



UNIVERSITY
OF TRENTO
Faculty of
Law

Trento Law and Technology

Research Group

Student Paper n. 72

**ECCEZIONI E LIMITAZIONI
AL DIRITTO D'AUTORE
NELL'UNIONE EUROPEA:
PROFILI CRITICI E SPUNTI
COMPARATIVISTICI APPLICATI
AL SETTORE GLAM ALLA
LUCE DELL'EMERGENZA
COVID-19**

ELEONORA MARONI

lawtech

COPYRIGHT © 2022 ELEONORA MARONI

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group Student Papers Series Index
<http://lawtechnew.jus.unitn.it/main-menu/paper-series/student-paper-series-of-the-trento-lawtech-research-group/2/>

Questo paper

Copyright © 2021 ELEONORA MARONI

è pubblicato con Licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

About the author

Eleonora Maroni (eleonora.maroni-1@alumni.unitn.it) graduated in Law at the University of Trento, under the supervision of Prof. Roberto Caso (December 2021) and holds an LL.M. in Intellectual Property and the Digital Economy from the University of Glasgow (December 2021).

The opinion stated in this paper and all possible errors are the Author's only.

KEY WORDS

Copyright - exceptions - limitations – GLAM sector - Covid-19

Sull'autore

Eleonora Maroni (eleonora.maroni-1@alumni.unitn.it) ha conseguito la Laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Trento con la supervisione del Prof. Roberto Caso (Dicembre 2021) e ha ottenuto un LL.M. in Intellectual Property and the Digital Economy dalla University of Glasgow (Dicembre 2021).

Le opinioni e gli eventuali errori contenuti sono ascrivibili esclusivamente all'autore.

PAROLE CHIAVE

diritto d'autore - eccezioni - limitazioni - settore GLAM - Covid-19

ECCEZIONI E LIMITAZIONI AL DIRITTO D'AUTORE NELL'UNIONE EUROPEA: PROFILI CRITICI E SPUNTI COMPARATISTICI APPLICATI AL SETTORE GLAM ALLA LUCE DELL'EMERGENZA COVID-19

ABSTRACT

In the European Union, also by virtue of its status of fundamental right, copyright is given a protection which tends to be hypertrophic, without this being justified by the necessity to provide incentives to creation. Indeed, on the one hand copyright owners' exclusive rights are interpreted extensively, on the other a restrictive approach is applied with regard to copyright limitations and exceptions, which are in charge of enabling unauthorised uses of protected works.

In particular, copyright limitations and exceptions tend to be considered as derogations to the principle according to which copyright must be given a high level of protection. The assumption that limitations and exceptions have a derogatory nature implies that they cannot be interpreted in an extensive or analogical manner. This approach is problematic as it fails to acknowledge that copyright limitations and exceptions protect users' fundamental freedoms, *inter alia* the human right to science, freedom of expression and the right to participate in cultural life. Once confronted with these rights, copyright cannot be said anymore to deserve an aprioristically high protection.

In the light of the foregoing, the need emerges to foster a more integrated system, where copyright owners' exclusive rights can interact more physiologically with users' fundamental freedoms. This is a crucial issue in the light of the digital revolution, which makes it possible for knowledge to circulate in a fast and cheap way. To tell the truth, the exigence to elaborate concrete solutions has become even more urgent due to the Covid-19 pandemic, which has made it clear that it is vitally important to promote content sharing, above all to foster scientific research.

This study aims at analysing the present copyright system in the European Union in order to scrutinise its most problematic aspects and to formulate proposals with a view to fostering a better balance between the various interests at stake. This analysis will adopt a comparative approach. More specifically, it will take into account the US and the Canadian legal systems with a view to borrowing some solutions which may be applicable to the copyright system as conceived in the European Union. Indeed, the US and the Canadian legal systems stand out as they endorse a model of exceptions which is more flexible than the paradigm the European Union adopts.

The findings of the present comparative analysis will be tested in the so-called GLAM sector. In particular, GLAM is an acronym which stands for "galleries, libraries, archives and museums". The choice to focus on the activities of cultural institutions is justified by the fact that, as the depositaries of scientific knowledge and cultural heritage, they are constantly expected to make cultural rights effective while dealing with copyright owners' exclusive rights on the works included in their collections. It is not the case that the European legislator has long been concerned to enlarge the number of unauthorised uses permitted to cultural heritage institutions, most recently with the Directive 2019/790.

This study is articulated in three chapters. The first one aims at giving an overview of the most problematic aspects this work tries to deal with. With this objective in mind, first

of all it will be necessary to give an account of the nature and the functions of copyright thanks to a brief excursus about the theories which have been justifying its recognition and development in the various legal systems. This will allow to point out the main convergences and divergences between the so-called author's rights, as elaborated in the civil law tradition, and their homologous in common law countries, id est copyright. It will be underlined that, while continental legal systems protect author's rights by giving relevance not only to the rightsholders' economic interests, but also to their moral interests, copyright is intended as a monopoly created by law and meant to act as an economic incentive to creation.

In this regard, a terminological specification is needed: the term "copyright" will be used with specific regard to the common law systems, while the expression "author's rights" will be referred exclusively to the civil law paradigm. However, it is noteworthy that such a distinction will not be applied with regard to the European Union system, with regard to which the terms "copyright" and "author's rights" will be used in an interchangeable manner. Indeed, the European Union system does not fully adhere neither to the former nor to the latter model.

Among the justificative theories of copyright, the Kantian and the social planning ones will enable the proper understanding of copyright limitations and exceptions as mechanisms, inherent to the copyright system itself, underpinning users' fundamental rights. This recognition will imply that copyright, recognised as a fundamental right in the European Union, will be expected to interact with users' freedoms. In particular, this study will suggest that the balance between the various interests at stake may be fostered by using the so-called *Drittwirkung*, which consists in the horizontal application of fundamental rights.

Drittwirkung is not unknown to the European Union jurisprudence. However, it will be underlined that, in order to further foster its role, it is desirable to proceed to the prodromic search of the minimum and irreducible content of copyright. This is a process the European Union jurisprudence has not completed yet. In particular, it will be noted that copyright can be observed from two main perspectives. On the one hand, it can be assimilated to a property right. On the other, following the approach which is more spread in common law countries, copyright can be considered as a legal monopoly pre-ordered to the promotion of knowledge dissemination.

Both these conceptions will be analysed with the view to identifying which vision is the most inclined to foster a better balance between copyright and users' interests. It will be concluded that conceiving copyright as a legal monopoly has the advantage to promote the balance between the various interests at stake under the aegis of the proportionality principle and to galvanise the extensive and analogical application of the exceptions. It will be noted that, in the copyright sector, the Court of Justice already makes a desirable and appropriate use of the proportionality principle. However, there is a step forward to make, as the Court has not yet endorsed the possibility to interpret the exceptions in an extensive and analogical manner.

