Brothers*<sup>82</sup>, forti differenze tra le legislazioni interne comunitarie in merito al riconoscimento del diritto di noleggio potevano provocare ostacoli al commercio intracomunitario, ed inoltre appariva ormai necessario introdurre un regime comune che tenesse conto della diffusissima pratica del noleggio di fonogrammi ed opere audiovisive e della sua influenza sul mercato della vendita delle stesse opere. Vennero quindi armonizzati i diritti di noleggio e prestito degli autori ed anche dei titolari di diritti connessi al diritto d'autore, ma poiché la tutela dei diritti connessi non era affatto uniformemente riconosciuta in tutti gli Stati comunitari il Capo II della direttiva si occupa di armonizzarla, basandosi fondamentalmente sulla disciplina della Convenzione di Roma del 1961<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Cfr., in tal senso, Riccardo e Rosario IMPERIALI, *op. cit.*, p. 398.

<sup>81</sup> Direttiva 92/100/CEE, del 19 novembre 1992, GUCE L 346, del 27 novembre 1992. Il prestito, a differenza del noleggio, non è esercitato ai fini di un beneficio economico o commerciale diretto o indiretto ed è effettuato da istituzioni aperte al pubblico. Il diritto di prestito è strutturato, in via di principio, anch'esso come un diritto esclusivo di autori, interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi e pellicole, ma, dovendosi assicurare la funzione pubblica di rendere a tutti accessibile la cultura, è prevista una serie di possibili deroghe (cfr. art. 5).

<sup>82</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, par. 3.2.

<sup>83</sup> L'adozione del Capo II della direttiva fu, infatti, meno controversa di quella del Capo I (si veda Silke VON LEWINSKI, *The EC Rental Rights Directive*, in Hugh C. HANSEN, (edited by), *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol. 1, London, 1996, p. 210.)

Tra i titolari del diritto esclusivo di autorizzare o proibire il noleggio figura, accanto all'autore, all'artista interprete o esecutore, al produttore di fonogrammi ed al produttore della prima fissazione di una pellicola, anche il regista principale delle opere cinematografiche ed audiovisive, imponendo così il diritto comunitario l'introduzione di un elemento inconsueto per i sistemi improntati al *copyright*<sup>84</sup>. L'esistenza di diritti paralleli in capo ai gruppi di titolari appena ricordati ha indotto la formulazione di alcune disposizioni in merito alla presunzione, salvo clausola contraria, del trasferimento del diritto di noleggio con riferimento ai contratti riguardanti la produzione di pellicole<sup>85</sup>. Con riferimento ai medesimi contratti, è stabilito che gli Stati membri possano disporre la presunzione anche per il trasferimento dei diritti di cui al Capo II della direttiva, tra i cui titolari figurano anche gli organismi di radiodiffusione, fatto salvo, però, in ogni caso il diritto irrinunciabile dei titolari originari ad ottenere un'equa remunerazione<sup>86</sup>.

A questo proposito va segnalato l'orientamento assunto dal Trattato di Ginevra del 1996, che la Commissione ritiene opportuno venga ratificato dal Consiglio<sup>87</sup>, sulla analoga questione dei diritti di noleggio dei fonogrammi. Esso consente il mantenimento di sistemi di equa remunerazione degli interpreti ed esecutori, già in vigore alla data del 15 aprile 1994, invece del riconoscimento di un diritto

<sup>84</sup> La disposizione verrà poi ripresa ed ampliata dalle successive direttive 93/83 e 93/98; a questo proposito si veda *supra*, Cap. II, par. I (cfr. art. 2(2) della direttiva 92/100, art. 1 (5) della direttiva 93/83 e art. 2(1) della direttiva 93/98). Sottolinea VIVANT (*op. cit.*, p. 11) come tale scelta costituisca il riconoscimento chiaro di una attività di creazione.

<sup>85</sup> Le disposizioni dei paragrafi da 5 a 7 dell'art. 2 si occupano di tale argomento. Mentre il par. 5 istituisce una presunzione obbligatoria di trasferimento del diritto di noleggio dagli artisti interpreti ed esecutori al produttore, il par. 6 lascia gli Stati membri liberi di prevedere una presunzione analoga anche con riferimento agli autori. Il par. 7 costituisce, in realtà, una particolare concessione politica ad uno Stato membro, e non è stato concepito per una applicazione generale (così VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 207), ma ha comunque l'effetto di mutare l'obbligo di presunzione di cui al par. 5 in un obbligo limitato solo al caso in cui il contratto preveda un'equa remunerazione.

<sup>86</sup> Il diritto irrinunciabile ad un'equa remunerazione, previsto dall'art. 4 della direttiva, assicurando quantomeno agli artisti interpreti ed esecutori una partecipazione ai guadagni derivanti dallo sfruttamento del loro lavoro, costituisce senz'altro un importante punto fermo fissato dal diritto comunitario, sebbene si tratti comunque di un allontanamento dalla logica dei diritti esclusivi che potrebbe avere conseguenze sulla futura interpretazione e sviluppo del sistema di tutela.

<sup>87</sup> Si veda *supra*, par. 2 di questo Capitolo.

esclusivo ad autorizzare il noleggio di copie delle loro prestazioni fissate in fonogrammi, ma non contempla una tale facoltà per i diritti di fissazione, riproduzione, distribuzione e comunicazione al pubblico. Vero è che la sostituzione dei diritti esclusivi prevista dalla direttiva può essere esclusa attraverso una clausola contrattuale, ma l'argomento potrebbe non rivelarsi decisivo se si considera che la sproporzione della forza contrattuale tra le parti a favore dei produttori potrebbe essere riequilibrata soltanto nel caso di artisti di notevole notorietà, e quindi la presunzione, teoricamente relativa, opererebbe, nella pratica, come assoluta nella maggior parte dei casi. Più in generale, di fronte alla ratifica comunitaria del trattato del 1996 potrebbe rendersi necessaria un'attenta rilettura della direttiva nel suo complesso, ed in particolare le possibili eccezioni alla protezione dei diritti connessi previste all'articolo 10 della direttiva andrebbero applicate in conformità con la disposizione dell'articolo 16 del Trattato, secondo la quale a livello nazionale è possibile disporre limitazioni ed eccezioni alla tutela di artisti interpreti ed esecutori e produttori di fonogrammi dello stesso tipo di quelle disposte riguardo alla tutela del diritto d'autore<sup>88</sup>.

Sembra particolarmente interessante sottolineare come, alla luce dei Trattati di Ginevra del 1996, sia possibile risolvere l'importante questione interpretativa della direttiva 92/100 relativa alla qualificazione del cosiddetto "noleggio o prestito elettronico", realtà ancora pressoché inesistente ma che si immagina pronta ad imporsi sul mercato in un prossimo futuro. Si tratta dei servizi di "video on demand" e simili, in grado di trasmettere elettronicamente films, musica ed altri contenuti direttamente all'utente finale su sua richiesta. Sebbene la *ratio* della direttiva faccia supporre di dover assimilare tali servizi al noleggio, dal momento che essi produrrebbero, in pratica, gli stessi effetti di un noleggio o di un prestito tradizionali, la formulazione degli articoli 1 e 2 non sembra consentire

<sup>88</sup> L'art. 10 della direttiva si riferisce, tra l'altro, alla possibilità di disporre eccezioni ai diritti previsti nel suo Capo II quando si tratti di utilizzazione privata. Nel caso in cui la norma dell'art. 16 del Trattato di Ginevra del 1996 entri in vigore per la Comunità, tale disposizione di diritto derivato si rivelerebbe incompatibile con gli obblighi convenzionali, a meno che l'eccezione dell'utilizzo privato non sia estesa anche al diritto d'autore (su tali argomenti si veda *infra*, Cap. IV, par. 3, a proposito di una recente proposta di direttiva).

una tale assimilazione<sup>89</sup>; i Trattati del 1996 optano, a questo proposito, per una distinzione di tali servizi dal noleggio tradizionale, avvicinandoli, piuttosto, al diritto di comunicazione al pubblico<sup>90</sup>.

Un'ultima notazione sulla direttiva 92/100 riguarda l'esaurimento dei diritti a seguito dell'immissione dell'opera sul mercato comunitario. Tale principio, di costruzione giurisprudenziale, trova conferma nelle direttive 91/250 e 96/9 limitatamente all'esaurimento dei diritti di distribuzione delle copie dei programmi per elaboratore e banche-dati, ed ugualmente una conferma della soluzione anticipata dalla Corte di giustizia è la disposizione della direttiva 92/100 secondo cui i diritti di noleggio e prestito, invece, non si esauriscono attraverso la vendita o distribuzione<sup>91</sup>. È stato, però, notato che, a differenza della giurisprudenza della Corte, nei testi di diritto derivato appena riferiti l'esaurimento è previsto senza che sia fatto riferimento all'attraversamento di una frontiera, e ciò comporterebbe l'effetto di esaurimento anche entro lo stesso Stato di immissione sul mercato<sup>92</sup>.

La seconda direttiva "orizzontale" adottata dalla Comunità si occupa del coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo<sup>93</sup>. Essa costituisce un completamento della direttiva 89/552/CEE sull'esercizio delle attività televisive, nota come "televisione senza frontiere", che avrebbe dovuto occuparsi anche di

<sup>89</sup> Cfr., a tale proposito, VON LEWINSKI, *op. cit.*, p. 206.

<sup>90</sup> Mentre il Trattato sul diritto d'autore dedica l'art. 8 al "diritto esclusivo di comunicazione al pubblico", trattando congiuntamente sia la comunicazione al pubblico, via cavo o meno, sia la "messa a disposizione del pubblico" *on demand*, il Trattato su interpreti ed esecutori e produttori di fonogrammi enuncia separatamente il diritto esclusivo di "messa a disposizione del pubblico" (artt. 10 e 14) e il diritto ad una equa remunerazione in caso di radiodiffusione e comunicazione al pubblico dei fonogrammi. D'altra parte, la proposta di introdurre tale diritto esclusivo per gli autori venne proprio dalla Commissione europea; essa mirava ad affrontare le questioni poste dagli sviluppi nella tecnologia della trasmissione digitale, consentendo ai titolari dei diritti di continuare a controllare lo sfruttamento delle loro opere nel mondo digitale, indipendentemente dal modo (simultaneo o non) e dal mezzo in cui avviene l'accesso ad un'opera protetta (si vedano, a questo proposito, ALLEN N. DIXON e MARTIN F. HANSEN, *op. cit.*, p. 610).

<sup>91</sup> Cfr. rispettivamente artt. 4(c), 5(c) e 1(4). Sulla giurisprudenza della Corte a questo proposito si veda *supra*, Cap. I, par. 3.2, in merito al caso *Warner Brothers*.

<sup>92</sup> In tal senso VIVANT, *op. cit.*, p. 13 s. L'Autore fa notare come ciò, sebbene in linea con l'orientamento di diritto tedesco cui la Corte di giustizia si era ispirata, va al di là dei contorni del principio dell'esaurimento che essa aveva ricostruito.

<sup>93</sup> Direttiva 93/83/CEE del 27 settembre 1993, GUCE L 248 del 6 ottobre 1993.

questioni di diritto d'autore, ma nel testo definitivo non affronta affatto l'argomento<sup>94</sup>. La proliferazione, in Europa, dei satelliti che trasmettono in più Paesi e delle trasmissioni via cavo ha nel tempo reso sempre più urgente l'armonizzazione delle relative norme sul diritto d'autore, e la Commissione ha affrontato, nella direttiva 93/83, le fondamentali questioni dell'individuazione della legge applicabile alle trasmissioni via satellite diffuse in più Stati e dell'istituzione di un sistema per la concessione di autorizzazioni alla ritrasmissione via cavo.

Il Capo I, dedicato alle definizioni, risolve preliminarmente le incertezze ingenerate dalla distinzione corrente tra satelliti di comunicazione e satelliti diretti, e stabilisce che elemento caratterizzante perché si abbia radiodiffusione via satellite ai fini della direttiva è l'operazione su bande di frequenza riservate alla trasmissione di segnali che possono essere ricevuti dal pubblico, o, se la ricezione individuale dei segnali avviene in condizioni comparabili, anche su bande riservate alla comunicazione individuale privata. La scriminante è costituita, quindi, dalla possibilità che in pratica la ricezione abbia luogo come nel caso di satelliti diretti. Stabilito ciò, la direttiva precisa che l'autorizzazione ad effettuare la comunicazione al pubblico via satellite va acquisita solamente nello Stato membro da cui parte la trasmissione, e non anche in ciascuno Stato ove tale trasmissione sia ricevibile, adottando così una soluzione che, per quanto in linea con la libertà di prestazione dei servizi, indebolisce la facoltà dei titolari di pianificare e controllare efficacemente lo sfruttamento delle loro opere. Secondo la scelta operata dal diritto comunitario, in caso di ricezione oltre i limiti concordati rimane al titolare la possibilità di agire nei confronti dell'organismo di radiodiffusione per la violazione dei termini contrattuali, ma tale rimedio è considerato da alcuni insufficiente, in particolare con riferimento all'esigenza delle piccole compagnie di

<sup>94</sup> Direttiva del 3 ottobre 1989, *GUCE* L 298 del 17 ottobre 1989. La Commissione, ritenendo di dover rimediare alla situazione creata dalla Corte con la soluzione del caso *Coditel* (si veda *supra*, Cap. I, par. 3.3; la Corte aveva riconosciuto la possibilità di concedere una licenza esclusiva assoluta "chiusa" per quanto riguarda il diritto di rappresentazione), intendeva introdurre addirittura un regime di licenza legale in tutti gli Stati membri; trovatasi di fronte ad una forte opposizione, ha dapprima moderato i termini della sua proposta e poi escluso del tutto l'argomento del diritto d'autore (cfr. la proposta del 30 aprile 1986, *GUCE* C 179 del 17 luglio 1986 e la proposta emendata del 6 aprile 1988, *GUCE* C 110 del 27 aprile 1988; si veda su questi argomenti GOTZEN, *op. cit.*)

finanziare la propria produzione attraverso la prevendita dei diritti di diffusione dei programmi in zone specifiche, nelle quali esse devono essere in grado di assicurare l'esclusiva.<sup>95</sup>

Tutta la direttiva, d'altra parte, ruota intorno al perno dell'autonomia contrattuale, che viene, però, incanalata verso l'intermediazione delle società di gestione collettiva. Già nel Capo II, immediatamente dopo il riconoscimento all'autore del diritto esclusivo di autorizzare la comunicazione al pubblico via satellite delle proprie opere e l'assicurazione che agli Stati membri non è concesso disporre l'acquisto di tale autorizzazione in altro modo che mediante contratto, vengono chiamate in causa le società di gestione collettiva, lasciando agli Stati facoltà di prevedere che i contratti collettivi conclusi tra queste e gli organismi di radiodiffusione riguardo a una data categoria di opere possano essere estesi ai titolari dei diritti della stessa categoria non rappresentati da detta società<sup>96</sup>.

In questo caso è comunque previsto che l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo, per quanto agevolata, possa essere esclusa attraverso un esercizio separato dei propri diritti, su base individuale o collettiva, da parte di un titolare non rappresentato; non è così per quanto riguarda l'esercizio del diritto di ritrasmissione via cavo, cui è dedicato il Capo III. La direttiva istituisce in tal caso una vera garanzia a favore dei cablodistributori, i quali sanno di doversi rivolgere, per l'autorizzazione, esclusivamente alle società di gestione collettiva o direttamente agli organismi di radiodiffusione. Viene, infatti, disposto che il titolare del diritto d'autore e i titolari dei diritti connessi debbano necessariamente servirsi dell'intermediazione di una società di gestione collettiva per concedere o negare la propria autorizzazione a ritrasmettere via cavo; da tale disciplina sono esclusi soltanto gli organismi di radiodiffusione nei confronti delle proprie emissioni, sia per quanto riguarda i diritti da questi esercitati in

<sup>95</sup> Secondo una teoria opposta rispetto alla soluzione accolta nella direttiva 93/83, anche l'atto di ricezione avrebbe una propria rilevanza ai fini del diritto d'autore, tale da giustificare la necessità di ottenere un'autorizzazione anche per ciascuno Stato di ricezione (cfr. Bernard SORKIN, *The EEC Directive on Satellite Broadcasting and Cable Retransmission*, in Hugh C. HANSEN, (edited by), *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol. 1, London, 1996, p. 217).

<sup>96</sup> Cfr. art. 3(2). L'estensione della disciplina del contratto collettivo può essere disposta soltanto in caso di comunicazione via satellite in simultanea di un programma trasmesso a terra dalla stessa emittente, e comunque non per le opere cinematografiche.

quanto di loro diretta competenza, sia per quanto riguarda i diritti ad essi trasferiti da altri titolari<sup>97</sup>.

Alle esigenze del mercato interno dei programmi radiotelevisivi la direttiva 93/83 risponde, quindi, escludendo esplicitamente qualsiasi possibilità di disporre licenze legali ma favorendo, per la radiodiffusione via satellite, ed imponendo, per la ritrasmissione via cavo, una gestione indiretta del diritto d'autore e dei diritti connessi. Ed appunto la via di una gestione in alcuni casi necessariamente collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi è indicata in dottrina come una percorribile soluzione giuridica del problema, "melé de fait et de droit", della ricerca delle fonti, problema con cui si confrontano tutti i potenziali utilizzatori delle opere, ma che diviene ancora più complesso nel caso della realizzazione di prodotti multimediali<sup>98</sup>.

È proprio con riferimento al problema della ricerca del titolare del diritto ad autorizzare lo sfruttamento dell'opera dopo la morte dell'autore che sono state sollevate alcune critiche all'ultima direttiva "orizzontale" adottata dalla Comunità, la direttiva 93/98 sull'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, della quale si è già avuto modo di parlare<sup>99</sup>. In realtà, più che non la direttiva in sé, la quale adotta un termine di settanta anni dalla morte per il diritto d'autore e di cinquanta anni dall'esecuzione o dalla prima pubblicazione o comunicazione al pubblico della stessa per i diritti connessi, si è criticata l'erronea presupposizione che l'estensione del termine postumo di protezione implichi di per sé l'assicurazione di un livello di protezione elevato, che consenta di mantenere e sviluppare la creatività, "nell'interesse degli autori, delle industrie culturali, dei consumatori e dell'intera collettività"<sup>100</sup>. È stato sottolineato, infatti, che non vi è alcuna prova che la direttiva riuscirà

<sup>97</sup> Cfr. artt. 9 e 10. Anche in questo caso, si considera incaricata la società che amministra la stessa categoria di diritti; se ve ne sono diverse, il titolare è libero di sceglierne una.

<sup>98</sup> Si veda, a questo proposito, VIVANT (*op. cit.*, p. 42 ss.), il quale nota che la gestione collettiva "fa irruzione con forza" nei testi comunitari, tanto da poter dire che nel diritto comunitario vi è un certo orientamento verso la gestione collettiva, e forse anche verso una certa sua legittimazione.

<sup>99</sup> Direttiva adottata il 29 ottobre 1993, GUCE L 290 del 24 novembre 1993, a proposito della quale si veda *supra*, Cap. II, par. 1.