The second chapter has the ambition to conduct a comparative analysis. Indeed, it will be underlined that the restrictive approach to exceptions and limitations in the European Union can be explained in the light of the fact that the European Union adopts the mechanism of the so-called "closed exceptions". This model will be contrasted first with the US paradigm, which stands out for the open clause known as "fair use". Then, this

study will deal with the potentialities of the Canadian clause of “fair dealing”, which, despite not being an open exception, is featured by a high level of flexibility. What fair use and fair dealing have in common is that they are both underpinned by the common law conception of copyright as a limited legal monopoly pre-ordered to knowledge dissemination.

With specific regard to fair use, the four factors, on which its jurisprudential application is based, will be briefly examined. This analysis will have the merit to confirm the impression of a part of the US doctrine claiming that, if it is true that fair use is a flexible clause, this does not mean that fair use is so unpredictable to undermine the solidity of the copyright system. This because the conflict between fair use and copyright is only apparent, as both of them share the same constitutional foundation, that is the so-called Copyright Clause. This is witnessed by the fact that fair use has the inherent vocation to cover transformative uses of protected works.

More evidently than fair use, the Canadian clause of fair dealing has the merit to safeguard users’ access to copyright works, by breaking the equation between creative uses and public interest: indeed, copyright pursues its objective to disseminate knowledge when users are able to have access to works, without being relevant whether access is prodromic to further creative inputs by users. Thanks to the analysis of various relevant cases decided by the Canadian Supreme Court, it will be demonstrated that the fair dealing clause can be a precious source of inspiration as a forge of new possible unauthorised uses of copyright works.

In the light of the analysis conducted with regard to fair use and fair dealing, some suggestions will be formulated with a view to making the European Union copyright system more flexible. With this objective in mind, this study will proceed to an analysis of the role of the three-step test which may stand out as a European version of the fair use clause. In particular, following some doctrinal inputs and the approach adopted by the Spanish jurisprudence, it will be demonstrated that the Court of Justice has erroneously intended the three-step test as a filter further limiting the application of copyright limitations and exceptions established by the law. It will be suggested that the three-step test should be conceived as a proactive clause enabling the extensive and analogical application of closed exceptions.

The third chapter aims at proposing some concrete applications of the reasoning conducted in the first two parts of this study. As stated above, the GLAM sector will be taken into consideration. An aspect which will be given great relevance is the impact of the Covid-19 pandemic on the intersections between copyright and the activities of cultural heritage institutions which, indeed, could have played a more decisive role as enablers of scientific research if only digital content sharing had not been so hampered by copyright. Moreover, it will be underlined that, during the period commonly known as lockdown, digitisation of contents became essential to ensure the effectiveness of the right to participate in cultural life.

After a brief excursus about the copyright limitations and exceptions dedicated to the GLAM sector, the single provisions regarding the GLAM sector in Directive 2019/790 will be analysed. In particular, the following ones will be examined: articles 3 and 4 about text and data mining; article 6 enabling the preservation of cultural heritage; article 8 about the uses of out-of-commerce works; article 14, which states that reproductions of works of visual art in the public domain are not subject to copyright and related rights. These norms

will be examined in the light of the vision which conceives copyright as a legal monopoly pre-ordered to the pursuance of public interest. Some proposals will be made with regard to the implementation and the interpretation of the Directive 2019/790, also on the basis of the precious hints which can be taken from the US fair use and the Canadian fair dealing.

ECCEZIONI E LIMITAZIONI AL DIRITTO D'AUTORE NELL'UNIONE EUROPEA: PROFILI CRITICI E SPUNTI COMPARATIVI APPLICATI AL SETTORE GLAM ALLA LUCE DELL'EMERGENZA COVID-19

ABSTRACT

Nell'Unione Europea, anche in forza del suo status di diritto fondamentale, il diritto d'autore è destinatario di una tutela che tende a caratterizzarsi per un'ipertrofia difficile da giustificare alla luce della necessità di fornire incentivi alla creazione. Ciò non si attua soltanto per il tramite di un approccio largheggiante riservato ai diritti di esclusiva riconosciuti al titolare del diritto d'autore, ma si concretizza anche e soprattutto attraverso un approccio restrittivo alle eccezioni e limitazioni, le quali sono preposte a garantire degli spazi di libera utilizzazione agli utenti.

Ciò è evidente se si considera che le eccezioni e limitazioni tendono ad essere concepite come deroghe, non suscettibili di applicazione estensiva o analogica, alla regola secondo cui il diritto d'autore sarebbe meritevole di un alto livello di tutela. Si tratta di un inquadramento sistematico che non valorizza le eccezioni e limitazioni quali depositarie di interessi degli utenti a fondamento costituzionalizzato. Si allude al diritto umano alla scienza e ai diritti culturali in senso lato, tra cui spiccano la libertà di espressione e il diritto alla partecipazione alla vita culturale. Tali diritti fondamentali hanno una dignità tale da scardinare la convinzione che il diritto d'autore debba essere destinatario di una protezione aprioristicamente elevata.

Si pone, allora, la questione di come promuovere un sistema integrato in cui i diritti di esclusiva accordati dal diritto d'autore possano interagire fisiologicamente con le libertà fondamentali di cui gli utenti sono portatori. Si tratta di un tema di significativa rilevanza, soprattutto alla luce della rivoluzione tecnologica, che ha reso possibile la rapida ed economica circolazione del sapere. A ben vedere, la necessità di elaborare soluzioni concrete, già fortemente auspicabile, è stata resa impellente dalle dure lezioni impartite dall'emergenza sanitaria scaturita dalla diffusione del virus Covid-19, che ha portato ad emersione la vitale importanza della libera condivisione dei contenuti.

La presente trattazione si propone di rileggere l'attuale sistema del diritto d'autore nell'Unione Europea con l'intento di indagarne i profili critici e di formulare proposte onde favorire un migliore bilanciamento tra i vari interessi in gioco. Lo si farà per tramite di un'indagine che si avvarrà del metodo comparatistico. Più precisamente, ci si volgerà verso l'ordinamento statunitense e quello canadese al fine di mutuare spunti applicabili al sistema del diritto d'autore come concepito nell'Unione Europea. Infatti, tali sistemi d'oltreoceano si caratterizzano per un modello di eccezione più flessibile rispetto al paradigma cui aderisce l'Unione.

Gli esiti dell'indagine comparatistica condotta saranno testati alla luce delle sfide poste dal cosiddetto settore GLAM, acronimo che sta per "galleries, libraries, archives and museums". La scelta di indagare il sistema delle eccezioni e limitazioni in relazione alle attività delle istituzioni culturali si spiega in considerazione del fatto che esse, quali depositarie del sapere scientifico e del patrimonio culturale in senso lato, sono quotidianamente chiamate ad attuare i diritti culturali degli utenti interfacciandosi con i

diritti di esclusiva sulle opere che compongono le loro collezioni. Non è un caso che il legislatore europeo sia più volte tornato ad ampliare gli spazi di libera utilizzazione accordati alle istituzioni culturali, da ultimo con la Direttiva 2019/790.

L'intero ragionamento si snoda in tre capitoli. Il primo si propone di delineare i profili critici cui questa trattazione tenta di dare risposta. Per farlo, occorrerà innanzitutto procedere all'inquadramento della natura e delle funzioni del diritto d'autore attraverso una breve analisi delle teorie che nel tempo ne hanno giustificato la ragion d'essere nei vari sistemi giuridici. Ciò consentirà di evidenziare i punti di convergenza e divergenza che esistono tra il diritto d'autore, come elaborato nella tradizione di civil law, e il suo omologo, propriamente detto copyright, come sviluppatosi in seno ai sistemi giuridici di common law. Si vedrà che, mentre nella tradizione giuridica continentale la tutela del diritto d'autore valorizza anche gli interessi morali che fanno capo alla persona dell'autore, il copyright è concepito schiettamente come un monopolio che è ex lege deputato ad agire come incentivo economico alla creazione.

A tal proposito, è d'obbligo una specificazione terminologica valevole per l'intera trattazione: si userà il termine "copyright" con specifico riferimento al modello di common law, mentre ci si servirà dell'espressione "diritto d'autore" quando si vorrà alludere al paradigma cui aderisce la tradizione di civil law. Si badi, però, che tale distinzione terminologica non sarà applicata con riguardo al sistema dell'Unione Europea, con riferimento al quale i termini "copyright" e "diritto d'autore" verranno utilizzati in maniera interscambiabile. Infatti, a rigore, l'ordinamento dell'Unione Europea non aderisce pienamente né all'uno né all'altro modello.

Tra le teorie giustificative del diritto d'autore, quella kantiana e quella di pianificazione sociale fungeranno da anello di congiunzione per il corretto inquadramento delle eccezioni e limitazioni quali meccanismi, interni allo stesso diritto d'autore, che sottendono interessi degli utenti a fondamento costituzionalizzato. Si delinea, così, un quadro complesso in cui il diritto d'autore, annoverato come diritto fondamentale nell'Unione Europea e non solo, sarà chiamato ad interagire con le libertà degli utenti. Chiave di volta che consentirà di contemperare i vari interessi in gioco è la tecnica della *Drittwirkung*, la quale propugna l'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali.

La *Drittwirkung* non è una logica estranea alla giurisprudenza dell'Unione Europea. Tuttavia, si vedrà che, per una sua più proficua applicazione, è auspicabile procedere, in via prodromica, alla corretta individuazione del contenuto minimo e insacrificabile del diritto d'autore. Si tratta di un passaggio che la giurisprudenza dell'Unione non ha ancora compiuto pienamente. Si vedrà che il nucleo duro del diritto d'autore può essere osservato da due precipui angoli visuali. Da un lato, infatti, il diritto d'autore può essere assimilato al diritto di proprietà. D'altro lato, esso, con un approccio caro al copyright di common law, può essere concepito come un monopolio ex lege preordinato al perseguimento del pubblico interesse.

Entrambe queste visioni saranno indagate con l'obiettivo di individuare quale sia quella più incline a favorire un sereno contemperamento tra il diritto d'autore e gli interessi degli utenti. Si vedrà che concepire il diritto d'autore quale monopolio legale presenta l'intrinseco vantaggio di promuovere il bilanciamento tra i vari interessi in gioco sotto l'egida del principio di proporzionalità e di galvanizzare l'applicazione analogica ed estensiva delle eccezioni. Si rileverà che, nell'ambito del diritto d'autore, la Corte di Giustizia valorizza in modo consapevole e proficuo il principio di proporzionalità. Non si

mancherà di notare che, invece, non si è affermata in modo decisivo la possibilità di procedere all'interpretazione estensiva e finanche analogica delle eccezioni.

Il secondo capitolo ha una vocazione spiccatamente comparatistica. Infatti, si rileverà che l'interpretazione restrittiva delle eccezioni nell'Unione Europea si spiega alla luce dell'adesione al paradigma delle eccezioni cosiddette "chiuse". Tale modello verrà contrapposto dapprima a quello statunitense, che si caratterizza per la clausola aperta del fair use. Successivamente, si darà conto anche della clausola canadese del fair dealing che, pur non essendo a rigore un'eccezione aperta, si caratterizza per un alto livello di flessibilità. Fair use e fair dealing sono accomunati dalla concezione, tipica dei sistemi di common law, che il copyright è un monopolio preordinato ex lege al perseguimento del pubblico interesse alla disseminazione della conoscenza.

Con specifico riguardo al fair use, si procederà alla breve analisi dei quattro fattori che ne coadiuvano l'applicazione giurisprudenziale. Attraverso tale indagine si confermerà l'impressione di quella parte della dottrina statunitense che correttamente argomenta che, se è vero che il fair use è una clausola flessibile, essa non si concreta in una mina vagante capace di distruggere la solidità del copyright. Ciò perché il conflitto tra il fair use e il copyright è solo apparente, dal momento che essi condividono il medesimo fondamento costituzionale, cioè la cosiddetta Copyright Clause. A riprova di ciò, si valorizzerà il fatto che il fair use è baluardo degli usi trasformativi delle opere protette da parte degli utenti.

Più spiccatamente rispetto al fair use, il fair dealing canadese ha il merito di salvaguardare l'accesso degli utenti alle opere protette. Lo fa rompendo l'equazione tra riusi creativi e pubblico interesse: infatti, il copyright persegue la sua finalità sociale, cioè la disseminazione del sapere, quando l'opera raggiunge gli utenti, non rilevando se la fruizione dell'opera sia prodromica ad ulteriori contributi creativi. Attraverso l'analisi di vari casi decisi dalla Corte Suprema canadese, si vedrà che la clausola del fair dealing può essere una preziosa fonte di ispirazione quale fucina di spazi di libera utilizzazione riservati agli utenti.