<sup>100</sup> Nelle parole della Commissione (*Seguito da dare al Libro verde, programma di lavoro della Commissione in materia di diritti d'autore e di diritti connessi*, COM (90) 584 def., del 17.1.1991, cit.), richiamate anche nei consideranda della direttiva 93/98.

a consentire agli autori di ottenere migliori termini contrattuali dagli investitori, i quali, da un lato soddisfatti della maggiore certezza dei rapporti giuridici derivante dal fatto dell'armonizzazione del termine di durata, dall'altro troveranno ancora più difficile rintracciare il titolare del diritto dopo la morte dell'autore a causa della sua estensione<sup>101</sup>.

Per altro verso, invece, la direttiva 93/98 introduce novità di sostanziale rilievo, veri e propri nuovi diritti, per i quali è stabilita una protezione di durata inferiore: si tratta di un diritto sulle opere pubblicate per la prima volta dopo la scadenza della protezione di diritto d'autore e della tutela delle edizioni critiche e scientifiche di opere diventate di dominio pubblico. Per le prime è disposta una tutela pari a quella dei diritti patrimoniali dell'autore per una durata di venticinque anni, per le seconde una tutela massima di trenta anni<sup>102</sup>. Il fatto che tali innovazioni normative si inseriscano senza difficoltà in un atto di natura "orizzontale", apparentemente dedicato solo alla questione della durata della protezione, può essere considerato di per sé un sintomo della scarsa attenzione che il legislatore comunitario è riuscito a dedicare alle esigenze di coerenza nell'ambito del sistema europeo di tutela delle opere originali.

#### **4. Disegni e modelli, *droit de suite* e aspetti collegati alla Società dell'informazione**

Indizio essenziale dell'importanza e dell'urgenza che l'armonizzazione di alcuni aspetti della disciplina di diritto d'autore ha recentemente assunto per la Comunità europea non è soltanto il numero ed il tipo degli atti adottati in tale materia a partire dalla fine degli anni '80, ma anche la quantità e qualità di proposte ancora pendenti, che testimoniano come tale cammino di ravvicinamento normativo sia, nella consapevolezza delle istituzioni, tutt'altro che terminato.

Si è già accennato alle proposte di direttiva e di regolamento sulla tutela dei disegni e modelli, "a cavallo" tra caratteristiche di interesse

<sup>101</sup> Cfr. DAWSON, *op. cit.*

<sup>102</sup> Cfr. artt. 4 e 5 della direttiva 93/98; in merito a tali "nuovi diritti" si veda VIVANT, *op. cit.*, p. 33 ss. L'art. 6, che dispone la protezione delle opere fotografiche, non presenta carattere sostanzialmente innovativo, considerato che tali opere erano già espressamente tutelate dalla Convenzione di Berna (art. 2(1)).



industriale ed artistico, che riveste una notevole importanza strategica per quanto riguarda soprattutto il mercato automobilistico<sup>103</sup>. In merito alla proposta di direttiva, il 17 giugno 1997 il Consiglio ha adottato una posizione comune, che la Commissione riteneva costituisse un importante passo in avanti verso l'istituzione di un elevato livello di tutela per i disegni e modelli industriali in tutta la UE, sebbene non assicurasse un mercato unico per i pezzi di ricambio, dal momento che il Consiglio non aveva incluso nella posizione comune la "clausola di riparazione", che figurava, invece, nella proposta. Il testo della direttiva 98/71, successivamente adottata, riflette sostanzialmente le soluzioni della posizione comune, che già dimostrava di venire parzialmente incontro alle preoccupazioni espresse da Parlamento e Commissione con riferimento a tale problematica, escludendo dalla tutela i pezzi che non sono visibili durante l'uso normale, che potrebbero essere liberamente riprodotti da produttori indipendenti di pezzi di ricambio per autoveicoli non appena un nuovo modello viene immesso sul mercato, e stabilendo una soglia relativamente elevata per la tutela, così da escluderne anche certe parti componenti che restano visibili durante l'uso normale dell'autoveicolo<sup>104</sup>. A riprova della natura "ibrida" della tutela dei disegni e modelli, i criteri indicati per il suo riconoscimento si richiamano sia alla "novità" che alla "individualità".

Senza alcuna pretesa di esaustività rispetto allo sterminato campo della tutela della proprietà intellettuale in generale, bensì focalizzando l'attenzione sulle proposte che riguardano specificamente il diritto d'autore ed aprono nuovi orizzonti alla normativa comunitaria in

<sup>103</sup> Si veda *supra*, par. 1, e par. 3, nota 53.

<sup>104</sup> Si veda l'art. 14 della proposta modificata, in cui la Commissione proponeva l'introduzione di un sistema di compenso per l'uso di pezzi di ricambio a fini di riparazione ("clausola di riparazione"), soppressa dal Consiglio, che l'aveva sostituita con una cosiddetta "clausola di stand still", la quale lasciava invariata la normativa sul punto fino a che non fossero stati adottati emendamenti alla direttiva quando ne era previsto il riesame, in seguito all'attuazione (cfr. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo* sulla posizione comune, del 19 giugno 1997, SEC(97) 1107 def. - COD 464, in applicazione dell'art. 189B, par. 2, secondo comma del Trattato CE.) Nel testo definitivo della direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1998, sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli (*GUCE* L 289, del 28 ottobre 1998, p. 28) la soluzione dell'art. 14 rimane sostanzialmente invariata; va, però, segnalato che è stato reintrodotta il riferimento all'utilizzatore finale nella definizione della "utilizzazione normale", che era stato precedentemente soppresso dal Consiglio perché ritenuto troppo restrittivo (cfr. art. 3.4).

materia<sup>105</sup>, s'impone in particolare lo studio dei lavori che attengono all'armonizzazione del diritto di seguito, nonché ad alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti ad esso connessi nella Società dell'informazione. Della necessità di affrontare a livello comunitario la questione del diritto di seguito la Commissione è, in realtà, cosciente già da qualche tempo, ed ha tenuto un'audizione sull'argomento il 21 novembre 1991; quanto alla recente proposta di direttiva "orizzontale" con riferimento alla particolare configurazione delle problematiche del diritto d'autore nel contesto della contemporanea, e futura, Società dell'informazione, essa si presenta esplicitamente come una soluzione parziale, e preannuncia interventi normativi di portata più ampia<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Basti qui ricordare, per quanto riguarda i lavori normativi comunitari nel campo della proprietà industriale, o che ad essa sono assimilabili, la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al ravvicinamento dei regimi giuridici di protezione delle invenzioni attraverso il modello di utilità* (COM (97) 691 def - 97/0356 (COD)), del 12.12.1997. Vanno, inoltre, ricordate due proposte che si inquadrano, invece, nel sistema di protezione a titolo di diritto d'autore, completando, per alcuni aspetti, la tutela garantita dalla direttiva 93/83 (sulla quale si veda *supra*, al par. precedente); si tratta della *Proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma ed all'approvazione, a nome della Comunità europea, della Convenzione europea in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione transfrontaliera via satellite* (convenzione del Consiglio d'Europa, conclusa il 16 febbraio 1994) (COM (96) 6 def - 96/0017 (CNS), del 31.1.1996, alla quale è complementare la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato* (COM (97) 356 def - 97/0198 (COD), del 9.7.1997), che si applica anche ai servizi "on demand". La Convenzione del Consiglio d'Europa, a differenza della direttiva 93/83, specifica che se i segnali portatori di programmi sono trasmessi in forma criptata e se il dispositivo per la decriptazione è messo a disposizione del pubblico in generale a cura o con il consenso dell'organismo di radiodiffusione, tale trasmissione è ugualmente considerata come un atto di radiodiffusione.

<sup>106</sup> La *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto di seguito a beneficio dell'autore di un'opera d'arte originale* (COM (96) 97 final/E 641) è stata presentata al Consiglio il 25 aprile 1996 e poi ripresentata il 12 marzo 1998, come modificata in seguito al parere del Parlamento europeo del 9 aprile 1997 (COM (1998) 78 def). In merito alle problematiche e alle ragioni di fondo per il riconoscimento, a livello europeo, del diritto di seguito, si veda Sibylle SCHLATTER-KRUGER, *L'esigenza di armonizzazione nella CEE per quanto riguarda il diritto di seguito, la copia privata, il diritto d'interprete*, in Carla BODO e Rod FISHER, *Armonia o disordine per la cultura in Europa? L'impatto del Mercato Unico e del Trattato di Maastricht*, cit. Quanto alla *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella Società dell'informazione* (COM (97) 628 final, del 10.12.1997), la Commissione stessa, nel precisarne il contesto (MEMO/97/108), chiariva che, pur non avendo ritenuto opportuno inserire nel testo disposizioni relative alla questione della

Per quanto riguarda il diritto di seguito, gli elementi di complessità che conseguirebbero alla sua introduzione nell'ordinamento comunitario discendono principalmente dalla natura stessa di tale prerogativa, che la maggior parte degli Stati europei già riconosce agli autori di opere grafiche e plastiche. Sebbene in genere classificato tra i diritti patrimoniali in quanto come essi fonte di guadagno e limitato nel tempo, il *droit de suite*, infatti, se ne differenzia poiché è inalienabile e non presenta le caratteristiche di un diritto esclusivo ad autorizzare o impedire: il suo esercizio non dipende dalla volontà dell'autore, bensì dall'iniziativa di un terzo. Nato in Francia nel 1920, esso è stato incorporato nella Convenzione di Berna in occasione della revisione di Bruxelles del 1948, realizzando così una intenzione che era già stata della precedente Conferenza di Roma del 1928, e mira a consentire agli artisti, autori di opere grafiche e plastiche, di partecipare ai profitti tratti dai mercanti d'arte in occasione della rivendita delle loro opere<sup>107</sup>.

L'introduzione del diritto di seguito è fondata sull'esperienza dello sviluppo del mercato dell'arte impressionista ed espressionista, in cui opere, che erano state spesso vendute dall'artista per la prima volta a prezzi bassissimi, venivano, e vengono tuttora, rivendute per cifre notevoli, quando non esorbitanti. Di fronte ad esempi di questo genere, risultano evidenti le ragioni che inducono a dare all'artista ed ai suoi eredi la possibilità di partecipare all'incremento di valore dell'opera, una volta che essa diviene diffusamente apprezzata, tanto più che gli autori di opere grafiche e plastiche, a parte il caso di artisti molto famosi, hanno assai poco occasione di sfruttare nei modi classici le loro creazioni, sia attraverso il diritto di riproduzione che attraverso il diritto di rappresentazione, sotto la forma della esposizione, e quindi pressoché tutto il valore economico della loro opera è integrato nel supporto materiale e sfruttato attraverso la vendita. Ciò considerato, il riconoscimento del diritto di seguito verrebbe a rimediare ad una discriminazione di fatto a danno degli artisti grafici e plastici rispetto

responsabilità dei prestatori di servizi "on line", tali argomenti sarebbero stati oggetto di una diversa proposta, da presentarsi nel 1998. Entrambe le proposte sono presentate dal commissario al mercato interno, Mario Monti.

<sup>107</sup> Cfr. art. 14ter della Convenzione di Berna, che, in via eccezionale, impone in qualche misura la condizione di reciprocità perché sia riconosciuta l'assimilazione dello straniero al trattamento nazionale (in proposito si veda *supra*, Cap I, par 3.4, nota 89).

agli autori letterari ed ai compositori, i quali hanno già modo di partecipare all'incremento di valore delle loro opere attraverso l'incremento di reddito risultante da un aumento delle vendite di libri e dischi<sup>108</sup>.

Base giuridica della proposta di direttiva è, ancora una volta, l'articolo 100A del Trattato, ed in effetti l'assenza di armonizzazione delle legislazioni interne relative al diritto di seguito negli Stati membri dell'Unione è causa di disparità di trattamento nella protezione degli artisti, nonché di distorsioni della concorrenza che possono essere considerate come pregiudizievoli al buon funzionamento del mercato interno, e che diverranno ancora più gravi in considerazione delle conseguenze della sentenza della Corte nel caso *Phil Collins*<sup>109</sup>. La Convenzione di Berna, infatti, pur definendo il diritto di seguito, lascia agli Stati la facoltà di introdurlo o meno nella loro legislazione; tra gli Stati europei il Regno Unito, l'Irlanda, l'Austria e i Paesi Bassi non lo prevedono, e le normative degli altri

<sup>108</sup> L'eliminazione della discriminazione degli artisti plastici e grafici rispetto ad autori e compositori è indicata come motivazione dell'introduzione del *droit de suite* in Germania, nel 1965 (si veda Sibylle SCHLATTER-KRUGER, *op. cit.*) In questa ottica però non era, forse, giustificata l'inclusione, nell'ambito di applicazione della proposta di direttiva, dei manoscritti originali i quali, sebbene compresi tra le opere per cui il diritto di seguito è previsto nel testo della Convenzione di Berna, sono destinati a conoscere uno sfruttamento ulteriore, non costituendo, di per sé, che il supporto originale di un'opera il cui utilizzo avviene pressoché esclusivamente attraverso riproduzione o rappresentazione. I manoscritti sono stati, infatti, esclusi dal novero delle opere d'arte originali soggette al diritto di seguito nella proposta modificata del marzo 1998 (cfr. COM (1998) 78 def., cit., art. 2).

<sup>109</sup> Soltanto il voto a maggioranza qualificata previsto dall'art. 100A avrebbe potuto consentire l'adozione della proposta, dal momento che Regno Unito, Irlanda e Paesi Bassi non si erano dimostrati disposti ad accettarla. Il governo britannico ha, in un primo momento, indicato come appropriata base giuridica l'art. 99, in materia di armonizzazione delle disposizioni fiscali; nel rapporto preparato dalla *British Art Market Federation* sul progetto di direttiva si ritiene, invece, che la base giuridica appropriata dovrebbe essere l'art. 100, sul mercato comune. Entrambi gli articoli indicati richiedono decisioni all'unanimità, e ciò non sorprende, dal momento che il Regno Unito riuscirebbe così ad impedire l'approvazione della direttiva, ma non vi è dubbio che l'ineguaglianza tra gli Stati dell'Unione nella tutela del diritto di seguito costituisca una fonte di distorsioni della concorrenza nel mercato interno, giustificandosi, quindi, il fondamento sull'art. 100A. La decisione della Corte di giustizia nel caso *Phil Collins* accentua ancora di più tali distorsioni, dal momento che gli Stati membri che riconoscono il diritto dovranno accordarlo anche agli autori di altri Stati membri il cui Stato di origine non lo riconosce affatto, aumentando così il rischio che le transazioni si spostino verso i Paesi che non accordano la tutela (cfr. *Phil Collins c. Imrat e Patricia c. EMI*, C-92/92 e 326/92, cit.).

undici Stati presentano differenze notevoli, che attengono, tra l'altro, alla individuazione delle categorie di opere protette, al tipo di transazioni che obbligano alla corresponsione del diritto, ai criteri per la sua quantificazione ed alla soglia oltre la quale esso va applicato<sup>110</sup>.

Quanto alla definizione del proprio ambito di applicazione, la proposta, come modificata in seguito al parere del Parlamento europeo, si riferisce alle opere d'arte originali, espressione che comprende, come esplicitamente chiarito nel testo, le opere delle arti figurative come quadri, collages, dipinti, disegni, incisioni, stampe, litografie, sculture, arazzi, ceramiche e fotografie. In cosa, però, consista l'originalità dell'opera d'arte non è facilmente individuabile, poiché il progetto si riferisce alle creazioni interamente eseguite dall'artista o anche ad esemplari ugualmente considerati come opere d'arte originali. La proposta originaria della Commissione specificava che la valutazione delle opere d'arte originali avrebbe dovuto essere condotta secondo gli usi della professione all'interno della Comunità, ma tale rinvio agli usi era tutt'altro che risolutivo, dal momento che il trattamento delle opere che la tecnica stessa di creazione consente di produrre in più di un esemplare non è affatto univoco nell'ambito comunitario, la proposta modificata in seguito al parere del Parlamento europeo non contempla più, quindi, tale riferimento agli usi<sup>111</sup>. Per altro verso, è stata criticata, in alcuni casi, la scelta di applicare il diritto di seguito a tutte le vendite successive, ad eccezione delle transazioni effettuate da una persona in quanto singolo individuo; si lamenta, in particolare, che tale soluzione non tiene conto del ruolo fondamentale che le

<sup>110</sup> In realtà il diritto di seguito, pur previsto normativamente, è del tutto privo di effetti pratici in Italia ed in Lussemburgo.

<sup>111</sup> Di fronte al Parlamento francese ed al Bundesrat tedesco, nonché al Parlamento europeo, è stata sollevata la questione relativa al criterio di originalità, focalizzando l'attenzione sulla necessità di circoscrivere meglio l'ambito interessato dalla proposta di direttiva, per evitare che l'applicazione uniforme del diritto sia minacciata e si sviluppi un notevole contenzioso, a causa dell'inesistenza di usi professionali comuni agli Stati membri. In generale, infatti, si considera che una serie limitata di esemplari possa essere considerata "originale", ma non esiste una posizione comune sul numero massimo di esemplari che può contare la serie, per essere "limitata"; mentre in alcuni Stati dell'Unione si fa riferimento al segno distintivo personale dell'autore, in altri prevale la concezione intellettuale dell'opera, e si ritengono originali gli esemplari in tutto e per tutto identici all'opera originale. Si veda, a tale proposito, anche Robert DITTRICH, *Artist's resale right harmonisation*, in EUROPEAN COMMISSION, *Proceedings of the International Conference on Creativity & Intellectual Property Rights: evolving scenarios and perspectives*, Vienna, July 12-14 1998, p. 77, a p. 80.

gallerie d'arte spesso rivestono ai fini della scoperta e promozione di nuovi artisti, sostenendo così la creazione d'arte contemporanea. È stata, invece, accolta con favore la proposta di applicare tassi decrescenti all'aumentare delle fasce di prezzo, poiché ciò da un lato consente di contenere l'incidenza del diritto sul prezzo complessivo delle opere per le quali esiste una domanda sul mercato internazionale a livello mondiale, evitando così il rischio che l'introduzione del diritto di seguito causi un trasferimento al di fuori della Comunità delle vendite di opere d'arte contemporanea, e d'altro lato assicura la riscossione di un diritto proporzionalmente più rilevante alle opere di artisti meno conosciuti<sup>112</sup>.

Se la proposta di inserire il diritto di seguito nell'ordinamento comunitario incontra, dal punto di vista tecnico-giuridico, alcune difficoltà a causa del carattere inalienabile di tale diritto, estraneo in particolare al sistema britannico del *copyright*<sup>113</sup>, con riferimento alla recente proposta di direttiva sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella Società dell'informazione sembra, invece, di poter svolgere alcune considerazioni di carattere più generale. Essa, infatti, pur rivolgendosi giustamente alla soluzione di questioni essenziali per la tutela dell'innovazione creativa nel mercato unico e predisponendo le misure necessarie per assicurare l'attuazione dei trattati di Ginevra del dicembre 1996, sembra tradire nella formulazione stessa del titolo, nella struttura ed in alcune scelte di fondo un approccio, ancora una volta, poco adeguato all'esigenza di assicurare una coerenza interna al sistema normativo che si va formando, a livello comunitario, in materia di diritto d'autore. Delineando

<sup>112</sup> Anche sul punto della individuazione del tipo di transazioni soggette al diritto, le normative interne presentano notevoli differenze; in alcuni casi si contemplano tutte le vendite successive, pubbliche e private, in altri le vendite tramite intermediari, in altri ancora (Belgio), soltanto le vendite tramite asta pubblica. In Francia si ritiene che il testo della proposta non tenga conto, in particolare, della specificità delle gallerie francesi, che già contribuiscono in modo più che significativo al finanziamento della sicurezza sociale degli artisti plastici. (Anche in merito alla fissazione del tasso e della soglia di applicazione del diritto, cfr. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une oeuvre d'art originale (COM[96] 97 final/n. E 641)*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 janvier 1997, p. 51 ss.)