Al netto dell'indagine sulla fenomenologia di fair use e fair dealing, si tenterà di formulare proposte con riguardo alla possibilità di rendere più flessibile il sistema del diritto d'autore nell'Unione Europea. A tal fine si procederà ad una rilettura del three-step test che, a ben vedere, potrebbe affermarsi come un fair use alla maniera europea. In particolare, alla luce delle riflessioni di attenta dottrina e sul modello della giurisprudenza spagnola, si argomenterà che erroneamente la Corte di Giustizia ha attribuito al three-step test una funzione di filtro suscettibile di limitare ulteriormente gli spazi applicativi delle eccezioni e limitazioni legislativamente previste. Si suggerirà, allora, che il three-step test può essere interpretato come una clausola proattiva che legittima la lettura estensiva e analogica delle eccezioni chiuse.

Il terzo e ultimo capitolo consiste nell'applicazione degli esiti del ragionamento condotto nei primi due. Come preannunciato, la trattazione avrà ad oggetto il settore GLAM. Un aspetto che sarà oggetto di particolare attenzione è il duro insegnamento che il Covid-19 ha impartito con riguardo alle interazioni che vi sono tra i diritti di esclusiva accordati dal diritto d'autore e le attività delle istituzioni culturali. Quest'ultime, infatti, quali fulcri della ricerca scientifica, avrebbero potuto ricoprire un ruolo più determinante nel combattere la pandemia se solo una maggiore condivisione di contenuti digitalizzati fosse stata possibile. Inoltre, non si mancherà di rilevare che, nel periodo noto ai più come lockdown, è emerso che il digitale è mezzo imprescindibile per la piena attuazione del diritto di accesso alla cultura.

Dopo un breve resoconto dello stato dell'arte di eccezioni e limitazioni nel settore GLAM, si analizzeranno le singole disposizioni che riservano spazi di libera utilizzazione agli enti culturali nella recente Direttiva 2019/790, con particolare riferimento alle eccezioni dedicate al text and data mining (articoli 3 e 4), alla conservazione del patrimonio culturale (articolo 6) e all'uso di opere fuori commercio (articolo 8 e seguenti). Da ultimo si osserverà l'articolo 14, che esclude la protezione del copyright e dei diritti connessi sulle opere delle arti visive che sono in pubblico dominio. Ciascuna di queste norme verrà riletta alla luce della concezione che inquadra il copyright come monopolio legale preordinato al pubblico interesse. Su questo sostrato teorico saranno costruiti dei suggerimenti per l'implementazione e l'interpretazione giurisprudenziale della Direttiva 2019/790. A tal fine, numerosi spunti saranno mutuati dal modello del fair use statunitense e dal paradigma del fair dealing canadese.

INDICE

CAPITOLO I

PROPRIETÀ O MONOPOLIO: IL DIRITTO D'AUTORE ORIENTATO ALLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENALI DEGLI UTENTI 15

1. Il diritto d'autore: la tutela, la storia, le giustificazioni	15
1.1. Due tradizioni a confronto	16
1.2. La teoria utilitaristica	18
1.3. La teoria laburistica	20
1.4. La teoria della personalità	23
1.5. La teoria proprietaristica di Fichte	25
1.6. Il diritto d'autore in ottica aristotelica	27
1.7. La teoria culturale o di pianificazione sociale	28
1.8. La visione Kantiana	30
2. Il diritto fondamentale di accesso alla cultura	32
3. Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore	34
4. Fenomenologia della <i>Drittwirkung</i>	36
5. La <i>Drittwirkung</i> all'opera: il caso <i>Promusicae</i>	39
6. Il diritto d'autore nella prospettiva proprietaria	40
6.1. L'allargamento dei limiti interni: una moderna enclosure?	43
6.2. Emendamenti alla concezione proprietaria: l'enfasi sulla funzione sociale	45
7. Il diritto d'autore è regola o eccezione?	47
7.1. Verso la concezione monopolistica nel panorama UE: il principio di proporzionalità	52
7.2. Dalla garanzia dell'effetto utile all'interpretazione estensiva	54
8. I conflitti diretti e la <i>Drittwirkung</i> immediata	57
9. Notazioni conclusive	58

CAPITOLO II

FAIR USE E FAIR DEALING: IL PARADIGMA EUROPEO IN DISCUSSIONE 60

1. L'approccio dell'Unione Europea in discussione	60
2. Sistemi a confronto tra convergenze e divergenze	62
3. Il fair use e il vincolo alle finalità statutarie del copyright	63
4. Fair use: inquadramento generale	65
4.1. La finalità e il carattere dell'uso dell'opera protetta	66
4.2. La natura dell'opera protetta	68
4.3. La porzione d'opera utilizzata	70
4.4. L'effetto dell'uso sul mercato potenziale dell'opera protetta o sul suo valore	71
5. Usi trasformativi, produttivi e ortogonali	73
6. I diritti degli utenti in Canada: il caso <i>Theberge</i>	75

7. CCH e la pentalogia	77
8. Fair dealing e fair use a confronto	79
9. Le eccezioni aperte e gli interessi dei titolari del copyright	81
10. Il fair use e il quadro internazionale: dubbi sulla compatibilità	83
11. Il three step test: una rilettura	87
12. Verso un fair use europeo?	89
13. Notazioni conclusive	95
CAPITOLO III	
IL SETTORE GLAM NELL'UNIONE EUROPEA: UNA LETTURA IN CHIAVE DI APERTURA ALLA LUCE DELL'EMERGENZA COVID	96
1. La Direttiva 2019/790	96
2. Inquadramento generale del settore GLAM	98
2.1. La Direttiva 2001/29/CE	100
2.2. La Direttiva 96/9/CE	101
2.3. La Direttiva 2009/24/EC	103
2.4. La Direttiva 2012/28/UE	104
3. Il Covid-19: un'occasione per riflettere sul settore GLAM	105
3.1. L'invito alla scienza aperta	105
3.2. L'accesso al patrimonio culturale digitalizzato	108
4. Il settore GLAM nella Direttiva 2019/790	109
4.1. Text and data mining	109
4.1.2. Gli articoli 3 e 4 della Direttiva 2019/790	110
4.1.3. Un approccio evolutivo	113
4.2. L'articolo 6 e la conservazione del patrimonio culturale	116
4.2.1. Verso la disseminazione del patrimonio culturale	117
4.3. L'eccezione per le opere fuori commercio	118
4.3.1. L'eccezione per le opere fuori commercio: un piano B	122
4.3.2. L'articolo 8: criticità e opportunità	124
4.4. L'articolo 14, il varco per il riuso	127
4.4.1. Questioni irrisolte	129
4.4.2. Il rapporto con la Direttiva PSI	132
4.4.3. Alla scoperta delle potenzialità dell'articolo 14	133
5. Notazioni conclusive	136
CONCLUSIONI	138
BIBLIOGRAFIA	140

CAPITOLO I

PROPRIETÀ O MONOPOLIO: IL DIRITTO D'AUTORE ORIENTATO ALLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEGLI UTENTI

1. Il diritto d'autore: la tutela, la storia, le giustificazioni

“[N]elle più recenti dichiarazioni internazionali dei diritti si sta manifestando la pericolosa tendenza consistente nell'ascrivere al diritto di proprietà, e segnatamente alla proprietà intellettuale, lo status di “diritto fondamentale”.¹ Sferzante e acuta, questa riflessione di Giorgio Resta invita a considerare in maniera disincantata l'evoluzione dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare la loro scalata verso lo status di diritti fondamentali. Si tratta, infatti, di un esito che non era né scontato, né dovuto.² Addirittura, esso è definito come “pericoloso”. Per comprendere a fondo se, quanto e in che senso il diritto d'autore sia “pericoloso”, occorre previamente delinearne i profili ontologici e applicativi.

La tutela del diritto d'autore a livello internazionale si ricava dall'intersezione di numerose disposizioni. Il riconoscimento del diritto d'autore quale diritto fondamentale si evince dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo,³ che all'articolo 27 co.2 recita⁴: “Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore.”⁵ Nulla dice, invece, in tema di diritto d'autore la quasi coeva Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.⁶ Tuttavia, è ormai consolidata l'opinione secondo cui il Protocollo Addizionale alla Convenzione⁷ offra copertura alla proprietà intellettuale, che viene ricompresa nella protezione accordata genericamente alla proprietà, di cui all'articolo 1.⁸ Nell'ambito del

¹ G. RESTA, *La conoscenza come bene comune: quale tutela?*, in *Persona e Danno*, 2012, 27 <<https://www.personaedanno.it/attachments_static/attachments/article/40779/Resta%20informazione%20bene%20comune.pdf>>.

² Anche secondo F. GIOVANELLA, *Copyright and Information Privacy. Conflicting Rights in Balance*, Cheltenham, UK, 2017, 36 <<<https://www.elgaronline.com/view/9781785369353/9781785369353.xml>>>: “The characterization of copyright as a constitutional, fundamental right is more questionable.”

³ Nonostante la sua natura di raccomandazione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la Dichiarazione ha un rilievo pratico non indifferente: si sostiene infatti che essa sia vincolante, anche in quegli Stati che non hanno ratificato i Patti delle Nazioni Unite, in virtù della sua natura di diritto internazionale consuetudinario: C. GEIGER, *Copyright's Fundamental Rights Dimension at EU Level*, in E. DERCLAYE (a cura di), *Research handbook on the future of EU Copyright*, Cheltenham, UK, Northampton, Mass, 2009, 33.

⁴ La necessità di tutela è ribadita dall'articolo 15(1)(c) del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali:

“Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore.”

⁵ Art. 27(2) Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

⁶ Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali firmata a Roma il 4 Novembre 1950.

⁷ Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

⁸ Come emerge dall'analisi condotta da: J. DREXT, *Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the European Union – Between Privacy, Property and the Regulation of the Economy*, in K. S. ZIEGLER (a cura di), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, Oxford, 2007, 173; si veda anche: G. GIANNONE CODIGLIONE, M.BASSINI, *From private enforcement to public enforcement. Copyright enforcement in the digital age: a comparative overview*,

Diritto dell'Unione Europea, al fianco della CEDU, che è principio generale del diritto dell'Unione in virtù dell'articolo 6 paragrafo 3 TUE, occorre menzionare la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.⁹ Quest'ultima, avente il medesimo valore giuridico dei Trattati, annovera la proprietà intellettuale tra i diritti fondamentali all'articolo 17 paragrafo 2, in cui il legislatore europeo afferma stringatamente che “la proprietà intellettuale è protetta”.

Queste coordinate in tema di tutela internazionale del diritto d'autore delineano un quadro assai complesso. Da un lato, emerge la necessità di proteggere il diritto d'autore, che viene identificato come diritto fondamentale del creatore di un'opera dell'ingegno. D'altro lato, si ravvisano delle parziali divergenze riguardo all'ontologia della tutela accordata. Infatti, la natura proprietaria viene accentuata, se si vuole ricondurre il diritto d'autore all'ambito applicativo della CEDU. Inoltre, sembra che la connotazione proprietaria della tutela degli interessi autoriali sia frutto di una precisa scelta del legislatore dell'Unione Europea, il quale fa riferimento alla protezione della proprietà intellettuale proprio nell'articolo 17, baluardo del diritto di proprietà all'interno della Carta di Nizza.

Una scelta diversa è compiuta dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo che non allude al concetto di proprietà.¹⁰ La Dichiarazione formula esplicitamente il solo invito alla protezione a tutto tondo del diritto d'autore, concepito come fascio di interessi morali e materiali. Infine, non può essere ignorato che la Dichiarazione pone la protezione del diritto d'autore in una collocazione sistematica significativa. Infatti, lo stesso articolo 27 sancisce al comma 1: “Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici.”¹¹ La lettura sinottica dei due commi dà conto di un ulteriore profilo di rilievo, portando ad emersione l'indissolubile strumentalità del diritto d'autore rispetto al progresso culturale, il quale proprio delle opere dell'ingegno si nutre.

1.1. Due tradizioni a confronto

Al netto della breve indagine svolta, emerge chiara la difficoltà in punto di inquadramento ontologico-sistematico della protezione degli interessi autoriali. Solo la storia del diritto d'autore, costellata dalle varie teorie che nel tempo lo hanno giustificato, può dotare di coerenza ed organicità il suo sistema di tutela.

Antesignano del diritto d'autore è il privilegio librario, concesso a singoli individui in virtù di un atto del potere politico. Nel 1469, il primo privilegio librario nella storia venne assegnato dalla Repubblica di Venezia¹² a Giovanni Da Spira.¹³ Tale privilegio venne

in O. POLLICINO, G. M. RICCIO e M. BASSINI (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Cheltenham, 2020, 221.

⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2012) OJ C 326/391.

¹⁰ In questo modo, la Dichiarazione lascerebbe ampio spazio di manovra agli Stati, che sarebbero dunque liberi di svincolarsi totalmente dal paradigma offerto dal diritto di proprietà. Si veda a tal proposito: C. GEIGER, *Copyright's Fundamental Rights Dimension at EU Level*, cit., 31.

¹¹ Art. 27(1) Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

¹² E. SQUASSINA, *I privilegi librari a Venezia (1469-1545)*, in SQUASSINA e OTTONE (a cura di), *Privilegi librari nell'Italia del Rinascimento*, Milano, 2019, 332; C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018, 53-54.