<sup>113</sup> Sia il governo che la Camera dei comuni, nel Regno Unito, si sono dichiarati contrari all'introduzione del diritto di seguito.

in questo contesto soltanto in modo generale le problematiche affrontate dalla proposta, si avrà modo di tornare, nel corso del prossimo Capitolo, su alcuni suoi aspetti che sembrano apportare elementi significativi ai fini di una analisi di più vasta portata.

La Commissione intende, attraverso tale iniziativa normativa, intraprendere l'azione necessaria nelle due aree della protezione giuridica armonizzata, da un lato, attraverso l'adattamento del diritto d'autore e dei diritti ad esso connessi ai nuovi rischi ed alle nuove opportunità della moderna Società dell'informazione, assicurando una tutela sufficientemente uniforme perché il mercato interno favorisca lo sviluppo dei nuovi prodotti e servizi che comportano lo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale, e dell'aspetto tecnologico, dall'altro, sviluppando sistemi che permettano una adeguata protezione e gestione dei diritti "spesi" su supporti elettronici. I quattro punti in merito ai quali si ritiene necessaria una immediata azione legislativa per eliminare le barriere, attuali o potenziali, al commercio tra gli Stati membri sono indicati nel diritto di riproduzione, diritto di comunicazione al pubblico, protezione giuridica dell'integrità degli schemi di protezione ed identificazione tecnica, nonché nel diritto di distribuzione, sottoposto al principio dell'esaurimento comunitario. Non si fa mistero del fatto che la proposta, sebbene nata nell'ambito delle competenze relative alla realizzazione del mercato interno, nella sua formulazione è strettamente collegata ai due trattati conclusi, a livello internazionale allargato, a Ginevra nel 1996, come d'altra parte è più che naturale, vista l'attiva partecipazione della Commissione ai lavori della Conferenza di Ginevra e la sempre maggiore interrelazione tra i mercati coinvolti nello sfruttamento delle opere creative<sup>114</sup>.

Per quanto riguarda il diritto di riproduzione, la sua definizione è destinata a coprire tutti gli atti di riproduzione, diretta o indiretta, temporanea o permanente, "on line" o "off line", in forma materiale o immateriale, con la sola eccezione degli atti di riproduzione tecnica necessari per l'utilizzo dell'opera, ma privi di qualsiasi autonomo rilievo economico; la proposta non risolve, invece, la *vexata quaestio* della liceità o meno della copia privata, lasciando agli Stati la facoltà

<sup>114</sup> Cfr. il *memorandum* esplicativo della proposta, spec. all'introduzione, parr. 4 e 5.

di prevedere tale eccezione<sup>115</sup>. In merito al diritto di comunicazione al pubblico, già frammentariamente affrontato in altri atti di diritto derivato, si riprende la formulazione adottata dal Trattato di Ginevra del 1996 sul diritto d'autore, includendo quindi le nuove realtà di fruizione interattiva "on demand". La proposta comunitaria si rivolge, però, a differenza dei trattati del 1996, anche agli organismi di radiodiffusione e contempla una serie di possibili eccezioni che in parte riprendono precedenti obblighi internazionali (compilazione di antologie, reportage di fatti di attualità, citazioni), ed in parte corrispondono più specificamente alla esperienza normativa degli Stati membri (in favore dell'utilizzo in aiuto dei soggetti video o audiolesi, o per procedure amministrative o giudiziarie, o a fini di pubblica sicurezza)<sup>116</sup>.

L'enunciazione del diritto di distribuzione copre, invece, tutte le forme di distribuzione al pubblico dell'opera originale o di copie tangibili, ad esclusione, quindi, dei servizi, ed in particolare di quelli "on line"; si specifica, inoltre, che il diritto di distribuzione si esaurisce in tutto il mercato comune solo se la vendita o altro trasferimento di proprietà dell'originale o di copie tangibili dell'opera con il consenso del titolare avviene all'interno dell'Unione<sup>117</sup>. È infine imposto agli

<sup>115</sup> Cfr. art. 5 della proposta; la Commissione ha iniziato durante il 1998 le consultazioni con le parti interessate sulla questione della copia privata nell'ambiente digitale (cfr. MEMO/97/108, cit.) La soluzione accolta dalla proposta di direttiva in merito al diritto di riproduzione verrà approfondita *infra*, Cap. IV, par. 1. Sulla problematica legata alla riproduzione per uso privato si veda, tra gli altri, Sibylle SCHLATTER-KRUGER, *op. cit.*

<sup>116</sup> Cfr. artt. 3 e 5(3) del progetto; qualsiasi eccezione gli Stati possano prevedere deve, però, superare anche il cosiddetto "three step test" di cui all'art. 5(4), che riprende una disposizione già presente nelle convenzioni internazionali, e consiste nell'accettare soltanto eccezioni che comunque siano limitate ad alcuni casi specifici, non pregiudichino in modo irragionevole gli interessi legittimi dei titolari dei diritti o si pongano in conflitto con il normale sfruttamento delle loro opere. Di diritto di comunicazione al pubblico si parlava già nelle direttive 92/100, 93/83 e 96/9, soltanto per alcuni aspetti, e la direttiva 91/250, all'art. 4, si riferiva a "qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dei programmi da elaboratore".

<sup>117</sup> Attualmente, alcuni Stati comunitari prevedono l'effetto dell'esaurimento anche nel caso in cui la distribuzione avvenga in uno Stato terzo (cosiddetto "esaurimento internazionale"), potendo così causare significativi ostacoli alla libertà di circolazione delle merci, dal momento che ai titolari del diritto è consentito, al ricorrere di alcune condizioni, di impedire le importazioni di copie della loro opera in provenienza da uno Stato comunitario che applica l'"esaurimento internazionale" (cfr. art. 4 della proposta e memorandum esplicativo).



Stati comunitari di fornire una adeguata tutela giuridica contro ogni attività, compresa la produzione o distribuzione di macchinari e la prestazione di servizi, che consenta di impedire fraudolentemente il corretto funzionamento delle misure tecnologiche ideate per evitare l'infrazione delle norme sul diritto d'autore. A differenza delle analoghe disposizioni dei trattati di Ginevra del 1996, la proposta tiene esplicitamente conto non soltanto dell'atto di raggirio singolarmente considerato, bensì anche, e soprattutto, delle strategie che, a livello commerciale, lo rendono possibile su vasta scala<sup>118</sup>.

Nel complesso la proposta, pur completando l'armonizzazione normativa comunitaria in merito a questioni di innegabile urgenza e rilievo, sembra gestire in modo forse un po' troppo ottimisticamente disinvolto la sua struttura così "orizzontale" da condizionare fortemente, almeno a livello interpretativo, sotto molteplici aspetti i precedenti atti derivati adottati nella materia, ben oltre i pochi, pur necessari, "adattamenti tecnici" previsti esplicitamente all'articolo 10. Fortunatamente, la Commissione ha evitato di inserire nella stessa proposta anche disposizioni relative alla responsabilità dei fornitori di servizi "on line", riconoscendo la natura ancora più "orizzontale" di tale questione, che non incide soltanto sulla tutela di diritto d'autore, bensì tocca anche problematiche quali quelle afferenti alla diffamazione, al diritto alla riservatezza, alla concorrenza sleale, ai contenuti pornografici, razzisti o violenti<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> Cfr. art. 6 della proposta e *memorandum* esplicativo. Per altro verso, tale disposizione si differenzia dalla *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato*, cit., in quanto quest'ultima armonizza la tutela nei confronti della ricezione non autorizzata dei servizi ad accesso condizionato indipendentemente dal fatto che coinvolgano diritti di proprietà intellettuale, mentre la prima si occupa dello sfruttamento non autorizzato di un'opera protetta.

<sup>119</sup> Cfr. *Copyright and Related Rights in the Information Society - Proposal for Directive/Background* (10 dicembre 1997).

## CAPITOLO IV

### COMUNITÀ E DIRITTO D'AUTORE NELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE: LA SFIDA DIGITALE

#### 1. Contenuti su supporto digitale e opere di natura digitale (*software* tra diritto d'autore e brevetto)

Ci si riferisce frequentemente all'avvento della tecnologia digitale ed all'incalzante sviluppo dell'industria delle comunicazioni come ad una rivoluzione comparabile a quella determinata dalla stampa a caratteri mobili, che, nel XV secolo, costituì la prima applicazione di un processo industriale alle realtà della comunicazione e della cultura<sup>1</sup>. Il mutamento sostanziale è principalmente dovuto, come si è più volte sottolineato in dottrina, alla "smaterializzazione" dell'opera, che si compie attraverso la sua "numerizzazione", ossia la sua traduzione da una forma analogica ad una digitale, che le permette di viaggiare attraverso le infrastrutture della moderna società dell'informazione. Così tradotta, l'opera, per essere diffusa, non si deve più necessariamente appoggiare ad un supporto materiale quale il libro, la videocassetta, il compact disc, ma viene veicolata da una micro corrente elettrica scomponibile in "on" e "off"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L'associazione è condotta in particolare con riferimento alla rete Internet, o comunque alle infrastrutture di informazione globale (cfr. Jerome REICHMAN, *Emerging Issues in Information Technology - Remarks*, Proceedings of the 90th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 27-30, 1996, cit., p. 276.)

<sup>2</sup> Verso la tecnologia digitale, con le sue incredibili potenzialità, convergono non soltanto le realtà della informazione e delle opere creative, ma anche l'offerta di servizi (cfr. *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des medias et des technologies de l'information et les implications pour la réglementation*, COM (97) 623, iscritto all'o.d.g. della 1365° riunione della Commissione, il 3 dicembre 1997). A

Ebbene, è evidente che le normative comunitarie adottate nella materia del diritto d'autore sono state in gran parte determinate dalla necessità di assicurare un armonioso e tempestivo adeguamento della tutela giuridica, negli Stati dell'Unione, agli effetti della "rivoluzione digitale", allo scopo di impedire che la scelta di soluzioni divergenti o il perdurare di una situazione di incertezza nuocessero al funzionamento del mercato interno ed allo sviluppo dell'industria europea<sup>3</sup>. Sin dalle prime battute di tale intervento normativo, è stato possibile raggruppare le linee di azione intorno a due ideali punti di riferimento, costituiti da un lato dallo sviluppo dei mezzi di diffusione in genere, e quindi delle modalità di sfruttamento economico delle opere, e dall'altro dai nuovi tipi di opere resi possibili grazie alla tecnologia digitale<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda l'aspetto della diffusione attraverso i canali digitali, basti qui accennare ad alcune delle questioni fondamentali, che in parte hanno cominciato ad essere affrontate anche a livello internazionale allargato, come si è visto nel precedente Capitolo. La trasformazione ruota intorno al fatto che le nuove tecnologie hanno

proposito degli effetti della "smaterializzazione" dell'opera sulle problematiche di diritto d'autore si vedano, tra gli altri, André LUCAS, *Copyright and Related Rights in the Information Society: a Need for Continuity, a Need for Change?*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, cit. e Sara ROMANO, *Considerazioni su una audizione a Bruxelles in tema di diritto d'autore nella società dell'informazione, Il diritto di autore*, 1996, p. 211.

<sup>3</sup> Le tre direttive "verticali" riguardano opere di natura digitale (si è visto come la direttiva sulle banche-dati, sebbene nella sua forma definitiva non sia limitata alle sole banche elettroniche, in origine si dovesse occupare esclusivamente di queste); tra gli atti di carattere "orizzontale", la direttiva 93/83 affronta questioni relative allo sviluppo dei mezzi di diffusione, sebbene non specificamente di natura digitale, e la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella Società dell'informazione* (COM (97) 628 final, cit.), si occupa principalmente di adeguare la tutela all'ambiente digitale (cfr. *supra*, Cap. III).

<sup>4</sup> FRANÇON (*Conclusions*, in Frank GOTZEN (a cura di), *Copyright and the European Community - the Green Paper on Copyright and the Challenge of New Technology*, cit., p. 89), nell'analizzare il Libro verde della Commissione del 1988, si riferisce, in realtà, al progresso dei mezzi "de reproduction" delle opere, ma si è fatto giustamente notare che "il venir meno di un supporto materiale come esclusivo veicolo comunicazionale contribuisce a rendere meno netta, se non obsoleta, la distinzione tra diritto di riproduzione, diritto di diffusione, diritto di messa in circolazione" (cfr. ROMANO, *op. cit.*, p. 215).

reso incredibilmente facile ed economica la riproduzione e diffusione delle opere, passando così, anche in considerazione della possibile "messa a disposizione del pubblico" su richiesta, sempre più ad un utilizzo "privato di massa", per il quale si è da taluni addirittura dubitato che potesse continuare a sopravvivere un sistema di tutela basato sul riconoscimento di diritti esclusivi<sup>5</sup>. Sembra, tuttavia, che stia prevalendo, almeno in via di principio, un approccio quanto più possibile prudente e conservatore, in favore di un semplice adattamento delle regole esistenti, riconoscendo un ruolo rilevante alle misure tecniche dirette ad impedire gli utilizzi non autorizzati, nonché, come si è avuto modo di vedere con riferimento alla direttiva 93/83, alle società di gestione collettiva. Il "diritto di comunicazione al pubblico, comprendente il diritto di rendere disponibili le opere", è delineato dalla Commissione, nella nuova proposta di direttiva, come un diritto esclusivo, non soggetto ad esaurimento, e ciò testimonia il riconoscimento dell'importanza di tale forma di diffusione<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Ciò a causa della "situazione volatile" in cui le opere si trovano nell'ambiente digitale, che renderebbe impossibile l'efficace attuazione del diritto. In merito alle diverse teorie sulle possibili conseguenze che la digitalizzazione, attraverso la compiuta convergenza delle tre aree dell'immagazzinamento, manipolazione e trasmissione dei dati, può avere sulla configurazione della tutela giuridica, si veda Andrew CHRISTIE, *Reconceptualising Copyright in the Digital Era*, *European Intellectual Property Review*, 1995, p. 522. Si vedano anche ROMANO, *op. cit.*, p. 212 e LUCAS, *op. cit.*, p. 30.

<sup>6</sup> Si veda *supra*, Cap. III, par. 3.2, e la *Proposta di direttiva* ult. cit., art. 3, nonché artt. 6 e 7 per quanto riguarda i dispositivi tecnici di tutela, il cui ruolo è evidenziato, tra gli altri, da Mario FABIANI (*La tutela delle opere dell'ingegno nell'informatica e nel multimediale. Ruoli e controlli della S.I.A.E., Il diritto d'autore*, 1996, p. 367), che ricorda come in sede comunitaria si sia proposto un sistema elettronico di gestione articolato sia in funzione della individuazione delle opere destinate alla diffusione con sistema digitale, sia del controllo delle utilizzazioni e della prevenzione contro riproduzioni non autorizzate. Ritiene che la Commissione europea, ed anche i governi americano, francese e giapponese, dimostrino di avviarsi verso un approccio prudente di adattamento delle regole di diritto d'autore esistenti, Elisabeth LOGEAS (*Quel avenir pour le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information?*, *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1996, p. 191). Ottimista per quanto riguarda la possibilità di mantenere sostanzialmente il regime di tutela tradizionale dopo l'avvento delle reti informatiche si dimostra anche Alain BENSOUSSAN (*Internet, aspects juridiques*, Parigi, 1996), il quale afferma che in Internet il diritto d'autore è applicabile, ma la sua efficacia dipende dai dispositivi di protezione tecnica. Il diritto esclusivo ad autorizzare la diffusione elettronica delle opere, riconosciuto nella *Proposta di direttiva* anche ai titolari di diritti connessi, fuga i timori delle industrie europee, che paventavano una pericolosa sottovalutazione della rilevanza della

Sebbene l'analisi delle problematiche che investono le opere tradizionali a causa dell'inserimento nell'ambiente digitale sia tutt'altro che priva di interesse, ed anzi preferita recentemente dalla dottrina, sembra qui opportuno focalizzare l'attenzione sul modo in cui il diritto comunitario ha organizzato la tutela del "maggiore componente tecnologico" della rivoluzione digitale: il programma per elaboratore<sup>7</sup>. Va, infatti, rilevato che le istituzioni europee hanno avviato la loro azione normativa nella materia del diritto d'autore garantendo la tutela, a tale titolo, dei programmi, e risolvendo solo successivamente, ad esempio, la questione dell'armonizzazione della durata dei diritti, senz'altro meno impegnativa dal punto di vista sistematico e la cui urgenza ed innegabile, immediata rilevanza per il corretto funzionamento del mercato interno era stata sottolineata in modo evidente dalla sentenza nel caso *EMI II*, nel 1989. Di una tale urgenza si dubitava, invece, con riferimento alla tutela dei programmi per elaboratore, dal momento che, come ammesso anche dalla Commissione, essa era già garantita nella maggior parte degli Stati membri per via normativa o giurisprudenziale e che, forse, alla prova dei fatti, nel caso dei programmi si sarebbe dimostrata preferibile una tutela *sui generis* piuttosto che un diritto d'autore deformato<sup>8</sup>.

diffusione per via elettronica e l'inadeguata previsione, per essa, di un semplice diritto a remunerazione (si veda Richard CONSTANT, *Copyright Protection in the Information Society: a Major Player's Perspective*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century* - Proceedings of the International Conference, cit., p. 85.)

<sup>7</sup> Cfr. CHRISTIE, *op. cit.*, p. 522.

<sup>8</sup> Fa notare FRANÇON (*op. ult. cit.*, p. 93) che vi è una contraddizione tra le premesse e la conclusione del ragionamento seguito dalla Commissione nel Libro verde del 1988, poiché essa, pur prendendo atto che "... negli Stati membri la giurisprudenza riconosce con sempre maggiore frequenza l'applicazione in linea di principio del diritto di autore ai programmi per elaboratori..." e "... in molti Stati membri sono stati presentati e adottati disegni di legge che essenzialmente confermano (...) le tendenze già manifestatesi in decisioni giurisprudenziali ..." (cfr. parr. 5.3.7 e 5.3.8), ne fa conseguire la necessità di regolare tempestivamente la questione con una direttiva comunitaria (cfr. par. 5.4.2). D'altra parte, la direttiva 91/250 riferisce, nel primo dei *consideranda*, "che attualmente i programmi per elaboratore non sono tutelati in modo preciso in tutti gli Stati membri dalle normative esistenti e che detta tutela, ove esiste, assume connotazioni diverse..." "motivandosi, quindi, per il fatto che "... alcune delle differenze esistenti nella tutela giuridica dei programmi per elaboratore conferita dalle leggi degli Stati membri hanno effetti diretti e negativi sul funzionamento del mercato comune..." (IV *considerandum*).

In effetti, già la vaghezza della "disarmonizzatrice" direttiva precedentemente adottata per assicurare la protezione delle topografie di prodotti semiconduttori poteva far riflettere sulla completa adeguatezza di una tutela a titolo di diritto d'autore; essa, infatti, non definiva il titolo di tutela di una realtà la quale, per quanto più *hardware* che *software*, partecipava comunque in buona misura delle stesse caratteristiche e problematiche che avrebbero connotato la direttiva sui programmi. Con ciò, non si intende affermare che non vi fossero ragioni di rilievo a motivare la scelta di tutelare, a livello comunitario, i programmi per elaboratore "come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna"<sup>9</sup>, bensì sottolineare come, in tal modo, il primo elemento che l'ordinamento comunitario, con le sue caratteristiche di sussidiarietà, ma anche di prevalenza, inserisce nelle diverse normative nazionali di diritto d'autore ne rappresenta, in realtà, una deformazione. Le istituzioni europee iniziano, dunque, a legiferare, esplicitamente intromettendosi nella dimensione dell'"esistenza" del diritto, definendone dei connotati tutt'altro che tradizionalmente caratteristici, la cui influenza sui successivi sviluppi normativi comunitari potrebbe assumere contorni, di cui si prospetta un significativo esempio nel prossimo paragrafo, che comporterebbero mutamenti radicali nella maggior parte dei sistemi interni di tutela e sarebbero difficilmente giustificabili alla luce dell'articolo 128(4) del Trattato<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. art. 1 della direttiva 91/250. Le reali ragioni che motivarono la scelta di una tutela a titolo di diritto d'autore tenevano in considerazione, si ricorda, soprattutto le necessità di assicurare una immediata certezza di tutela alle industrie che partecipavano allo sviluppo delle tecnologie digitali (si veda *supra*, Cap. III, par. 3.1; osserva LEHMANN, *op. cit.*, p. 300, che se si fosse optato per una tutela *sui generis*, "la Convenzione di Berna e l'accordo mondiale sul diritto d'autore sarebbero rimasti bloccati, sicché si sarebbe dovuto creare un nuovo, autonomo, accordo internazionale di tutela dei programmi per elaboratore"). Sottolinea HUET (*L'Europe des logiciels*, cit., p. 223) che il ricorso a questo tipo di proprietà intellettuale è scelto dalla direttiva comunitaria come da molte legislazioni interne, ed in particolare da quella francese. I lavori preparatori della direttiva manifestano a questo proposito la preoccupazione di evitare qualsiasi causa di ambiguità, il che determina la scelta della tutela dei programmi "in quanto" opere letterarie, e non "come se lo fossero": si insiste che tali creazioni costituiscono un'opera che esprime idee in un linguaggio determinato.

<sup>10</sup> In merito alla distinzione tra "esistenza" ed "esercizio" del diritto d'autore, indicata dalla Corte di giustizia comunitaria, si veda *supra*, Cap. I, par. 4; per quanto riguarda il significato della clausola di integrazione di cui al paragrafo 4 dell'articolo 128 si veda *supra*, Cap. II, in particolare parr. 5 e 6.

Il fatto è che "a computer program is a machine whose medium of construction happens to be text"; tale definizione ben evidenzia le due componenti di questo nuovo tipo di opera funzionale, che è caratterizzata da profili legati in parte al linguaggio ed in parte all'utilità, e la cui assimilazione completa alle opere letterarie presenta, quindi, qualcosa di azzardato<sup>11</sup>. Dell'idea di costruire un nuovo tipo di protezione *sui generis*, pur avanzata in dottrina, non si trova traccia nella direttiva comunitaria, che non spiega affatto le motivazioni della scelta di una tutela a titolo di diritto d'autore, ma nemmeno esclude la possibilità di tutelare i programmi anche ad altro titolo<sup>12</sup>. Il titolo tradizionale per la tutela delle macchine sarebbe quello brevettuale, ma neppure tale regime si rivela del tutto confacente alla natura del *software*, poiché il requisito della novità poco si adatta ai programmi in generale, le cui caratteristiche di innovazione sono legate ad un effetto cumulativo e sequenziale, e la cui forma espressiva è costituita comunque da un testo, sebbene strutturato per comunicare non agli uomini, bensì ad una macchina<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Si veda, in tal senso, HUET, *op. cit.*, il quale ritiene che si potrebbero considerare i programmi più facilmente assimilabili alle opere d'arte applicata, ma che in definitiva si svelerà, tra la parte di linguaggio e quella di utilità, quale sia preponderante. La definizione citata del programma per elaboratore è di Randall DAVIS (Pamela SAMUELSON, Randall DAVIS, Mitchell D. KAPOR & J.H. REICHMAN, *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs, Columbia Law Review*, 1994, p. 2308).

<sup>12</sup> Cfr. art. 9 della direttiva, che nomina espressamente le disposizioni in materia di diritti brevettuali, marchi commerciali, concorrenza sleale, segreto industriale, tutela dei prodotti che incorporano semiconduttori o anche diritto contrattuale (a questo proposito, si veda GROVES, MARTINO, MISKIN e RICHARDS, *op. cit.*, p. 82.)

<sup>13</sup> Cfr. REICHMAN, *op. ult. cit.*, il quale osserva come, d'altra parte, nemmeno il regime di tutela del segreto industriale si rivela adatto, non assicurando diritti esclusivi. Da questo punto di vista, la tutela più forte è senz'altro quella brevettuale. Si può ricordare, a questo proposito, la distinzione puntualizzata da William WALLACE (*Protection for Designs in the United Kingdom, International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1974, p. 421) tra "approccio brevettuale" e "approccio di diritto d'autore" con riferimento ai disegni industriali. Nel primo caso si intende un sistema in cui il criterio di protezione è che il disegno sia nuovo: se somiglia troppo ad un altro disegno già reso pubblico non è protetto affatto, ma se è protetto il proprietario può impedire a chiunque di commercializzare articoli che utilizzano quel disegno, senza dover provare che gli sono stati copiati; nel secondo caso il criterio di protezione è l'originalità, ossia il fatto che il disegno sia il frutto dell'opera del suo creatore e non sia stato copiato, se ciò è provato, possono essere contemporaneamente tutelati anche due disegni virtualmente identici.

Come si è già avuto modo di vedere, l'Ufficio europeo dei brevetti, che opera nell'ambito della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo, pur non potendo considerare invenzioni i programmi da elaboratore, come anche i metodi matematici, in quanto tali, non esclude la possibilità di brevettare un'invenzione che costituisca una innovazione tecnica, sebbene implichi l'utilizzo di tali elementi. Tale specificazione, introdotta con la modifica delle Direttive dell'Ufficio nel 1985, rappresenta una soluzione di compromesso, volta a tenere in considerazione l'accresciuta importanza del *software* rispetto all'*hardware*, e quindi ad ampliarne quanto più possibile i margini di tutela. Laddove ottenibile, infatti, e cioè in presenza dei requisiti di novità e tecnicità, la protezione a titolo di brevetto rappresenta la soluzione ottimale per l'impresa, che possiede così un vero e proprio monopolio di sfruttamento<sup>14</sup>.

Ad ulteriore conferma della natura ambivalente dei programmi per elaboratore, è quindi possibile che, nel settore dell'informatica, coesistano brevetto per invenzione e diritto d'autore, fermi restando i limiti dell'approccio brevettuale, il quale non può riferirsi al programma inteso quale insieme di istruzioni astratte ma soltanto ai casi in cui viene prodotto un risultato tecnico. È stato notato che la maggiore apertura verso la brevettazione potrebbe agevolare una ricostruzione sistematicamente sostenibile dell'ambito della tutela d'autore, "evitando di attribuirle un'impropria funzione di supplenza del brevetto"<sup>15</sup>. Ciò ci riconduce a considerare le possibili conseguenze,

<sup>14</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, nota 176, a proposito degli artt. 52ss della Convenzione. Per un commento sulla modifica delle Direttive dell'Ufficio europeo dei brevetti, che non hanno carattere vincolante, si veda G. GALL, *European Patent Office Guidelines 1985 on the Protection of Inventions Relating to Computer Programs*, *Computer Law & Practice*, 1985, p. 2. Uno studio relativo al valore della tutela brevettuale del *software* per le industrie dell'alta tecnologia è svolto da Michael J. LENNON, *The Value of Software Patents to High Technology Companies*, *Computer Law & Practice*, 1992, p. 174. Commenta Paul BRAENDLI (*The Future of the European Patent System, International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, p. 825) che l'efficacia di un sistema brevettuale dipende molto dalla sua capacità di fornire una tutela efficace ai nuovi sviluppi di maggiore importanza economica.

<sup>15</sup> In tal senso Giovanni GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software - Brevetto e diritto d'autore*, Milano, 1996, al quale ci si riferisce per un'analisi dettagliata della casistica, al livello europeo e dei diritti interni. Perché il programma sia considerato brevettabile, esso può produrre un risultato tecnico che si esprime in una realtà fattuale esterna all'elaboratore (funzionamento di un apparato per raggi x o per il



sulle caratteristiche generali del sistema, dell'inclusione dei programmi nell'ambito di una tutela a titolo di diritto d'autore.

## 2. Interoperabilità e interattività: possibili riflessi sull'integrità dell'opera

Si è osservato che le istituzioni europee hanno cominciato la loro azione di armonizzazione normativa in materia di diritto d'autore disponendo la tutela di un tipo nuovo di opera, dalle caratteristiche complesse ed ambigue. Ebbene, una valutazione degli effetti che tale ambiguità potrebbe esercitare sui successivi sviluppi normativi a livello europeo non è, forse, del tutto un prematuro ed inopportuno esercizio teorico. Mentre, infatti, nella prospettiva di diritto interno degli ordinamenti statali tale nuovo elemento si inserisce nell'ambito di un regime di diritto d'autore articolato, consolidatosi ed evolutosi nel tempo, rispetto al quale può essere considerato una eccezione, un caso particolare, per l'ordinamento comunitario esso rappresenta uno dei pochi dati normativi certi e di immediata rilevanza cui fare riferimento per la ricostruzione del sistema<sup>16</sup>. Ne consegue il rischio, non del tutto peregrino, che aspetti specifici delle nuove realtà più o meno artificialmente ricomprese sotto l'ombrello della tutela di diritto d'autore, disciplinati dettagliatamente proprio a causa della loro

*processing* digitale di un insieme di dati bidimensionali...), o anche all'interno dell'elaboratore o sugli altri elementi del sistema di elaborazione (sistemi di sicurezza per il trasferimento di informazioni tra due stazioni, invenzioni che ottengono tramite *software* la modifica della struttura dell'elaboratore, metodi che migliorano la gestione delle immagini in un sistema di grafica computerizzata, consentendo all'utilizzatore più agevoli e precise operazioni di rotazione degli oggetti grafici rappresentati sul monitor...) Si vedano, a tale proposito, anche Paola A.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore*, Milano, 1997, Henri W. HANNEMAN, *Patentability of Computer Programs in Europe* e Michael VIVANT, *Copyrightability of Computer Programs in Europe*, entrambi in Alfred P. MELJBOOM, Corien PRINS (eds.), *The Law of Information Technology in Europe*, cit.

<sup>16</sup> Si è già avuto modo di ricordare che è possibile prospettare l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento comunitario facendo riferimento alle norme internazionali sul diritto d'autore come diritto dell'uomo ed alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma il contenuto di tale principio non è facilmente individuabile, anche in considerazione delle notevoli differenze tra i diversi regimi statali nella materia (cfr. *supra*, Cap. III, par. 2, nota 211).

particolarità, possano avere ricadute sul sistema in generale, causandone una caratterizzazione non ortodossa<sup>17</sup>.

Vi è un aspetto affrontato dalla direttiva 91/250, estremamente delicato ed essenziale per lo sviluppo dell'industria informatica, che attiene al particolare carattere del programma quale testo fatto per essere "letto" da una macchina allo scopo di adempiere ad una funzione, ed alla sua necessità di essere creato in modo tale da poter interagire con gli altri programmi offerti sul mercato. Si tratta di tutta una serie di disposizioni che consentono, da un lato, la traduzione, l'adattamento, l'adeguamento ed ogni altra modifica di un programma allorché tali atti siano necessari per un uso dello stesso conforme alla sua destinazione o per la correzione di errori da parte del legittimo acquirente, e d'altro lato l'osservazione, studio e sperimentazione del funzionamento del programma allo scopo di individuare le idee e i principi su cui esso è basato, fino alla possibilità di riprodurne e tradurne il codice, se ciò è indispensabile per ottenere le informazioni necessarie a "conseguire l'interoperabilità con altri programmi di un programma per elaboratore creato autonomamente"<sup>18</sup>. Tali disposizioni sono strutturate come deroghe alle attività riservate al titolare sulla base dell'attribuzione di diritti esclusivi.

Ora, un tale complesso di disposizioni è il sintomo di una profonda "deformazione" di uno dei fondamenti tradizionali del diritto d'autore, secondo il quale è tutelata la forma espressiva originale dell'opera, ma non le idee e i principi da cui essa ha tratto ispirazione e che, in qualche misura, incorpora. Per quanto tale regola sembri ribadita laddove la direttiva afferma che "le idee e i principi alla base di

<sup>17</sup> Tale rischio è prospettato, in realtà, anche con riferimento al sistema interno francese di diritto d'autore, che, nonostante la sua antica ed esemplare tradizione di forte tutela, si ritiene "profondamente sfigurato" in conseguenza della sua forzata applicazione ai programmi da elaboratore (si veda VIVANT, *LE STANC*, *op. cit.*, p. 217).

<sup>18</sup> Cfr. artt. 4, 5 e 6 della direttiva. In realtà, tale corpo di disposizioni è strutturato in modo articolato e complesso, a volte forse anche eccessivamente pesante, in parte allo scopo di sottolineare che le eccezioni previste non possono costituire un artificio per violare l'accordo di licenza ed utilizzare, ad esempio, il programma su di una macchina non autorizzata (cfr. Thomas C. VINJE, *Interoperable Product Development Under the EC Software Directive*, *Computer Law & Practice*, 1992, p. 190, a proposito dell'art. 5(3), al quale si rinvia per un'analisi dettagliata delle specifiche disposizioni della direttiva e del loro significato alla luce delle correnti pratiche dell'industria informatica), ed in parte perché la soluzione adottata nel testo definitivo costituisce un sofferto compromesso.

qualsiasi elemento di un programma per elaboratore, compresi quelli alla base delle sue interfacce, non sono tutelati dal diritto d'autore", in realtà la disciplina predisposta consente di mantenere il segreto rispetto a tali idee e principi, ad eccezione del caso in cui esso vada necessariamente infranto allo scopo di conseguire l'interoperabilità di un diverso programma. È tutelato, infatti, il *software* comprensivo del materiale preparatorio per la progettazione del programma, il quale, nella sua forma operativa commercializzata, non consente di risalire alle "idee e principi" cui si conforma, se non attraverso la decompilazione, cioè la traduzione del codice-macchina in codice-fonte, consentita, appunto, soltanto al fine di ottenere l'interoperabilità di una diversa creazione originale<sup>19</sup>. Nella sua redazione iniziale, la proposta di direttiva impediva, anzi, implicitamente qualsiasi operazione di decompilazione, a qualunque scopo condotta<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. art. 1(1) e (2) della direttiva. L'esemplare di programma di cui dispone l'utilizzatore è espresso in un codice tale da consentirgli di funzionare su di un determinato tipo di macchina; si tratta di un codice-macchina, in grado di interagire con il microprocessore dell'elaboratore, ma non direttamente intelleggibile per l'uomo, poiché si presenta come una serie di elementi binari, praticamente di 0 e di 1. Il programma originale viene scritto dal programmatore in un linguaggio evoluto, il codice-fonte, che, pur essendo legato a rigorose regole di sintassi, rassomiglia ad un linguaggio naturale. La traduzione da codice-fonte a codice-macchina è svolta da appositi programmi, compilatori o interpreti; la decompilazione è l'operazione inversa, tecnicamente complessa, che consente di ricostruire il codice-fonte a partire dal codice-macchina. Il materiale preparatorio per la progettazione di un programma comprende, oltre al codice-fonte, algoritmi, organigrammi e strutture di dati. Gli sviluppatori e editori di programmi possono impedire qualsiasi tipo di decompilazione mettendo spontaneamente a disposizione i dati necessari a conseguire l'interoperabilità (cfr. art. 6(b) della direttiva; sulla questione della risalita alle fonti si veda Hervé CROZE et Franck SAUNIER, *Logiciels: retour aux sources*, *La Semaine Juridique*, 1996, p. 123.)

<sup>20</sup> In risposta alle vivaci reazioni suscitate da tale presa di posizione, il Parlamento formulò emendamenti che, presi in considerazione dalla Commissione e dal Consiglio, portarono all'adozione dell'attuale soluzione di compromesso, che sembra corrispondere più all'approccio continentale che a quello anglosassone. Secondo diverse versioni proposte dell'art. 6, la decompilazione avrebbe dovuto essere consentita soltanto allo scopo di ottenere l'interoperabilità della nuova creazione con il programma decompilato. Una simile proposta, avanzata nell'ottobre del 1990 dal Gruppo di lavoro del Consiglio dei ministri si riferiva all'interoperabilità "con il programma originale". In merito a tale formulazione si svolsero le più accese discussioni, e la versione finale della disposizione risulta, in effetti, ben diversa, poiché stabilisce che il programma compatibile creato utilizzando le informazioni derivate dalla decompilazione può anche essere in concorrenza con il programma decompilato, ed in tal caso non è, generalmente, con esso che deve assicurare l'interoperabilità (cfr.

Se da un lato le questioni relative all'interoperabilità mettono in luce l'importanza della tutela delle idee su cui si basa il programma, per altro verso l'accettazione di alcune forme di interattività da parte dell'utilizzatore nei confronti dell'opera sottolineano il complementare scarso interesse per la sua integrità formale. Sia consentito, a questo proposito, utilizzare il termine "interattività" in una accezione più radicale rispetto alla semplice fruizione "on demand", con riferimento a quelle disposizioni della direttiva, a cui si è già accennato, che consentono la traduzione, l'adattamento, l'adeguamento ed ogni altra modifica di un programma, allorché tali atti siano necessari per un uso dello stesso conforme alla sua destinazione o per la correzione di errori da parte del legittimo acquirente<sup>21</sup>. Salvo disposizioni contrattuali specifiche, e fatti salvi i diritti della persona che modifica il programma, tali atti non sono soggetti all'autorizzazione del titolare del diritto d'autore sul *software*.