¹³ È una forzatura ritenere che tracce dell'attuale sistema del diritto d'autore possano essere rinvenute in sistemi giuridici precedenti all'invenzione della stampa. Infatti, la protezione di diritti di esclusiva di natura autoriale è interamente frutto dell'età moderna in cui, grazie alla rivoluzione tecnologica, si sono create le condizioni affinché le opere dell'ingegno, divenute facilmente riproducibili, potessero essere considerate come dotate di un autonomo valore economico. A riprova di ciò, si consideri, ad esempio, che nell'antichità classica

accordato *pro arte introducenda*: egli, infatti, aveva introdotto a Venezia la stampa a caratteri mobili, sulla scia della rivoluzione compiuta dal tedesco Gutenberg, che, creando le condizioni per la nascita di un nuovo mercato, trasformò le creazioni intellettuali in asset dotati di un proprio valore economico.¹⁴ Non è un caso che la Serenissima, interessata al mantenimento del potere sul territorio,¹⁵ si dedicò attivamente al consolidamento del commercio e dell'attività industriale cittadina, di cui il settore del libro a stampa era una componente essenziale. Successivamente, altri privilegi furono concessi per innovazioni riguardanti tecniche di stampa e, progressivamente, in virtù dell'equazione tra nuova industria e nuova edizione, anche la pubblicazione di opere cominciò a giustificare la concessione di privilegi.¹⁶ A seguito dell'abbandono del sistema dei privilegi, una nuova posizione giuridica soggettiva si apprestò a colmarne il vuoto.

In particolare, nella tradizione giuridica di civil law, cominciò ad emergere il cosiddetto diritto d'autore. Il modello veneziano, infatti, non era di certo un unicum. Anche il resto dell'Europa Continentale ha assistito alla medesima evoluzione del diritto d'autore, che progressivamente si è affrancato dalla sua natura di privilegio librario. Si prenda, ad esempio, il caso della Francia che, con la Rivoluzione Francese, gettò le fondamenta del moderno "droit d'auteur". A tal proposito, data significativa è il 1793, anno in cui venne emanata una legge che conferiva agli autori il diritto di opporsi a riproduzioni non autorizzate delle loro opere. Il sistema del privilegio fu ancor più coriaceo in Germania: solo con l'intervento legislativo prussiano del 1837, si affermò l'Urheberrecht che proteggeva le opere contro la riproduzione non autorizzata fino a trent'anni dopo la morte dell'autore.¹⁷ Questi primi interventi legislativi contenevano l'embrione di un diritto destinato ad espandersi e a mutare notevolmente nei secoli successivi.

Uno sviluppo simile coinvolse anche il copyright, l'omologo del diritto d'autore nella tradizione giuridica di common law. Due intenti muovevano la Corona Inglese a controllare la stampa di libri. Da un lato, la preoccupazione che il dissenso nei confronti

la fervente produzione di opere dell'ingegno non fu accompagnata dalla necessità di tutelare o incentivare la tensione individuale verso la creazione intellettuale. Non è un caso che l'oralità rivestisse un ruolo fondamentale nell'antichità. Si pensi alla figura dell'aedo, che in Grecia era massimo depositario di una missione collettiva di diffusione e preservazione del sapere. Inoltre, non passi inosservato che a Roma la riproduzione per iscritto delle opere era affidata agli scribi, i quali replicavano libri tendenzialmente con costi e tempi pari rispetto a quelli sostenuti dal primo estensore della copia. Non sorprende, allora, che si ricorresse spesso al prestito del volume, fenomeno disciplinato dal diritto romano. A tal proposito si veda: U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010, Cap. I.

¹⁴ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, . cit., 51: "Legal systems did not perceive the need to protect intellectual creations until the advent of the press, when their production and distribution became automated enough to create a market for literary works, thus attributing to them a tangible economic value. Pre-modern societies conceptualized knowledge as a gift from God, and for this very reason inappropriable and inalienable. Knowledge transmission happened orally."

¹⁵ Le ragioni della nascita del privilegio, embrione del diritto d'autore, sono economiche e politiche: da un lato, con l'avvento della stampa, i costi di riproduzione dei libri si abbattano creando i presupposti per la nascita di un vero e proprio nuovo mercato; dall'altro, aumentando la diffusione delle idee, la stabilità del potere politico viene messa a rischio. A tal proposito: G. PASCUIZZI, R. CASO, *Il diritto d'autore dell'era digitale*, in G. PASCUIZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, 196.

¹⁶ Il privilegio era frutto di una concessione del potere politico (*gratia*) ed era assicurato in via eccezionale al fine di garantire protezione dalla concorrenza e recupero degli investimenti a chi introduceva una nuova tecnologia o avviava una nuova attività produttiva. In origine, la distinzione tra diritto d'autore e brevetti era sostanzialmente inesistente. Si veda: J. KOSTYLO, *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent*, in R. DEAZLEY, M. KRETSCHMER, L. BENTLY (a cura di), *Privilege and Property*, 2010, 21.

¹⁷ La storia del diritto d'autore continentale è brevemente ripercorsa in: P. GOLDSTEIN e B. HUGENHOLTZ, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford, 2010, 19.

della Monarchia potesse prendere il sopravvento, grazie all'economica e rapida circolazione di idee. Dall'altro, la necessità di controllare un'attività economica estremamente lucrativa, quale quella della stampa dei libri. La risposta a tale duplice esigenza della Corona Inglese fu trovata nella concessione, a soggetti designati, di diritti esclusivi relativi alla pubblicazione di specifici libri.¹⁸ Una svolta in tale regime fu segnata dallo "Statute of Anne",¹⁹ che, emanato nel 1710, costituì il primo intervento legislativo in materia di copyright, anticipando così l'ancora sopito omologo continentale.²⁰

Un accento va posto sulle premesse ideologiche dello Statuto, che si definisce come "an Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned".²¹ Larga parte della dottrina ha ricavato da tale dichiarazione di intenti importanti conseguenze di natura sistematica. In particolare, lo Statuto di Anna sancirebbe la natura spiccatamente utilitaristica del copyright di common law. Questo sarebbe un elemento diacritico rispetto alla tradizione di civil law, che, piuttosto, si innesterebbe su una concezione più prettamente ispirata alla necessità di valorizzare la centralità della persona dell'autore. Non sarebbe un caso, infatti, che proprio nel modello continentale il diritto d'autore è stato tradizionalmente connotato anche in termini di diritto morale e non solo come diritto di esclusiva economica.²² Certamente, tale corrente di pensiero dà suggestioni che trovano riscontri nell'evoluzione del diritto d'autore e del copyright. Tuttavia, appare poco saggio procedere a distinzioni nette.²³ Piuttosto, è opportuno procedere all'analisi delle convergenze e divergenze tra questi due modelli. Le giustificazioni che nel tempo sono state date alla tutela degli interessi autoriali sono un ottimo punto di partenza in tal senso.