Ebbene, è evidente che in tali norme si apprezza tutto il valore funzionale dell'opera in questione, e le eccezioni previste al diritto esclusivo si spiegano perfettamente, dal momento che esse in genere non ne intralciano affatto, anzi ne agevolano, lo sfruttamento economico da parte del legittimo titolare<sup>22</sup>. A prescindere dalle considerazioni svolte nel precedente paragrafo, non si intende qui contestare l'opportunità di tutelare a titolo di diritto d'autore un'opera funzionale siffatta<sup>23</sup>, bensì sottolineare che le deroghe al diritto esclusivo dell'autore di autorizzare o impedire adattamenti o modifiche della sua opera si giustificano, in questo caso, proprio in ragione della particolare natura dell'opera. Si rileva, invece, non senza una certa preoccupazione, che le istituzioni europee hanno già manifestato di

la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo*, SEC (91) 87 final - SYN 183, del 18 gennaio 1991, par. 4.7; si vedano, a questo proposito, VINJE, *op. cit.*, e Josette BEER-GABEL, Régis CHEMAIN, *La décompilation des logiciels: l'industrie européenne face au droit d'auteur*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, p. 363.)

<sup>21</sup> Cfr. art. 5(1).

<sup>22</sup> Sulle opere funzionali si veda *supra*, Cap. III, par. 3.1, nota 231.

<sup>23</sup> Si veda in proposito FRASSI (*op. cit.*, p. 338 ss.), secondo la quale né la rigida contrapposizione tra estrinsecazione dell'attività creativa destinata al soddisfacimento di un'esigenza puramente intellettuale ed attività creativa finalizzata alla soluzione di problemi tecnici (e pratici), né la contrapposizione tra creazione attinente alla forma espressiva dell'opera ed al contenuto ideativo parrebbero più idonee a definire i confini tra diritto d'autore ed invenzioni industriali.

prendere in considerazione l'eventualità di estendere anche alle opere tradizionali tale *favor* nei confronti di adattamenti e modifiche.

Ci si riferisce in particolare ad alcune delle domande rivolte alle categorie interessate nel contesto del Libro verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione, per ottenere commenti in merito, tra l'altro, alla possibilità di presumere che l'autore, per il fatto stesso di aver dato il suo accordo alla numerizzazione, abbia anche acconsentito a certi tipi di modifiche ritenute accettabili, magari sulla base di definizioni generali raggiunte attraverso la contrattazione collettiva<sup>24</sup>. La ragione per la quale viene affrontata la questione è naturalmente, ancora una volta, legata all'incentivazione dello sviluppo industriale europeo attraverso l'eliminazione di eventuali ostacoli che impediscano lo sfruttamento ottimale delle nuove tecnologie dell'informazione. Si ritiene, infatti, che il vasto patrimonio culturale europeo possa costituire un vantaggio di prim'ordine anche in termini economici, poiché il contenuto è un elemento essenziale della società dell'informazione, tanto come fonte rilevante e crescente di entrate per le imprese, quanto come veicolo di idee e di valori che contribuiscono alla conservazione ed alla promozione della diversità culturale e linguistica europea<sup>25</sup>.

Sebbene tali affermazioni siano senz'altro condivisibili, e la menzione di modifiche quali il doppiaggio, o l'aggiunta di sottotitoli, possa non sembrare particolarmente "pericolosa" per l'integrità dell'opera, va osservato che la Commissione, dopo aver nominato la generica "versione in nuovo formato", lascia aperta la sua esemplificazione delle possibili modifiche, e su tali questioni il mondo degli autori, interpreti ed esecutori ha espresso il suo preoccupato dissenso<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> La questione è ritenuta degna di una certa attenzione, dal momento che si chiede anche se "tali situazioni debbano essere oggetto di negoziato globale o per settore" (cfr. *Libro verde*, COM (95) 382 def. cit., sez. VII, p. 69).

<sup>25</sup> Cfr. *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni su "L'impatto della società dell'informazione sulle politiche dell'Unione europea. Preparare le prossime tappe"*, COM (96) 395 def., del 24 luglio 1996, Cap. 2, par. 2.3(d).

<sup>26</sup> Si veda in particolare la reazione di Sergio CIULLI (*Copyright in the Information Society: an Artist's Point of View*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, cit., p. 95), il quale afferma che la tecnologia digitale rappresenta una minaccia per l'integrità artistica da diversi punti di vista e che i diritti di "adattamento" non dovrebbero essere assegnati in modo automatico in nessun caso.

Sembra, in effetti, che la prospettazione di una siffatta disciplina con riferimento alle opere tradizionali rifletta un approccio troppo radicalmente orientato alla tutela degli interessi economici legati allo sfruttamento dei contenuti, che non tiene sufficientemente in considerazione l'interesse culturale e sociale che l'accesso del pubblico avvenga nei confronti di un'opera integra dei suoi valori originali<sup>27</sup>. Se tale approccio può essere giustificato per un'opera ambigua e particolare quale il programma da elaboratore, non è altrettanto per creazioni che non presentano affatto tale inversione di importanza spostata a favore della tutela dell'idea piuttosto che non della sua forma espressiva, né mutano tale loro caratteristica soltanto per il fatto di essere riprodotte in modalità digitale.

Si ritiene di rilevare elementi che consentono di sottolineare l'indebita forzatura costituita da un tale tipo di approccio anche nel modo stesso in cui la questione è sollevata nel Libro verde della Commissione. Se è vero, infatti, che vi possono essere dubbi relativamente all'opportunità di armonizzare il diritto morale, che garantisce l'integrità dell'opera e la paternità dell'autore, perché attualmente esso non pone veri problemi per il mercato interno, ciò non significa che il diritto europeo possa e debba andare nella direzione di un suo nascosto, ma inesorabile, svilimento, affidandone la regolamentazione esclusivamente al "libero" gioco delle forze presenti sul mercato<sup>28</sup>. È infatti evidente che ben difficilmente un

Maureen DUFFY (*Creators and the Digital Future, ibidem*, p.63) esprime la propria convinzione che anche nel caso della tecnologia digitale e della conseguente rivoluzione delle comunicazioni possa avvenire, come precedentemente con l'avvento della fotografia, della radio e del cinema, che, dopo un periodo iniziale in cui l'entusiasmo per il nuovo minaccia di perdere il vecchio, le varie forme d'arte si stabilizzino in una coesistenza di tensione creativa, ma ammonisce che in mancanza della identificazione della fonte di un'opera di informazione o di immaginazione i membri del pubblico non sono in grado di valutarla, e che è assurdo trattare, da tale punto di vista, un'opera intellettuale, di ricerca, di dottrina o di fantasia, da meno dei barattoli di pomodori o delle confezioni di cereali.

<sup>27</sup> In merito alla triplice finalità della tutela di diritto d'autore, al tempo stesso culturale, economica e sociale, collegata alla funzione creativa dell'autore, distributiva dell'imprenditore ed educativa all'atto della fruizione da parte del consumatore, si veda supra, Cap. II, par. 1.

<sup>28</sup> Osserva Mauro MASI (*Conference opening*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, cit., p. 23) che non è un caso che il diritto d'autore nasca insieme ai diritti dell'uomo, poiché l'artista e l'accademico acquistano così dignità di

interesse non economico e strettamente collegato ad un rapporto personale tra creatore ed opera possa trovare in tal sede una adeguata considerazione; considerazione che tuttavia la Commissione deve ritenere necessaria, poiché si riferisce espressamente alla pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Phil Collins*<sup>29</sup>, laddove essa afferma che l'oggetto specifico del diritto d'autore e dei diritti degli artisti interpreti, quali si trovano disciplinati dalle legislazioni nazionali, è di assicurare la protezione dei diritti morali ed economici dei loro titolari, e fa specifico riferimento al diritto degli autori e degli artisti di opporsi ad ogni deformazione, mutilazione o altra modifica dell'opera che porterebbe pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione. Sembra, inoltre, opportuno ricordare come la Corte abbia, in altra occasione, affermato l'importanza dell'attenzione alla qualità dei contenuti in argomento di tutela degli interessi culturali<sup>30</sup>, concludendo che quindi, se veramente le istituzioni europee intendono assicurare un elevato livello di protezione del diritto d'autore e tenere nella debita considerazione gli aspetti culturali mentre svolgono la loro azione nell'ambito delle altre politiche, come prescritto dall'articolo 128 del Trattato, esse non possono trascurare l'importanza di una adeguata tutela della integrità delle opere, a maggior ragione di fronte alle possibilità di diffusione capillare offerte dalle nuove tecnologie.

### 3. Alcune conseguenze di un approccio normativo frammentario

Le considerazioni appena svolte con riferimento al diritto all'integrità dell'opera non vogliono rappresentare tanto un monito in generale riguardo alle possibili conseguenze dell'impatto delle nuove tecnologie sul diritto d'autore, quanto un esempio che dimostra il rischio che tali conseguenze assumano proporzioni ancor più notevoli proprio nell'ordinamento comunitario, a causa del suo procedere per

cittadini liberi. Una produzione artistica e letteraria condizionata, dotata di difese inappropriate ed affidata alla mera dialettica del profitto e del consumo tende a confinare l'autore al ruolo di cortigiano, e nulla importa se il nuovo principe vanta poche gocce di sangue reale o è un'entità astratta, il mercato, basato su regole economiche.

<sup>29</sup> In merito alla quale si veda *supra*, Cap. I, parr. 3.4 e 4, nota 98.

<sup>30</sup> Cfr. *supra*, Cap. II, par. 3, nota 147.

azioni armonizzatrici isolate, mirate alla soluzione di questioni specifiche e fondate su una base giuridica per sua natura orientata nei confronti delle implicazioni economiche della tutela. Né, d'altra parte, con ciò si è voluto affermare che la Comunità dovrebbe "normare per normare"<sup>31</sup>, tanto più che il Trattato di Amsterdam non ha sostanzialmente ampliato le competenze comunitarie in materia; si è inteso, piuttosto, sottolineare l'importante funzione riequilibratrice che a tal proposito sono chiamate a giocare le clausole generali quale il paragrafo 4 dell'articolo 128 e il rinvio alle norme sui diritti fondamentali dell'uomo quali principi generali del diritto comunitario<sup>32</sup>.

Non può essere dimenticato, infatti, che il mandato della Comunità nell'ambito del diritto d'autore è limitato, essenzialmente, alle iniziative volte ad assicurare un ambiente che favorisca la creatività e garantisca il corretto funzionamento del mercato interno, e che l'attribuzione della competenza è il necessario presupposto per la legittima adozione di qualsiasi normativa comunitaria in materia di proprietà intellettuale, sia che assuma la forma di una misura di armonizzazione di alcuni diritti riconosciuti al titolare, sia che identifichi uno specifico tipo di opera da tutelare<sup>33</sup>. Ciò considerato, non è affatto sorprendente che la Comunità si sia occupata di diritto d'autore relativamente tardi ed a partire dalla tutela dei programmi da elaboratore, da molti ritenuta come un corpo estraneo, in grado di nuocere alla coerenza del sistema, ma è ugualmente imperativo che l'ordinamento comunitario garantisca un adeguato equilibrio tra diritti ed interessi coinvolti<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des medias et des technologies de l'information et les implications pour la réglementation*, COM (97) 623, cit., Cap. IV.1.

<sup>32</sup> Il par. 5 dell'art. 133 del Trattato della Comunità europea, come aggiunto dal Trattato di Amsterdam secondo la nuova numerazione, prevede la partecipazione della Comunità a negoziati ed accordi internazionali su servizi e proprietà intellettuale, ma ciò può avvenire, al di fuori dell'attuazione *stricto sensu* della politica commerciale comune, solo sulla base di una decisione unanime del Consiglio (cfr. anche *supra*, Cap. III, nota 43).

<sup>33</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, par. 3.

<sup>34</sup> Cfr., in tal senso, Paul WATERSCHOOT, *Introduction to the Panel Sessions*, e Nikolaus MICHALEK, *Conference Opening*, entrambi in *Proceedings of the International Conference on Creativity & Intellectual Property Rights: Evolving Scenarios and Perspectives*, Vienna, July 12-14, 1998, pp. 9 e 71.



In realtà, la frammentarietà dell'approccio normativo è una caratteristica tipica dell'ordinamento comunitario, in particolare con riferimento a materie non specificamente attribuite alla sua competenza, bensì "toccate" nell'ambito dell'attuazione di misure adottate ad altro titolo; va, però, rilevato che assai spesso si è, in tal modo, aperta la strada a sviluppi futuri. L'idea stessa di funzionalismo economico, che permea di sé tutta la costruzione comunitaria, comporta, infatti, la progressione, lenta ma inevitabile, verso l'approfondimento e l'ampliamento delle competenze attribuite, come il cammino di integrazione già percorso sta chiaramente a dimostrare, e ciò a sua volta comporta la necessità di disporre di meccanismi che consentano di far fronte, all'occorrenza, ad esigenze normative non specificamente previste tra le attribuzioni comunitarie, preparandosi così, assai spesso, una successiva, definitiva legittimazione di tali azioni attraverso l'introduzione delle rispettive competenze nel testo del Trattato in occasione della sua modifica.

Il meccanismo di chiusura a tal effetto da sempre presente nel sistema giuridico comunitario all'articolo 235 ha più volte consentito, da un lato, l'intervento in settori originariamente non espressamente menzionati nel Trattato, quali la tutela dell'ambiente e dei consumatori, la politica della ricerca e dello sviluppo tecnologico, la politica regionale, industriale, energetica, economica e monetaria o, d'altro lato, l'adozione di strumenti normativi diversi da quelli previsti, purché non esplicitamente esclusi<sup>35</sup>. In definitiva tale meccanismo, che per certi versi può essere letto come una compressione del principio delle competenze di attribuzione<sup>36</sup>, è rivelatore, ancora una volta, della particolare complessità ed ampiezza degli obiettivi perseguiti dalla Comunità, e non stupisce il fatto che esso sia stato utilizzato anche al di fuori di una rigida interpretazione dei limiti previsti per la sua

<sup>35</sup> L'adozione di atti più vincolanti rispetto a quelli previsti (ad esempio regolamenti in campi in cui il Trattato prevede esclusivamente l'adozione di direttive) è, infatti, possibile, sulla base giuridica dell'art. 235, soltanto se configurabile come un ideale completamento del Trattato, alla luce dei suoi obiettivi, e non come una deroga alle sue disposizioni. Non sarebbe possibile, quindi, l'adozione di direttive o regolamenti nell'ambito delle competenze specificamente attribuite escludendo qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (cfr. *supra*, Cap. II, par. 3, in partic. alla nota 44.)

<sup>36</sup> Si veda, tra gli altri, Luigi DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 1995, p. 21.

applicazione, finché è possibile argomentare che l'azione adottata è in qualche modo funzionale al raggiungimento degli obiettivi del Trattato o comunque senz'altro compatibile con le sue disposizioni. D'altra parte, si legittima così l'adozione di una singola azione sulla base di un accordo unanime in seno al Consiglio, accordo che in sé considerato, a prescindere dal coinvolgimento delle altre istituzioni nella procedura e dalla impossibilità di impedire la decisione astenendosi dal votare, non è poi così dissimile dalla conclusione di uno specifico trattato in forma semplificata tra gli Stati membri.

A che punto si situa il confine tra l'attuazione della competenza della Comunità per l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno e l'utilizzo del meccanismo di cui all'articolo 235, posto che entrambe le strade sono percorribili in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, purché l'azione prevista superi il vaglio della sussidiarietà? La questione è particolarmente interessante non soltanto perché determinante ai fini dell'individuazione della procedura e quindi della necessità, o meno, di raggiungere l'unanimità nel Consiglio, bensì anche perché la diversa base giuridica coincide assai probabilmente, almeno con riferimento alla materia in oggetto, con una diversa qualità delle scelte operate attraverso la misura normativa dal punto di vista della loro completezza o frammentarietà.

La Corte di giustizia, in occasione del giudizio di legittimità di un atto comunitario, nel precisare i limiti della competenza relativa al funzionamento del mercato comune ed al completamento del mercato interno con riferimento alla disciplina dei diritti di proprietà intellettuale, ha, infatti, ritenuto che è necessario ricorrere alla base giuridica di cui all'articolo 235 soltanto se oggetto della normativa in questione è la creazione di diritti nuovi rispetto a quelli di origine statale, come è il caso del regolamento 40/94 sul marchio comunitario. Se, invece, si tratta di armonizzare le normative nazionali, la corretta base giuridica è da identificarsi negli articoli 100 e 100A in materia di mercato comune ed interno<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. sentenza 13 luglio 1995, *Spagna c. Consiglio*, C-350/92, *Raccolta* 1995-I, p. 1985; la Corte, richiesta di pronunciarsi con riferimento all'adozione di una normativa in materia di brevetto, si è richiamata al proprio parere 1/94 sugli accordi GATS e TRIPS, all'epoca del quale non era, però, ancora stato adottato il regolamento 40/94, esplicitamente citato quale esempio *a contrario* dalla decisione. Nel caso di specie, la Corte riconobbe l'adeguatezza dell'art.100A quale base giuridica designata per l'atto,

è una  
are con  
compe-  
tate ad  
aperta  
nomico,  
infatti, la  
e l'am-  
di inte-  
ua volta  
o di far  
camente  
si, assai  
ioni at-  
esto del

ente nel  
sentedo,  
camente  
e dei  
ogico, la  
etaria o,  
previsti,  
amo, che  
principio  
ta, della  
ti dalla  
anche al  
la sua

esempio  
di direttive)  
e come un  
na deroga  
direttive. o  
cludendo  
gli Stati

uropea,

Sembra doversene dedurre che le misure volte al "ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri" si caratterizzano per il fatto di essere volte ad armonizzare solo alcuni aspetti della tutela e di non poter logicamente prescindere dalle normative nazionali, sulle quali è sostanzialmente fondato il diritto in questione, la cui disciplina di livello comunitario in nessun modo si potrebbe proporre come autonoma. Infatti, delle due l'una: o la normativa di livello comunitario rimane confinata ad aspetti specifici, essendo, quindi, configurabile una sinergia tra le discipline di diverso livello, o la normativa comunitaria disciplina completamente la materia. In tal caso, essa comunque prevale sulle normative interne, venendo, di fatto, a creare un nuovo diritto rispetto a quello di origine statale, rendendosi, quindi, necessario operare sulla base giuridica dell'articolo 235.

Va, però, rilevato che le conseguenze determinate sulla disciplina di livello nazionale dall'introduzione di un diritto di livello comunitario potrebbero configurarsi in modo diverso con riferimento al diritto d'autore, rispetto ai diritti di proprietà industriale. Mentre, infatti, il marchio comunitario si è affiancato al diritto in materia di marchi dei singoli Stati membri, che continua ad essere applicato alle imprese che non desiderano una tutela estesa allo spazio comunitario, è assai difficile immaginare che lo stesso possa avvenire per la tutela del diritto d'autore, anche in considerazione della sua origine informale e degli aspetti di tutela morale. La definizione completa del diritto d'autore a livello comunitario determinerebbe, quindi, la caducazione delle normative di origine interna.

A prescindere dalle notevoli difficoltà che incontrerebbe la necessaria approvazione all'unanimità di una disciplina completa del diritto d'autore a livello comunitario, esistono motivi sostanziali che hanno finora impedito la presentazione di una tale proposta; non si ritiene, infatti, necessaria al raggiungimento degli obiettivi comunitari l'adozione di una disciplina completa del diritto d'autore. In particolare, non si è, finora, ritenuto che l'esercizio delle prerogative di tutela morale costituisca un ostacolo alla realizzazione del mercato interno tale da giustificare l'intervento normativo comunitario. Ne discende

poiché non veniva istituito un nuovo titolo di proprietà industriale (in merito a questi argomenti si veda anche *supra*, Cap. III, in particolare alle note 12, 15 e 31).

vicinamento  
 erative degli  
 re volte ad  
 logicamente  
 anzialmente  
 unitario in  
 delle due  
 ad aspetti  
 discipline di  
 almente la  
 ve interne,  
 di origine  
 e giuridica

disciplina  
 unitario  
 al diritto  
 infatti, il  
 marchi dei  
 prese che  
 è assai  
 tutela del  
 formale e  
 el diritto  
 ucazione

la neces-  
 el diritto  
 e hanno  
 ritiene,  
 ri l'ado-  
 ticolare,  
 tutela  
 interno  
 scende

a questi

che l'ordinamento comunitario continua, per il momento, a disciplinare la materia in modo frammentario<sup>36</sup>.

È, tuttavia, importante analizzare alcuni aspetti del cammino normativo europeo verso una disciplina adatta a tutelare il diritto d'autore nel nuovo ambiente, caratterizzato dalla crescente importanza della tecnologia digitale, ponendo l'accento, appunto sul suo modo "forzatamente disordinato" di procedere e sulle conseguenze che da esso potrebbero derivare. Sembra, a tal proposito, particolarmente significativo, da un lato, ripercorrere le tappe progressive dell'incontro-scontro tra l'ordinamento comunitario e la principale prerogativa riconosciuta all'autore, costituita dal diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione della sua opera, e d'altro lato interrogarsi su alcune possibili implicazioni di interesse comunitario degli aspetti morali della tutela. Nel primo caso, infatti, il procedere dell'ordinamento comunitario attraverso specifiche azioni di armonizzazione ha determinato il paradosso della garanzia comunitaria del diritto soltanto con riferimento a particolari situazioni, finché l'esigenza di adeguare la tutela alle nuove tecnologie e la conclusione di nuovi strumenti convenzionali non hanno determinato la necessità di proporre una disciplina generale; nel secondo caso la questione, ancora di dubbia rilevanza comunitaria nella sua interezza, presenta importanti implicazioni che potrebbero essere considerate di interesse comunitario.

<sup>36</sup> Un impulso nel senso della limitazione al ricorso all'art. 235 è determinato dall'introduzione del principio di sussidiarietà, che la Corte ha dichiarato applicabile ai casi in cui tale articolo costituisce l'unica base giuridica dell'azione comunitaria (cfr. parere 2/92, del 24 marzo 1995; in tal senso DANIELE, *op. cit.*, p. 23.) La difficoltà di raggiungere l'unanimità in Consiglio nella materia dei diritti di proprietà intellettuale, soprattutto in ragione delle notevoli differenze tra i sistemi nazionali, è dimostrata, tra l'altro, dai casi di contestazione della base giuridica, con riferimento a normative sul brevetto e sul diritto di seguito a favore degli autori di opere d'arte originali, in cui si affermava la necessità di procedure che richiedono il voto unanime, o addirittura la carenza di competenza comunitaria, allo scopo di bloccare l'adozione delle normative (cfr. *supra*, nota prec. e Cap. III, nota 109.)

### 3.1. *Parziale disciplina del diritto esclusivo ad autorizzare la riproduzione dell'opera*

Il diritto di riproduzione e il diritto di comunicazione al pubblico costituiscono i due nuclei intorno ai quali va costruita la definizione del complesso dei diritti esclusivi dell'autore nell'ambiente digitale; il diritto di riproduzione in particolare è indicato dalla Commissione come costitutivo dell'essenza stessa del diritto d'autore e dei diritti connessi. La sua fisionomia è forzata ad evolversi principalmente a causa di due importanti novità conseguite agli sviluppi della tecnologia: da un lato il moltiplicarsi delle possibilità di riproduzione su vasta scala delle opere e prestazioni tutelate, che ha reso oggi alla portata di tutti la copia privata a domicilio, e d'altro lato il fatto che sempre più, grazie alla numerizzazione delle opere ed alla loro utilizzazione in sistemi informatizzati, queste sono sottoposte a processi di riproduzione intermedi, non immediatamente percepibili per i sensi umani<sup>39</sup>.

Per quanto riguarda la possibilità diffusa di riprodurre le opere nell'ambito privato, allo scopo di tenere in debito conto l'importanza economica di queste pratiche la maggior parte degli Stati membri ha istituito regimi giuridici particolari per la riprografia, cioè la riproduzione ottenuta mediante fotocopia o altri procedimenti di produzione finalizzati all'ottenimento di un facsimile su carta, e la copia privata, intendendo con tale espressione specificamente la riproduzione di fissazioni sonore e audiovisive da parte di privati e a fini di utilizzazione privata. Si tratta, in realtà, di eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione, costruite, in undici casi su quindici, come licenze legali, in cui la perdita del diritto esclusivo è compensata dalla previsione di un sistema di tassazione sugli apparecchi che consentono la riproduzione diffusa, i cui proventi vanno a favore delle categorie di titolari di diritti. La ragione principale della previsione di tali eccezioni risiede nell'impossibilità pratica, ed inopportunità, in via di principio, per ragioni di *privacy*, di individuare gli atti di riproduzione privata ed applicare il diritto esclusivo<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. *Libro verde sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche*, cit., Cap. 2, Sottocap. 2, sez. III.

<sup>40</sup> Cfr. *Libro verde* ult. cit. e *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti*

Mentre la diffusione dei mezzi di riproduzione analogica aveva reso impossibile il controllo delle copie private, l'avvento ed il progresso delle tecniche digitali, in una sorta di ricorso storico, pur consentendo una riproduzione delle opere a livello domestico ancora più accurata, permette di prospettare nuovamente un controllo rigoroso. Ciò nonostante, nemmeno il più recente progetto comunitario di direttiva prevede una armonizzazione delle norme relative alla copia privata, fondamentalmente in ragione del fatto che la pratica della copia privata numerica non è ancora molto diffusa, né è sicuro che i sistemi di protezione tecnica digitale saranno sufficientemente affidabili da consentire veramente ai titolari l'esercizio del loro diritto esclusivo. Si ritiene, quindi, prematuro adottare una soluzione definitiva in merito a tale questione e si attende di seguire gli sviluppi del mercato e sentire le parti interessate<sup>41</sup>. Tuttavia, la proposta non omette ogni riferimento alla copia privata, bensì la prevede come eccezione facoltativa al diritto esclusivo di riproduzione, per la prima volta enunciato e definito in modo generale<sup>42</sup>.

Con l'adozione del progetto, sebbene la Comunità si limiti a recepire le condizioni stabilite nei trattati di Ginevra del 1996 per la legittimità della copia privata<sup>43</sup>, lasciando agli Stati membri la facoltà di introdurre tale eccezione, verrebbe, in tal modo, a sanarsi un disequilibrio dell'attuale normativa europea in materia di diritto d'autore che di per sé potrebbe costituire causa di infrazione agli obblighi internazionali. Tale disequilibrio, più che non da una precisa scelta di fondo, sembra derivare da quello che abbiamo chiamato il procedere "forzatamente disordinato" delle normative comunitarie, ed è originato dal fatto che in casi specifici precedenti direttive hanno già

*connessi nella Società dell'informazione* (COM (97) 628 final, cit. La scelta diffusa di un regime di licenza legale piuttosto che non di esenzione libera si giustifica in ragione delle considerevoli perdite economiche causate ai titolari dei diritti dalle pratiche di copia privata.

<sup>41</sup> Cfr. MEMO/97/108, cit.

<sup>42</sup> Il diritto di riproduzione è attualmente previsto solamente per gli autori di programmi per elaboratore e banche-dati e per i titolari di diritti connessi.

<sup>43</sup> Come di qualsiasi altra limitazione dei diritti esclusivi; si tratta del cosiddetto "three step test", ripreso dai Trattati di Ginevra del 1996 e già previsto all'art. 9(2) della Convenzione di Berna e confermato nell'Accordo TRIPS. Le tre condizioni, da soddisfare cumulativamente perché la limitazione sia legittima, richiedono che essa si applichi solo ad alcuni casi speciali, che non confligga con il normale sfruttamento dell'opera e che non pregiudichi ingiustificatamente gli interessi dell'autore.

avuto modo di prendere in considerazione la questione della copia privata<sup>44</sup>.

In particolare, potrebbe essere interpretato come contrario alla disposizione dell'articolo 16 del Trattato di Ginevra su interpreti, esecutori e produttori di fonogrammi il fatto che la direttiva 92/100 riconosca agli Stati la facoltà di concedere deroghe, in caso di utilizzazione privata, con riferimento ai diritti connessi e una simile facoltà non sia, invece, attualmente prevista nell'ordinamento comunitario con riferimento al diritto d'autore. Ora, tale diseguale trattamento, non consentito dal Trattato di Ginevra, è principalmente una semplice conseguenza della mancata generale armonizzazione comunitaria del diritto di riproduzione in capo agli autori, finora ritenuta inutile. La proposta di direttiva offre l'occasione di rimediare a questa situazione perché vi è il rischio che gli Stati membri adottino individualmente soluzioni diverse, o addirittura divergenti, allo scopo di adattare tale diritto alla realtà della tecnologia digitale, così ostacolando il corretto funzionamento del mercato interno<sup>45</sup>.

Le temute "soluzioni diverse" che determinano la necessità di una definizione generale del diritto di riproduzione a livello comunitario riguardano la seconda delle novità sopra ricordate, portate dall'avvento della tecnologia digitale, cioè la sottoposizione delle opere a processi di riproduzione intermedi, non immediatamente percepibili per i sensi umani. Anche in merito a tale questione va rilevato che già la direttiva 91/250 aveva disposto una soluzione, limitatamente a quanto attiene ai programmi per elaboratore, soluzione che include una interpretazione notevolmente ampia del concetto di riproduzione, prevedendo che essa possa essere permanente o temporanea, totale o parziale, condotta con qualsivoglia mezzo e in qualsivoglia forma ed includendovi esplicitamente operazioni quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione, nel caso in cui esse richiedano tecnicamente che venga eseguita una copia del programma<sup>46</sup>.

La Commissione aveva espresso la propria intenzione di generalizzare tale interpretazione particolarmente estensiva, andando

<sup>44</sup> Le direttive 91/250 (artt. 4 e 5) e 96/9 (art. 5.2(a), con riferimento alle sole banche-dati elettroniche) per vietarla, e la direttiva 92/100 (art. 10) per consentirla.

<sup>45</sup> Cfr. *Proposta di direttiva*, cit., Cap. 3.I.B.

<sup>46</sup> Cfr. art. 4(a) della direttiva 91/250.

incontro ad un parere sfavorevole del Gruppo degli esperti giuridici, secondo il quale l'applicazione di un tale approccio all'ambiente delle reti digitali avrebbe significato che pressoché ogni atto di trasmissione di un'opera sulla rete, o di visualizzazione della stessa sullo schermo, fosse considerato un atto di riproduzione, venendosi, in definitiva, così a riconoscere il diritto dell'autore di autorizzare l'utilizzo digitale. Tale conseguenza, contraria al principio tradizionale che vuole gli atti di utilizzo e ricezione delle informazioni liberi dai diritti d'autore, si risolverebbe, inoltre, in una violazione della convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali<sup>47</sup>. In generale, si ritiene che le nozioni di "riproduzione" e "comunicazione al pubblico" possano essere realmente comprese solamente se interpretate non in base alla loro definizione tecnica, ma in quanto norme normative, poiché esse non hanno un significato semplicemente descrittivo, bensì finalizzato ad una accettabile delimitazione dei diritti esclusivi<sup>48</sup>.

In effetti sembra che la definizione del diritto di riproduzione scelta dalla nuova proposta di direttiva renda conto, in qualche misura, della valutazione di tali rilievi, dal momento che, pur riferendosi ad atti di riproduzione diretti o indiretti, temporanei o permanenti, con qualsivoglia mezzo e in qualsivoglia forma condotti, totali o parziali, prevede tuttavia una eccezione obbligatoria per gli atti di riproduzione implicati dai processi tecnologici ma che non abbiano alcun autonomo rilievo economico<sup>49</sup>. Va rilevato anche che una tale specificazione, del contenuto del diritto come della eccezione, non è stata, invece, introdotta, sebbene proposta, nel Trattato di Ginevra sul diritto d'autore, in quanto estremamente controversa ed anche, assai probabilmente, superflua, ritenendosi da più parti sufficiente l'attuale disposizione dell'art. 9 della Convenzione di Berna<sup>50</sup>. Sebbene il

<sup>47</sup> In particolare degli artt. 8 e 10, con riferimento al diritto fondamentale alla riservatezza ed alla libertà di ricezione.

<sup>48</sup> Cfr. risposta del *Legal Advisory Board* al Libro verde della Commissione *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione* (COM (95) 382 def.)

t.

<sup>49</sup> Cfr. artt. 2 e 5.1 del progetto di direttiva.

<sup>50</sup> Con riferimento sia al riconoscimento del diritto esclusivo sulle riproduzioni "in any manner or form", che vale a prescindere dal supporto tecnologico, sia al già ricordato "three step test" (si veda *supra*, Cap. III, nota 116). Sulle discussioni, in seno alla Conferenza di Ginevra, in merito alla proposta di includere le copie "effimere"



carattere più esplicito della proposta di direttiva europea sia probabilmente salutato con maggiore soddisfazione dagli ambienti industriali direttamente interessati in quanto ritenuto garanzia di maggiore certezza del diritto, sia consentito dubitare effettivamente della sua necessità e sottolineare come il contrasto con la precedente definizione limitata ai programmi per elaboratore, che apparentemente la proposta non intende modificare, possa costituire, ancora una volta, fonte di contraddizioni all'interno dell'ordinamento comunitario<sup>51</sup>.

### *3.2. Questioni relative all'armonizzazione dei diritti morali*

Si è già rilevato, a proposito delle disposizioni normative comunitarie che consentono adattamenti dell'opera, che la tutela degli interessi morali dell'autore può essere comunque investita dalle conseguenze delle scelte operate ad altro titolo, per quanto finora non sia stata direttamente fatta oggetto di atti di diritto derivato. In particolare, con riferimento alla specifica disciplina di opere "anomale" quali i programmi per elaboratore ed in ragione delle esigenze di interoperabilità ed interattività che le caratterizzano, sono state configurate ipotesi in cui si esclude che il titolare del diritto d'autore sul software possa condizionare alla sua autorizzazione le modifiche del programma che si rivelano necessarie per un uso dello stesso conforme alla sua destinazione o per la correzione di errori da parte dell'acquirente, a meno che la facoltà di autorizzare tali atti non sia stata specificamente riservata per contratto. Nonostante tali norme, speciali ed applicabili soltanto alla disciplina dei programmi per elaboratore, non comportino di per sé eccezioni alla tutela del diritto morale dell'autore con riferimento ad altri tipi di opere, esse

nell'ambito del diritto di riproduzione, si vedano VINJE, *The New Wipo Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva*, cit., nonché DIXON e HANSEN, *op. cit.*

<sup>51</sup> L'art. 1.2 della proposta afferma che, a meno che non sia disposto altrimenti, la direttiva non va a pregiudicare le attuali disposizioni comunitarie in materia di diritto d'autore e diritti connessi. Poiché non è "altrimenti disposto", si deve forse ritenere che si potrà prendere visione, ad esempio su Internet, di qualsiasi opera senza bisogno di una specifica autorizzazione dell'autore, presupposto, naturalmente, che egli abbia autorizzato la sua immissione sulla rete, ma non dei programmi per elaboratore?

potrebbero rivelarsi il primo passo verso una surrettizia compromissione del diritto dell'autore a difendere l'integrità della propria opera<sup>52</sup>.

Il timore di una tale eventualità, che di primo acchito sembrerebbe immotivato, trattandosi di una disciplina speciale, si rivela, forse, più reale se si considera che le norme speciali sull'adattamento dei programmi per elaboratore non costituiscono, nell'ordinamento comunitario, l'eccezione espressa ad un diritto altrettanto chiaramente garantito e disciplinato. Si desume dalla giurisprudenza comunitaria che il Trattato contempla la possibilità che le normative nazionali in materia di tutela dell'autore limitino l'esercizio concreto delle libertà del mercato interno e che la specificità di tale tutela rispetto a quella degli altri diritti di proprietà intellettuale consiste soprattutto nella rilevanza degli aspetti morali<sup>53</sup>, ma non è possibile definire come si caratterizzi tale tutela morale riconosciuta a livello comunitario. Da un lato, infatti, non esistono riferimenti a specifici elementi normativi comunitari e d'altro lato, date le notevoli differenze tra i sistemi di tutela di diritto interno, è ben difficile ricostruire un principio di diritto comunitario dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Ne consegue che, per questo come per altri aspetti, quella che negli ordinamenti interni si configura come una specifica eccezione, pur eventualmente accolta con sospetto, a livello comunitario potrebbe costituire un primo dato in grado di influenzare le scelte successive.

Ancora una volta, dunque, il fatto che l'intervento normativo comunitario in materia di diritto d'autore proceda, almeno in questa fase, in modo frammentario, attraverso l'esercizio di competenze indirizzate alla realizzazione di obiettivi di altra natura, si rivela un tratto caratteristico di questo livello di produzione giuridica che assume significati e provoca conseguenze particolari rispetto a quelli propri di altri livelli normativi, quale, ad esempio, quello regionale, dotati anch'essi di competenze di attribuzione, che però si caratterizzano per essere, all'opposto, subordinate ai principi della legislazione statale. Il primato del diritto comunitario rispetto al diritto di fonte statale non consente, infatti, di considerare le disposizioni comunitarie dettate per la soluzione di specifiche questioni come vere e proprie discipline speciali all'interno degli ordinamenti statali, poiché

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, par. 2.

<sup>53</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, par. 4, spec. in corrispondenza della nota 98.

la loro natura di disposizioni speciali o eccezionali andrà valutata rispetto ai principi di livello comunitario nella materia, e non alla disciplina-base disposta dalle fonti di diritto interno<sup>54</sup>.

Se, da un lato, alcune specifiche disposizioni adottate dalle istituzioni europee potrebbero condizionare indirettamente la disciplina degli aspetti morali del diritto d'autore, d'altra parte va rilevato che da anni ormai la Commissione si interroga sull'opportunità di adottare atti normativi che abbiano direttamente tale finalità. Potrebbe, infatti configurarsi la necessità di armonizzare le normative nazionali sul punto, principalmente per due ordini di motivi. Il primo attiene agli eventuali ostacoli che l'esercizio del diritto morale d'autore disciplinato su base nazionale potrebbe costituire per le libertà del mercato interno, il secondo riguarda la garanzia della autenticità dei contenuti la cui diffusione costituisce la primaria attività delle industrie che operano per lo sviluppo ed il funzionamento della moderna Società dell'informazione.