1.2. La teoria utilitaristica

La più avallata delle teorie giustificatrici del diritto d'autore affonda le sue radici nell'utilitarismo affermatosi dalla fine del diciottesimo secolo e propugnato dai pensatori Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Tale orientamento filosofico assegna alla legge e allo Stato il ruolo di promuovere la maggiore felicità del maggior numero di individui. In particolare, la teoria utilitaristica²⁴ si sviluppa a partire dalla considerazione che vi sono dei

¹⁸ P. GOLDSTEIN e B. HUGENHOLTZ, *op. cit.*, 16; Ciò fu assicurato tramite il riconoscimento del monopolio sulla stampa dei libri alla corporazione detta "Stationers' Company". La legislazione inglese assegnava alla Stationers' Company il precipuo ruolo di preservare l'ordine pubblico attraverso la ristampa controllata di libri. Sul monopolio della Stationers' Company e il suo impatto sulla sfera pubblica si veda: M. ROSE, *The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company, and the Statute of Anne*, in *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent*, in R. DEAZLEY, M. KRETSCHMER, L. BENTLY, *Privilege and Property*, cit., 67.

¹⁹ 8 Anne, c. 19 (1710).

²⁰ Con lo Statuto di Anna, la Stationers' Company perse la propria centralità per lasciare spazio ad una maggiore affermazione della figura dell'autore, quale soggetto creatore e, dunque, fautore del progresso. Una lettura in questo senso dello Statuto di Anna è stata data da: M. ROSE, *The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company, and the Statute of Anne*, cit.; Con lo Statuto di Anna, nasce un diritto di esclusiva spettante agli autori a titolo originario e, con esso, nasce la libertà di stampa: G. PASCUZZI, R. CASO, *Il diritto d'autore dell'era digitale*, cit., 196.

²¹ Definizione che lo stesso statuto si dà all'inizio del testo legislativo.

²² Per un confronto tra le due tradizioni: P. GOLDSTEIN e B. HUGENHOLTZ, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, cit., 14.

²³ Si giungerebbe ad un'eccessiva semplificazione: R. CASO e G. DORE, *Copyright as Monopoly: The Italian Fire Under the Ashes*, in *Trento Law and Technology Research Group Research Paper No. 26*, 2016, 5.

²⁴ Sulla teoria utilitaristica, si veda l'inquadramento svolto in: W. FISHER, *Theories of intellectual property*, in MUNZER (a cura di), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, 2001, 168 ss, sez. III (a).

beni annoverabili nella categoria dei beni pubblici, in quanto non rivali e non escludibili. A causa della loro natura, è impossibile richiedere ai singoli fruitori un pagamento per il godimento di tali beni. Proprio alla luce della difficoltà di remunerazione, il funzionamento del mercato non fornisce sufficienti incentivi per la produzione di tali beni che, non a caso, tendono ad essere prodotti al di sotto del livello socialmente ottimale. Secondo la concezione utilitaristica, lo Stato è chiamato ad intervenire al fine di incentivare la produzione dei beni pubblici,²⁵ i quali contribuiscono notevolmente al benessere sociale, giovando in primis i singoli consumatori e generando delle esternalità positive per l'intera collettività.

L'intervento pubblico è particolarmente auspicabile nel caso in cui si sia in presenza di beni che comportano alti costi nella fase di creazione, ma che sono vulnerabili al fenomeno del reverse-engineering e hanno bassi costi marginali di riproduzione: la combinazione di tali fattori disincentiva fortemente la produzione dei beni pubblici, dal momento che risulta improbabile che i costi iniziali del produttore possano essere recuperati. È proprio questo il caso delle opere dell'ingegno.²⁶ Con specifico riferimento a quest'ultime, occorre notare che i costi iniziali di produzione presentano due componenti: una fissa, che consiste nel "costo di espressione",²⁷ cioè principalmente negli sforzi e nel tempo impiegati dall'autore nella realizzazione dell'opera e nell'attività compiuta dagli sfruttatori economici dell'opera in vista della sua commercializzazione (e.g. editori in caso di opera letteraria); la seconda, che varia in base al numero di copie riprodotte, consiste nei costi di riproduzione e distribuzione delle singole copie di un'opera. In virtù di una valutazione ex ante, l'autore tenderà a desistere dalla produzione di un'opera se prevede che la differenza tra i futuri guadagni e i costi variabili di riproduzione non equivarranno o eccederanno il "costo di espressione".

Una delle modalità con cui lo Stato può intervenire per fronteggiare il dilemma dei beni pubblici consiste nel realizzare un monopolio legale, in virtù del quale l'autore possa essere schermato dagli effetti della concorrenza nel mercato.²⁸ In effetti, in un regime di libera concorrenza, le opere verrebbero replicate dai concorrenti con conseguente aumento della quantità e diminuzione del prezzo di mercato, che progressivamente si avvicinerebbe al costo marginale di riproduzione del bene. In teoria, il regime concorrenziale ha il pregio di massimizzare il surplus dei consumatori. Tuttavia, a ben vedere, tale beneficio è solo illusorio quando si fa riferimento al mercato delle opere dell'ingegno. Visto che

²⁵ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 25; W. J. GORDON, R. G. BONE, *Copyright*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, 189.

²⁶ P. A. DAVID, *Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History*, in M. B. WALLERSTEIN, M. E. MOGEE, R. A. SCHOEN, *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, Washington D.C., 1993, 28: L'informazione è un particolare tipo di bene pubblico. La prima peculiarità dell'informazione consiste nel fatto che si tratta di un bene i cui attributi non possono essere conosciuti ex ante. Infatti, il preciso contenuto delle informazioni è difficile da prevedere. Ciò complica il reperimento di investimenti per la produzione di nuova conoscenza. Inoltre, le informazioni hanno una natura interattiva: ciò significa che le informazioni sono costruite sulla base di conoscenze già disponibili, le quali vengono progressivamente incrementate o alterate in modi imprevedibili.

²⁷ W. M. LANDES e R. A. POSNER, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Mass., 2003, 37.

²⁸ P. A. DAVID, *Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History*, cit., 27: Lo Stato può percorrere tre strade: innanzitutto, può offrire degli appositi sussidi ai produttori di beni pubblici; altrimenti, può ingerire nella produzione di beni pubblici, assumendosi direttamente l'onere di produrre beni pubblici finanziandosi tramite tributi; da ultimo, può assicurare ai produttori di beni pubblici monopoli legali volti a schermanli dalla concorrenza. Gli attuali sistemi di proprietà intellettuale ricalcano tale ultima soluzione.

quest'ultime tenderanno ad essere prodotte a livello subottimale, ogni beneficio per il consumatore è a prescindere eliso.