<sup>54</sup> Il concetto di primato a cui si allude è logico, prima ancora che tecnico-giuridico, e si riferisce al fatto che il diritto comunitario nasce per imporsi, con la medesima forza, ai diversi sistemi nazionali, in quanto tale potere gli è stato riconosciuto una volta per tutte dagli Stati. In questa ottica, è pur vero che, dal punto di vista comunitario, i rapporti tra diritto di fonte comunitaria e diritto di fonte interna si risolvono affermando la preminenza del primo sul secondo, mentre dal punto di vista dell'ordinamento interno italiano essi vanno ricostruiti semplicemente alla luce della ripartizione di competenze tra fonti di ordinamenti diversi, ma è anche vero che l'interpretazione corretta di tale ripartizione di competenze non può prescindere dalla considerazione che il diritto comunitario deve appunto, per sua natura, imporsi allo stesso modo in tutti gli Stati membri. Il riferimento alla ripartizione delle competenze sembra, in particolare, poco illuminante, nel caso del ravvicinamento delle normative per la realizzazione del mercato interno o di azioni adottate sulla base giuridica dell'art. 235, una volta che sia stata accettata la legittimità di tali misure (si veda, in proposito, *supra*, al par. 3.) La letteratura sull'argomento del rapporto tra il diritto comunitario e l'ordinamento italiano è assai vasta; i termini della diversa posizione della Corte costituzionale italiana rispetto alla lettura del fenomeno sempre operata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee attraverso la chiave della priorità del diritto comunitario, sono definiti per la prima volta nella sentenza n. 170 dell'8 giugno 1984, *S.p.a. Granital c. Ministero delle finanze*.

Per quanto riguarda il primo profilo, sebbene gli ordinamenti interni degli Stati comunitari presentino notevoli differenze nel livello di tutela garantito al diritto morale d'autore, non si sono finora adottate misure di armonizzazione a livello comunitario perché si riteneva che l'impatto di tali differenze sul funzionamento del mercato interno fosse limitato. Da un lato, però, l'esercizio del diritto all'integrità dell'opera, al fine di impedire la colorazione delle pellicole girate in bianco e nero<sup>55</sup>, o al fine di controllare le interruzioni per messaggi pubblicitari durante la trasmissione televisiva di opere cinematografiche, ha già evidenziato i possibili effetti di restrizione nello sfruttamento di opere rese pubbliche, e d'altro lato si immagina che la differenza tra le legislazioni interne su questo punto possa comportare impedimenti anche maggiori per le libertà del mercato interno con il diffondersi dell'utilizzo della tecnologia digitale. Gli sviluppi relativi all'utilizzo delle opere ed ai servizi disponibili nel nuovo ambiente tecnologico potrebbero, infatti, facilitare il diffondersi e l'aggravarsi delle infrazioni al diritto morale d'autore e quindi, di conseguenza, moltiplicare le rivendicazioni da parte dei titolari, con l'effetto di incidere sul corretto funzionamento del mercato unico<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Con riferimento ad alcuni aspetti delle principali questioni giuridiche relative alla colorazione delle pellicole cinematografiche originariamente realizzate in bianco e nero si veda *supra*, Cap. II, alla nota 11.

<sup>56</sup> La Commissione praticamente si disinteressa alle questioni relative al diritto morale nel Libro verde *Il diritto d'autore e le sfide tecnologiche, problemi di diritto d'autore che richiedono un'azione immediata*, del 10 novembre 1988 (COM (88) 172 def), cit., che non contiene altro, a tal proposito, che la generica affermazione che "in generale, la protezione della creatività implica che i creatori si vedano riconosciuto il diritto al rispetto dell'integrità della loro opera" (cfr. punto 1.4.5.). L'attenzione è decisamente maggiore nel *Libro verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione*, in cui è affermato che "in un ambiente interattivo come la Società dell'informazione, nel quale saranno così facili le modifiche e gli adattamenti alle opere, il diritto morale che garantisce l'integrità dell'opera e la paternità dell'autore si configura come un elemento cruciale. Esso è al centro delle divergenze fra sistemi giuridici e dà luogo a notevoli controversie" (COM (95) 382 def, cit., sez. VII, p. 65.) Cfr., su questi argomenti, WATERSCHOOT, *op. cit.*, p. 74 e Peter GROVES, Anthony MARTINO, Claire MISKIN e John RICHARDS, *Intellectual Property and the Internal Market of the European Community*, cit., p. 107.

Del resto, il fatto che la "numerizzazione" totale delle opere e delle prestazioni e l'interattività sulle reti rendano sempre più facili le operazioni di copia e trasformazione è una delle principali peculiarità della Società dell'informazione; questa capacità di modifica all'infinito delle opere è percepita come uno dei vantaggi fondamentali del nuovo ambiente tecnologico ed è praticamente alla base della nuova industria dei prodotti multimediali. Dal punto di vista degli autori, la diffusione delle opere in formato digitale da un lato costituisce un mezzo incredibilmente efficace per far conoscere il loro lavoro e d'altro lato, però, comporta il notevole rischio di vederlo fraudolentemente copiato o inopinatamente modificato; di qui la consapevolezza che le questioni relative alla tutela del diritto morale assumeranno sempre più rilievo comunitario, accanto alle azioni per il contrasto della pirateria.

Sarebbe, forse, ipoteticamente possibile tentare di ricostruire qualche forma di condizionamento dell'ordinamento comunitario già in atto con riferimento alle prerogative di carattere morale dell'autore, in conseguenza dei risultati di armonizzazione normativa conseguiti dalle principali convenzioni internazionali in materia, ma, a tal proposito, si è già notato come l'accordo TRIPs, ratificato anche dalla Comunità europea, escluda dal proprio oggetto il diritto morale e la Convenzione di Berna, invece, non possa comunque rilevare ex articolo 234 del Trattato in caso di rapporti tra due Stati comunitari<sup>57</sup>. D'altra parte, va ricordato che comunque la Convenzione di Berna non rende uniforme la durata di protezione del diritto morale, che è esplicitamente escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/98 sulla durata del diritto d'autore, e tale differenza tra le normative nazionali sarebbe di per sé sufficiente a causare notevoli impedimenti al corretto funzionamento del mercato unico, laddove effettivamente le infrazioni si moltiplicassero<sup>58</sup>. L'effettivo acuirsi della questione

<sup>57</sup> Cfr. *supra*, Cap. III, par. 2.

<sup>58</sup> Per il momento, gli atti di diritto derivato adottati si riferiscono al diritto morale soltanto per precisare che le disposizioni degli Stati membri in materia rimangono impregiudicate, così l'art. 9 della direttiva 93/98 relativa alla durata della protezione. In Italia, il decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 154, di attuazione della direttiva 93/98, specifica ulteriormente che la nuova disciplina è adottata senza pregiudizio dei diritti morali dell'autore agli artt. 14 e 15, che introducono due nuovi Capi nella legge 22 aprile 1941, n. 633, dedicati alla protezione di opere pubblicate per la prima volta dopo la scadenza dei termini di protezione del diritto d'autore e di edizioni critiche e scientifiche di opere di pubblico dominio (in *GUCE* n. 136, del 13 giugno 1997.) Anche

potrebbe, quindi, portare all'adozione di norme di livello comunitario volte a garantire in modo armonizzato la tutela del diritto morale di autore, al fine di rendere inapplicabili le normative interne in materia, che, a causa delle loro sostanziali differenze, mantengono potenzialmente frammentato il mercato europeo negli ambiti nazionali di vigore delle diverse discipline di tutela.

È immaginabile, inoltre, che le normative interne, o quantomeno i criteri per la loro applicazione concreta, possano risentire delle mutate circostanze tecnologiche, adattandosi, quindi, la disciplina dei diritti di carattere morale dell'autore in modi diversi alle nuove situazioni. Accanto alle opere che tradizionalmente sono attribuibili ad un solo autore, infatti, nel nuovo ambiente acquistano sempre maggiore importanza opere che si caratterizzano per il fatto di costituire il risultato e la somma di diverse attività creative. In realtà, tale caratteristica è propria di una forma artistica ormai affermata e di notevolissimo peso economico e culturale, quale l'opera cinematografica<sup>59</sup>, essa, però, riguarda anche e soprattutto le creazioni digitali multimediali, la cui diffusione è uno dei primi e più evidenti prodotti del nuovo ambiente tecnologico. Esse presentano, inoltre, la particolarità di attingere assai spesso ad opere tradizionali ormai rese di pubblico dominio. Da un lato, dunque, gli autori e gli artisti interpreti ed esecutori sollecitano un diritto morale forte e, d'altro lato, gli

la direttiva 91/250 sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, quando trasferisce in capo al datore di lavoro i diritti sul programma creato dal dipendente nell'esercizio delle sue mansioni, specifica trattarsi soltanto dei diritti economici (per un'analisi delle direttive si veda *supra*, Cap. III, parr. 3.1 e 3.2.) La Convenzione di Berna, all'art. 6bis, fissa un termine minimo di protezione dei diritti morali dell'autore, che andrebbero mantenuti, dopo la sua morte, almeno fino all'estinzione dei diritti patrimoniali esercitati dalle persone o istituzioni a tal fine legittimate dalla legislazione nazionale del Paese in cui la protezione è richiesta. Si tratta, quindi, in generale, di almeno cinquanta anni dopo la morte dell'autore, ex art. 7 della stessa Convenzione; è fatta, però, eccezione per i Paesi la cui legislazione, in vigore al momento della ratifica dell'Atto di Parigi del 1971, non prevedeva disposizioni che assicuravano la protezione dei diritti morali dopo la morte dell'autore, i quali hanno avuto facoltà di stabilire che alcuni di questi diritti non fossero mantenuti dopo la morte dell'autore.

<sup>59</sup> Secondo una battuta di Orson Welles "il pittore lavora col pennello, lo scrittore con la penna e il cineasta con l'esercito". In considerazione di ciò, le direttive 92/100 e 93/98, rispettivamente agli artt. 2.2 e 2.1, consentono agli Stati membri di designare altri coautori dell'opera cinematografica oltre al regista.

editori, i produttori e gli organismi di diffusione esprimono riserve nei confronti della sopravvivenza di tale diritto<sup>60</sup>.

Entrambe queste categorie, insieme agli utilizzatori stessi delle opere, condividono, tuttavia, un interesse all'autenticità dei contenuti che vengono diffusi, che potrebbe deporre a favore della garanzia di un forte diritto morale anche nel nuovo ambiente digitale. Chi ha investito risorse economiche nella produzione di libri, CD, videocassette, o prodotti digitali multimediali, infatti, è estremamente interessato ad evitare che compaiano, in Internet o sul mercato dei supporti materiali, modificazioni non autorizzate delle opere in questione, poiché esse potrebbero sottrarre una fetta significativa di vendite dei prodotti autentici, ed inoltre, rovinando la reputazione dell'autore e del produttore stesso, incidere anche sulla vendita di prodotti futuri. Per quanto riguarda l'autore, l'autenticità dell'opera è un dato oggettivo che dipende dal proprio, rivendicato, diritto all'integrità della stessa; quanto, poi, al fruitore, esso ha senz'altro interesse a che l'origine e la qualità del contenuto dei prodotti culturali che gli vengono offerti siano garantiti.

È possibile, però, immaginare che la autenticità dei "prodotti culturali" - interesse comune di chi vi ha investito risorse economiche e di chi intende acquistarli - sia tutelata attraverso la garanzia del diritto all'integrità dell'opera - diritto soggettivo, anzi, diritto dell'uomo in quanto autore - soltanto se si presuppone che vera ed unica garanzia di autenticità è il mantenimento di un legame tra autore ed opera che prescinde da qualsiasi valutazione di carattere economico, in ragione del fatto che solo l'autore è in grado di conoscere appieno, e quindi difendere, i reali valori dell'opera. Altrimenti, se le caratteristiche di autenticità vengono esclusivamente legate alla valutazione economica di perdite e profitti di tutte le parti coinvolte, esse divengono un risultato degli equilibri di mercato, indipendente dal riconoscimento di un particolare legame di carattere morale tra autore e opera; in tal caso, salvare il diritto morale dell'autore all'integrità dell'opera sotto le mutate circostanze tecnologiche ed ambientali facendolo diventare il mezzo per garantirne l'autenticità

<sup>60</sup> In tal senso si veda il Libro verde della Commissione (COM (95) 382 def, cit., p. 66.

equivalrebbe a snaturarlo completamente e, in definitiva, trasformarlo in un diritto di natura economica<sup>61</sup>.

È stato rilevato in dottrina che, sebbene l'intervento comunitario in materia di diritto d'autore resti frammentario, vi si può rintracciare l'emergere di un tratto caratterizzante, consistente nel sentimento di una certa desacralizzazione dell'opera, espressa principalmente dall'abbassamento dei requisiti di originalità e dalla centralità riconosciuta alla figura dell'utilizzatore ed alla gestione collettiva dei diritti, laddove si nota che "gestire" è altra cosa che "difendere"<sup>62</sup>. Ebbene, l'attenzione dimostrata dalle istituzioni europee alle difficoltà di gestione dei diritti, che spesso ha portato alla soluzione del riconoscimento di diritti ad equa remunerazione dell'autore e dei titolari dei diritti connessi, peraltro attesi con ansia dagli interessati, o ad un importante ruolo delle società di gestione collettiva, non è, di per sé, il sicuro sintomo di una snaturazione del diritto d'autore in atto nell'ordinamento comunitario quanto, piuttosto, una risposta ad esigenze portate dalle nuove realtà, la cui effettiva incidenza sulla efficacia della tutela assicurata a titolo di diritto d'autore può dipendere da diverse circostanze.

<sup>61</sup> Si veda l'interpretazione del diritto all'integrità dell'opera di cui all'art. 6bis della Convenzione di Berna nella chiave della promozione di un oggettivo valore di autenticità, proposta da Thomas HEIDE (*Reinterpreting the right of integrity under Article 6bis of the Berne Convention, Copyright Bulletin*, n. 3, 1997, p. 5). L'Autore giunge a proporre il riconoscimento di un "quasi-diritto di integrità" in capo ai produttori o fornitori al pubblico di contenuti, la cui differenza rispetto al diritto dell'autore all'integrità dell'opera consisterebbe nel fatto che il diritto dei primi si riferirebbe esclusivamente alla tutela dei loro interessi commerciali, mentre per l'autore il diritto di integrità tutelerebbe *anche* interessi personali, legati all'onore ed alla reputazione. Il rischio principale di una tale interpretazione del diritto di integrità, che pure offre spunti interessanti, sembra, appunto, consistere in un capovolgimento di prospettiva che trasformerebbe il diritto morale in diritto patrimoniale; esso, infatti, si caratterizza per tutelare non *anche*, bensì principalmente, interessi personali di carattere non patrimoniale.

<sup>62</sup> Si veda VIVANT, *L'incidence sur le multimedia de l'harmonisation communautaire en matière du droit d'auteur*, cit., pp. 18-19.



Elemento centrale, caratterizzante la specificità della tutela di diritto d'autore rispetto agli altri diritti di proprietà intellettuale secondo la giurisprudenza comunitaria, è l'importanza del legame tra autore ed opera, che giustifica la garanzia della protezione morale, oltre la remunerazione dello sforzo creativo<sup>63</sup>: finché tali caratteristiche specifiche vengono mantenute, gli atti di diritto comunitario non operano, dunque, una snaturazione del diritto. In definitiva, è da una attenuazione, in certi casi, del legame tra autore ed opera, e non dalla sua negazione in generale, che derivano i segni di quella che è stata riferita come una "desacralizzazione" del diritto d'autore nell'ordinamento comunitario. In parte, tali sintomi derivano dall'introduzione, sotto l'ombrello della tutela a titolo di diritto d'autore, di prodotti della creatività umana che sono opere funzionali, quali i programmi per elaboratore, il cui valore consiste nel corretto funzionamento, o dall'imporsi di novità quale il moltiplicarsi di opere di natura complessa, che devono la propria creazione a molti soggetti, con conseguente impossibilità di continuare ad identificare sempre nell'autore una figura necessariamente completa, che goda, in rapporto alla propria opera, di una autorità quasi sacrale<sup>64</sup>.

La tutela dell'autore nell'ordinamento comunitario si diversifica e si gradua, quindi, a seconda delle specifiche esigenze, ma conserva la sua connotazione di fondo, pur continuando, per il momento, a fare riferimento interamente alle normative di fonte interna per quanto

<sup>63</sup> Cfr. *supra*, Cap. I, par. 4. A livello non soltanto europeo, il testo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, comprendendo il diritto d'autore tra i diritti umani, depone a favore della sua specificità rispetto agli altri diritti di proprietà intellettuale, in ragione del particolare legame che esiste tra l'opera e la persona da cui è stata creata. L'art. 27.2 afferma, infatti, che "Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore." L'art. 15.1c) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, adottato dall'Assemblea generale il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976, ripete la stessa disposizione.

<sup>64</sup> Con riferimento all'esercizio del diritto all'integrità dell'opera, è stato notato che, poiché tale diritto tutela la persona dell'autore attraverso le caratteristiche della sua opera, l'autore deve essere distinguibile grazie ad uno stile particolare, o anche ad una semplice firma; il diritto all'integrità dell'opera non spetterebbe, quindi, a tutti gli autori nello stesso grado, dal momento che la persona dell'autore può essere più o meno evidente nell'opera, a seconda della sua natura, ad esempio, di acquarello, collage, o prodotto multimediale (cfr. HEIDE, *op. cit.*, p. 8.)

riguarda la disciplina degli aspetti morali del diritto. Questi ultimi, infatti, se possono essere indirettamente minacciati da alcune disposizioni degli atti di diritto derivato, dagli stessi sono anche indirettamente riconosciuti, sebbene non positivamente garantiti<sup>65</sup>. Una eventuale disciplina di livello comunitario, in considerazione da un lato dell'attuale configurazione delle competenze attribuite alla Comunità e del principio di proporzionalità e dall'altro delle notevoli difficoltà che incontrerebbe il processo di armonizzazione date le significative differenze tra le normative nazionali, non potrebbe che limitarsi a quanto strettamente necessario per eliminare gli ostacoli di natura economica causati dall'esercizio dei diritti morali d'autore al corretto funzionamento del mercato unico, iscrivendosi, nello stesso tempo, negli obiettivi di sviluppo culturale della Comunità, ed in particolare di incoraggiamento della creazione artistica e letteraria<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Laddove, ad esempio, l'art. 9 della direttiva 93/98 esplicitamente si riferisce alle disposizioni degli Stati membri in materia di diritti morali, anche se solo per escluderle dal proprio oggetto.

<sup>66</sup> La Corte di giustizia delle Comunità europee ha recentemente richiamato tali obiettivi, di cui all'art. 128 del Trattato, in una pronuncia relativa alla validità della direttiva 92/100, in cui si sono ritenute giustificate, alla luce del principio di proporzionalità, le restrizioni del diritto al libero esercizio dell'attività professionale di noleggio derivanti dal riconoscimento di un diritto esclusivo di noleggio anche ai produttori di supporti di suono (cfr. sentenza 28 aprile 1998, *Metronome Musik c. Music Point Hokamp*, C-200/96, *Raccolta* 1998-I, p. 1952, in particolare par. 23.)

## BIBLIOGRAFIA

- ALPA, Guido e GAGGERO, Paolo, *La protection des bases de données dans l'avant-projet communautaire, Revue internationale de droit comparé*, 1994, p. 1069.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une oeuvre d'art originale (COM[96] 97 final/n. E 641)*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 janvier 1997.
- AUSTIN-BROOS, Diane J., *Creating culture, Profiles in the study of culture*, Sydney/London/Boston, 1987.
- BARRERO RODRIGUEZ, Concepción, *El nuevo precepto europeo en defensa del patrimonio cultural. El artículo 128 del Tratado de la Comunidad europea*, in Mario P. CHITI (a cura di), *Beni culturali e Comunità europea*, Milano, 1993.
- BARZANTI, R., *L'Europa delle culture, Europaforum*, 1992, n.6, p. 10.
- BEER-GABEL, Josette; CHEMAIN, Régis, *La décompilation des logiciels: l'industrie européenne face au droit d'auteur, Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, p. 363.
- BEIER, F.K., *The Future of Intellectual Property in Europe: Thoughts on the Development of Patent, Utility Model and*

- Industrial Design Law, International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1991, p. 157.
- BENSOUSSAN, Alain, *Internet, aspects juridiques*, Parigi, 1996.
  - BERGÉ, Jean-Sylvestre, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, essai d'une analyse conflictuelle*, Parigi, 1996.
  - IDEM, *L'integration en amont des directives (à propos de la directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données)*, Editions du Juris-Classeur, Europe, 1996, Chronique 7.
  - BODO, Carla e FISHER, Rod, *Armonia o disordine per la cultura in Europa? L'impatto del Mercato Unico e del Trattato di Maastricht*, Atti del Seminario, Venezia 26-28 febbraio 1993.
  - BONET, G., *Propriétés intellectuelles*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1981, p. 104.
  - BONVICINI, Gianni; LOUIS, Jean-Victor; VASCONCELOS, Alvaro; WESSELS, Wolfgang, *The Priorities and Strategy for the Reform of the Maastricht Treaty*, dattiloscritto presentato alla Conferenza IAI-TEPSA su 1996: *the Italian Presidency of the European Union - Towards the Revision of the Maastricht Treaty*, Roma, 1-2 dicembre 1995.
  - BOURATSIS, Aristotelis, *Le patrimoine culturel au sein de l'Union européenne*, in *Salvaguardia del patrimonio artistico mondiale - problematiche e prospettive*, Atti del primo convegno AIDA, AIDANEWS, 1995, n. 7, p. 66.
  - BRAENDLI, Paul, *The Future of the European Patent System*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, p. 813.

- BUTT PHILIP, Alan, *Old Policies and New Competences*, in Andrew DUFF, John PINDER e Roy PRYCE, *Maastricht and Beyond. Building the European Union*, Londra-New York, 1994, ristampa 1995.
- CAROSONE, Oscar, *Dalla direttiva CEE del 14 maggio 1991 sulla tutela giuridica del software alla relativa legge italiana di attuazione - Comunicazione al V Congresso internazionale su informatica e attività giuridica, Il diritto di autore*, 1993, p. 503.
- CHIMIENTI, Laura, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore: direttive comunitarie e normativa interna*, Milano, 1997.
- CHRISTIE, Andrew, *Reconceptualising Copyright in the Digital Era*, *European Intellectual Property Review*, 1995, p. 522.
- CINQUE, Robert A., *Making Cyberspace Safe for Copyright: the Protection of Electronic Works in a Protocol to the Berne Convention*, *Fordham International Law Journal*, 1995, p. 1258.
- COHEN JEHORAM, Herman, *The European Commission Pressured into a 'Dis-Harmonizing' Directive on Chip Protection*, *European Intellectual Property Review*, 1987, p. 35.
- COOK, Trevor M., *Copyright in the European Community*, *European Journal of Business Law*, 1994, n° 5, p. 24.
- CORAPI, Diego, *Author's Rights in the Light of New Technology - General Report*, in Diego CORAPI (a cura di), *Il diritto d'autore di fronte alle nuove tecnologie*, Napoli, 1994.
- CORNISH, William Rodolph, *Copyright Across the Quarter-Century*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, p. 801.
- IDEM, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Third Edition, London, 1996.

- CROZE, Hervé et SAUNIER, Franck, *Logiciels: retour aux sources*, *La Semaine Juridique*, 1996, p. 123.
- DARBYSHIRE, J., *Computer Programs and Competition Policy: a Block Exemption for Software Licensing*, *European Intellectual Property Review*, 1994, p. 374.
- DAVIES, Gillian, *The Convergence of Copyright and Authors' Rights - Reality or Chimera?*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, p. 964.
- DAWSON, N., *Copyright in the European Union - Plundering the Public Domain*, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1994, Vol. 45, n. 2, p. 193 ss.
- DEMNARD-TELLIER, Isabelle (sous la direction de), *Le multimédia et le droit - Internet, off line, on line*, Paris, 1996.
- DESBOIS, Henri, *Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du Marché commun*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Parigi, 1961.
- DIETZ, Adolf, *Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du Traité instituant la Communauté Economique Européenne*, publication de la Commission des Communautés Européennes, Collection Etudes, Série Secteur culturel, n. 2, Bruxelles, 1976.
- IDEM, *Copyright Protection for Computer programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?*, *Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht*, 1989, n. 110, p. 57.
- IDEM, *The artist's right of integrity under copyright law: a comparative approach*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1994, p. 177.

- DIXON, Allen N. e HANSEN, Martin F., *The Berne Convention Enters the Digital Age*, *European Intellectual Property Review*, 1996, p. 604.
- DIXON, Allen N. e SELF, Laurie C., *Copyright Protection for the Information Superhighway*, *European Intellectual Property Review*, 1994, p. 465.
- DOWNING, Robbie, *EC Information Technology Law*, Chichester/New York/Brisbane/Toronto/Singapore, 1995.
- DREIER, Thomas K., *L'évolution de la protection des circuits intégrés semi-conducteurs*, *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 1989, p.23.
- IDEM, *Authorship and New Technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, p. 989.
- DRI, in association with DHV, TME, IVM, ERM, ECOTEC, TRAVERS MORGAN and M+R, *Potential Benefits of Integration of Environmental and Economic Policies - An incentive-based approach to policy integration*, Report prepared for the European Commission, Directorate-General for Environment, Nuclear Safety and Civil Protection, *European Communities Environmental Policy Series*, London/Norwell, 1994.
- DWORKIN, G., *Authorship of Films and the European Commission Proposals for Harmonizing the Term of Copyright*, *European Intellectual Property Review*, 1993, p. 155.
- EDELMAN, Bernard, *Une loi substantiellement internationale. La loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins*, *Journal de droit international*, 1987, p. 555.
- IDEM, *Reflections on copyright and the direction it is taking in the European Community*, *Copyright Bulletin*, 1993 n. 4, p. 10.

- EHLERMANN, Claus D. e KAUFMANN, Thomas *Competition Constraints on Copyright and Related Rights*, in EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, Firenze, June 2-3-4, 1996.
- ERCOLANI, Stefania, *La tutela dei diritti d'autore in Italia e l'accordo TRIPs, Il diritto d'autore*, 1996, p. 50.
- IDEM (a cura di), *La creatività in Europa e la sfida digitale*, Milano, 1996.
- EUROPEAN COMMISSION, *Copyright and Related Rights on the Threshold of the 21st Century - Proceedings of the International Conference*, Firenze, June 2-3-4, 1996.
- IDEM, *Creativity & Intellectual Property Rights: evolving scenarios and perspectives - Proceedings of the International Conference*, Vienna, July 12-14, 1998.
- FABIANI, Mario, *La tutela delle opere dell'ingegno nell'informatica e nel multimediale. Ruoli e controlli della S.I.A.E., Il diritto di autore*, 1996, p. 367.
- FADANI, Enrico, *Software e diritto d'autore nell'ordinamento tedesco: dall'Urheberrechtsgesetz del 1965 al recepimento della direttiva 91/250/CEE, Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1994, p. 1037.
- FEDERAZIONE INTERNAZIONALE PER IL DIRITTO EUROPEO, Atti del XVI Congresso, Vol. I, *Le principe de subsidiarité*, Roma, 1994.
- FORREST, Alan, *A New Start for Cultural Action in the European Community: Genesis and Implications of Article 128 of the Treaty on European Union, Cultural Policy*, 1994, Vol 1, n. 1, p. 11ss.
- FRANÇON, André, *Le droit d'auteur, aspects internationaux et comparatifs*, Cowansville, 1992.



- IDEM, *La Conference diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins (Genève 2-20 décembre 1996)*, *Revue internationale du Droit d'auteur*, 1997, n° 172, p. 3.
- FRASSI, Paola A.E., *Creazioni utili e diritto d'autore*, Milano, 1997.
- FREDIANI, Carlo M., *La politique de la Communauté européenne en matière d'éducation et de culture, L'Europe en formation*, 1992, n. 284.
- GALL, G., *European Patent Office Guidelines 1985 on the Protection of Inventions Relating to Computer Programs*, *Computer Law & Practice*, 1985, p. 2.
- GARRIGULES, Cristina, *Databases: a Subject-matter for Copyright or for a Neighbouring Rights Regime?*, *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 3.
- GASTER, Jens L., *La protection juridique des bases de données dans l'Union européenne*, *Revue du Marché unique européen*, 1996, n°4, p. 55.
- GOTZEN, Frank, *Het bestemmingsrecht van der auteur*, Bruxelles, 1975, p. 389 (résumé in francese).
- IDEM, (edited by), *Copyright and the European Community - the Green Paper on Copyright and the Challenge of New Technology*, Bruxelles, 1989.
- GOVAERE, Inge, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law - Including a Case Study of the EC Spare Parts Debate*, London, 1996.
- GRÉGOIRE, Robert, *L'action communautaire dans le secteur culturel*, *Revue du Marché Commun*, 1978, n. 217, p. 229.

- GROVES, Peter, MARTINO, Anthony, MISKIN Claire e RICHARDS, John, *Intellectual Property and the Internal Market of the European Community*, London/Dordrecht/Boston, 1993.
- GUGLIEMMETTI, Giovanni, *L'invenzione di software - Brevetto e diritto d'autore*, Milano, 1996.
- HANSEN, Hugh C. (edited by), *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol. 1, London, 1996.
- HEIDE, Thomas, *Reinterpreting the right of integrity under article 6 bis of the Berne Convention*, *Copyright Bulletin*, 1997 n. 3, p. 5.
- HILDEBRANDT, Eckart e SCHMIDT, Eberhard, *Industrial Relations and Environmental Protection in Europe*, Lussemburgo, 1994.
- HUET, Jérôme, *L'Europe des logiciels: le principe de la protection par le droit d'auteur (directive communautaire du 14 mai 1991)*, *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 27e cahier, p. 221.
- HUET, Pierre, *Problèmes juridiques relatifs aux autoroutes de l'information et au multimédia*, *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1995, n. 2, p. 5.
- IMPERIALI, Riccardo; IMPERIALI, Rosario, *La tutela giuridica delle banche-dati*, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, p. 377.
- INSTITUT DE RECHERCHE EN PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE HENRI-DESBOIS, *L'avenir de la propriété intellectuelle - Colloque organisé par l'Institut*, Paris, 1993.
- JONGEN, Herald D.J.; MEIJBOOM, Alfred P. (edited by), *Copyright Software Protection in the EC*, Deventer-Boston, 1993.
- KAYE, Laurence, *The Proposed EU Directive for the Legal Protection of Databases: a Cornerstone of the Information Society?*, *European Intellectual Property Review*, 1995, p. 583.

- KEREVER, M., *Chronique de jurisprudence, Revue Internationale de Droit d'Auteur*, 1989, n. 142, p. 283.
- KOUMANTOS, Georges, *Les bases de données dans la directive communautaire, Revue internationale du Droit d'auteur*, 1997, n° 171, p. 79.
- LAFFAN, Brigid, *The Role and Position of Culture in the European Union*, testo presentato ad una riunione informale dei Ministri responsabili per la cultura nell'Unione europea, 25 settembre 1996.
- LANE, Robert, *New Community Competences under the Maastricht Treaty, Common Market Law Review*, 1993, Vol. 30, n. 5, p. 939.
- LAYDU, Jean-Baptiste, *Droit moral et Copyright, les nouveaux frères ennemis?*, *Bulletin de la Société d'études économiques et sociales*, juin 1994, p. 93.
- LEHMANN, Michael, *La nuova tutela giuridica europea dei programmi per elaboratore, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992, p. 298.
- LOEWENHEIM, Ulrich, *Intellectual Property Before the European Court of Justice, International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1995, p. 829ss.
- LOGEAIS, Elisabeth, *Quel avenir pour le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information?*, *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1996, p. 191.
- LOMAN, J.M.E.; MORTELMANS, K.J.M.; POST, H.H.G.; WATSON, J.S. *Culture and Community Law - Before and after Maastricht*, Deventer-Boston, 1992.
- LONG, Doris Estelle, *The Problem of Developing an International Protection Standard in Today's Multicultural, Economically Diverse, Global Marketplace*, Proceedings of the 90th Annual

- Meeting of the American Society of International Law, March 27-30, 1996, Washington.
- LUPONE, Angela, *La proprietà intellettuale nel diritto degli scambi internazionali*, *Comunicazioni e Studi*, 1997, p. 595.
  - MASTROIANNI, Roberto, *Diritti d'autore e diritti connessi*, *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 295.
  - IDEM, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, *Digesto - IV Edizione*, Vol XII Pubblicistico, Torino, 1996.
  - IDEM, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milano, 1997.
  - MEIJBOOM, Alfred P.; PRINS, Corien (eds.), *The Law of Information Technology in Europe*, Deventer/Boston, 1991.
  - MENESINI, Vittorio, *Introduzione al diritto industriale. La libertà espressiva e i suoi principi*, Torino, 1995.
  - METAXAS-MARANGHIDIS, George (edited by), *Intellectual Property Laws of Europe*, Chichester/New York/Brisbane/Toronto/Singapore, 1995.
  - MILLARD, Christopher J., *Legal Protection of Computer Programs and Data*, Londra, 1985.
  - MISSIR DI LUSIGNANO, Livio, *Communauté et culture*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1994, n. 376.
  - IDEM, *L'Action de la Communauté européenne en faveur de la culture*, in Jacques DELCOURT e Roberto PAPINI (a cura di), *Pour une Politique Européenne de la Culture*, Parigi, 1987.
  - MUCCI, Federica, *I beni culturali mobili nel Trattato della Comunità europea*, in Pasquale PAONE (a cura di), *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili*, Napoli, 1998.

- IDEM, *La valorizzazione del patrimonio mondiale culturale e naturale: significato e strumento di una "tutela sostenibile"*, in Maria Clelia CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla Convenzione dell'UNESCO*, Napoli, 1997.
- NATHAN, Fernand, *L'autre Europe "verte": la politique communautaire de l'environnement*, Parigi, 1987, p. 377ss.
- PAGANO, Rodolfo, (a cura di) *Normative europee sulla tecnica legislativa, Vol. II: normative europee e comunitarie, Quaderni di documentazione della Camera dei Deputati*, Roma, 1988.
- PARR, Nigel, *Avoiding Antitrust Pitfalls in Drafting and Enforcing Intellectual Property Agreements in the European Union*, *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 43.
- PATTERSON, L. Ray, *Free Speech, Copyright and Fair Use*, *Vanderbilt Law Review*, 1987, p. 1.
- PHILLIPS, J., *La notion d'"auteur" dans la legislation sur le droit d'auteur au Royaume-Uni*, *Le Droit d'Auteur*, 1990, p. 26.
- PIRIS, Jean-Claude, *Après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus transparentes?*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, p. 1ss.
- RADCLIFFE, Mark F., *On-Line Rights: How to Interpret Pre-Existing Agreements*, *European Intellectual Property Review*, 1996, p. 494.
- REED, Chris, *EC Antitrust Law and the Exploitation of Intellectual Property Rights in Software*, *32 Jurimetrics Journal*, 1992, p. 431.
- IDEM, (edited by), *Computer Law*, London, 1996.

- REICHMANN, Jerome, *Intellectual Property in International Trade: Opportunities and Risks of a Gatt Connection*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1989, p. 747.
- IDEM, *Emerging Issues in Information Technology. Remarks*, Proceedings of the 90th Annual Meeting of the American Society of International Law, March 27-30, 1996, Washington.
- RENOARD, A.C., *Traité des droits d'auteurs, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Parigi, 1838.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo, Voce: *Tecnica legislativa*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1993.
- ROMANO, Sara, *Considerazioni su una audizione a Bruxelles in tema di diritto d'autore nella società dell'informazione*, *Il diritto di autore*, 1996, p. 211.
- ROSSI, Lucia S., *Principio di non discriminazione e diritti connessi al diritto d'autore*, *Foro italiano*, 1994, IV, p. 316.
- SAMUELSON, Pamela; DAVIS, Randall; KAPOR, Mitchell D. & REICHMAN, J.H., *A Manifesto Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, *Columbia Law Review*, 1994, p. 2308.
- SERVIZIO BIBLIOTECA DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Raccolta di dottrina: il principio di sussidiarietà*, Roma, 1995.
- STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, London, 1989.
- STROWEL, Alain, *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences*, Paris, 1993.
- TRIAILLE, Jean-Paul, *The EEC Directive (25 July 1985) on Product Liability and its Application to Databases and Information*, *Computer Law & Practice*, 1991, p. 217.

- TRITTON, Guy, *Intellectual Property in Europe*, Londra, 1996.
- VINJE, Thomas C., *Interoperable Product Development Under the EC Software Directive*, *Computer Law & Practice*, 1992, p. 190.
- IDEM, *Licensing Software in Europe: EC Competition Law Considerations*, *The International Computer Lawyer*, 1992, p. 3.
- IDEM, *The Final Word on Magill: the Judgment of the ECJ*, *European Intellectual Property Review*, 1995, p. 297.
- IDEM, *A Brave New World of Technical Protection Systems: Will There Still Be Room For Copyright?*, *European Intellectual Property Review*, 1996, p. 431.
- IDEM, *The New Wipo Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva*, *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 230.
- VIVANT, Michel, *L'incidence sur le multimedia de l'harmonisation communautaire en matière du droit d'auteur*, Luxembourg, 1995.
- IDEM, *Le droit d'auteur, un droit de l'homme?*, *Revue internationale du Droit d'auteur*, 1997, n° 174, p. 61.
- VIVANT, Michel; LE STANC, Christian, *Droit de l'informatique*, *La semaine juridique [JCP]*, 1996, p. 217.
- VOGELAAR, Th.W. e WERMUTH, E., *Legal Aspects of Community Action in the Field of Culture*, *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1988, n. 5, p. 321.
- WADLOW, Christopher, *Intellectual Property and the Rome Contracts Convention*, *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 11.
- WAINWRIGHT, Richard, *The Future of European Community Legislation in the Light of the Recommendations of the Sutherland*

- Committee and the Principle of Subsidiarity, Statute Law Review*, 1994, Vol 15 n. 2, p. 98ss.
- WALLACE, William, *Protection for Designs in the United Kingdom, International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 1974, p. 421.
  - WEICHSELBAUM, Mindy J., *The EEC Directive on the Legal Protection of Computer Programs and U.S. Copyright Law: Should Copyright Law Permit Reverse Engineering of Computer Programs?*, *Fordham International Law Journal*, 1990-1991, p. 1027.



ISBN 88-87293-40-6

Lire 22.000 Euro 11,36