Si comprende, allora, la ragione per la quale i sistemi di proprietà intellettuale si fondano proprio sul concetto di monopolio. Questo regime assicura che vi siano sufficienti incentivi economici per la creazione in virtù della capacità del monopolista di impedire ai concorrenti di copiare e usare una determinata opera senza autorizzazione. In generale la teoria economica invita alla diffidenza nei confronti di sistemi monopolistici, che vengono tendenzialmente considerati come non auspicabili distorsioni del mercato. Infatti, la massimizzazione del profitto da parte del monopolista elide il surplus del consumatore e causa fenomeni di perdita secca a detrimento del welfare. Occorre, allora, indagare approfonditamente le ragioni che spingono i sistemi giuridici a istituire monopoli ex lege nella forma di diritti di proprietà intellettuale. In altri termini, è essenziale chiedersi quali vantaggi i sistemi giuridici prospettino di ottenere in virtù della protezione della proprietà intellettuale. L'essenza del problema è sapientemente declinata dall'economista italiano Einaudi che osserva: "I difensori della proprietà letteraria e industriale si trovano dinanzi al quesito: se il "monopolio" è una situazione d'eccezione, se esso è dannoso a quello che si considera l'interesse collettivo o, per parlare un po' meno vagamente, se esso è contrario alla migliore utilizzazione degli scarsi mezzi economici posti a disposizione degli uomini, se perciò i legislatori di tutti i tempi e di tutti i paesi hanno iscritto nelle raccolte delle loro leggi norme intese a combatterlo, perché nel caso particolare delle opere dell'ingegno e delle invenzioni industriali si vuole consacrare quel medesimo monopolio?"²⁹

La dottrina ravvisa una risposta a tale arduo quesito nello Statuto di Anna che, come già accennato, è proprio ritenuto uno dei baluardi della teoria utilitaristica della proprietà intellettuale.³⁰ Tale statuto compie un'operazione di rilievo sistematico essenziale, sancendo la natura strettamente strumentale del diritto d'autore, che nasce e si sviluppa per promuovere il cosiddetto "incoraggiamento dell'apprendimento". Proprio il perseguimento di tale scopo produce benefici tali da rendere necessari i sacrifici imposti dai sistemi di proprietà intellettuale. Ciò sembra essere confermato anche dalla Costituzione degli Stati Uniti, che, nella cosiddetta Copyright Clause, accorda al Congresso il potere di promuovere "the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries".³¹ Come acuta dottrina ha sottolineato, occorre allora comprendere che l'impiego di argomenti fondati sulla concezione utilitaristica della proprietà intellettuale può a volte favorire l'espansione del diritto d'autore, altre volte può destituire di fondamento le pretese autoriali, laddove i sacrifici imposti dalla proprietà intellettuale stessa non rispondano all'interesse pubblico.³²

1.3. La teoria laburistica

Il diritto d'autore trova una delle sue ragioni giustificatrici nella necessità di ricompensare l'autore per gli sforzi compiuti in vista della realizzazione della propria

²⁹ L. EINAUDI, *Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, in *Rivista di storia economica*, 1940, vol. 5, 217, paragrafo 20 <<<http://www.luigieinaudi.it/doc/rileggendo-ferrara-a-proposito-di-critiche-recenti-alla-proprietà-letteraria-ed-industriale/?id=3061>>>.

³⁰ L. ZEMER, *On the value of copyright theory*, 1 *IPQ* 55, 57 (2006).

³¹ Articolo 1, Sezione 8, Clausola 8 della Costituzione degli Stati Uniti D'America.

³² In tal senso, T. G. PALMER, *Are Patents and Copyrights Morally Justified - the Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, 13/no. 3 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 817, 820 (1990): "Utilitarian arguments of various sorts can either support or undercut claims for intellectual property rights."

opera.³³ Tale concezione si sviluppa a partire dalle suggestioni suscitate dagli scritti di John Locke, i quali, benché formulati in relazione alla proprietà concepita schiettamente come diritto reale su cosa materiale, ben si confanno alle caratteristiche del lavoro mentale quale elemento sotteso alla proprietà intellettuale. Più precisamente, attingendo alle teorie sviluppate da Locke nei “Due trattati sul Governo”,³⁴ si ritiene che il riconoscimento di un diritto di proprietà sia l’opportuna ricompensa da assegnare agli autori. Al cuore del ragionamento risiede il principio di equità: secondo Locke, chi si dedica al lavoro spendendo le proprie energie nella messa a frutto di un bene comune diviene titolare di un diritto di proprietà,³⁵ dal momento che è la stessa legge di natura ad accordare a tale soggetto una quota di quel bene in proporzione al suo operato. Lo Stato è, dunque, tenuto a riconoscere³⁶ tale diritto, ricomprendendolo in quella sfera di diritti insacrificabili dell’individuo che anche il potere pubblico deve astenersi dal violare.

Se applicata al diritto d’autore, la visione del giurista e filosofo inglese non solo ha il merito di valorizzare lo sforzo intellettuale alla base delle opere dell’ingegno, ma evidenzia anche come la protezione offerta dai sistemi di proprietà intellettuale consista nella sottrazione di beni al pubblico dominio. Per l’esattezza, in base a questa concezione, il pubblico dominio offre il materiale grezzo, a partire dal quale l’autore può realizzare la propria opera. Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe dunque ricavare una giustificazione della cosiddetta dicotomia idea-espressione: in particolare, si potrebbe affermare che le idee non sono tutelabili dal diritto d’autore dal momento che esse sono beni comuni, che possono essere acquisiti a titolo di proprietà solo dopo che siano andate incontro ad un processo trasformativo, che le abbia rese espressione dello sforzo intellettuale dell’autore.

Inoltre, la tensione esistente tra proprietà e beni comuni potrebbe essere valorizzata nell’ottica di trovare un bilanciamento tra gli interessi dell’autore e quelli del pubblico. In realtà, Locke evidenzia questa necessità nella sua opera, concependo il diritto di proprietà come ontologicamente limitato. In particolare, egli pone tre condizioni, i cosiddetti *sufficiency*, *spoilage* e *charity* proviso: innanzitutto, occorre che, a seguito dell’appropriazione da parte del singolo, vengano lasciate risorse sufficienti per gli altri membri della comunità; inoltre, l’apprensione di beni deve essere limitata a quanto necessario e non deve comportare lo spreco di risorse comuni; da ultimo, i soggetti indigenti devono poter avere il diritto di reclamare asset di altrui proprietà.

Robert Merges³⁷ si cimenta nell’analisi dei sistemi di proprietà intellettuale alla luce delle tre condizioni formulate da Locke.³⁸ Avallando un’opinione diffusa, egli sostiene che, in ossequio alla prima condizione, i sistemi di proprietà intellettuale funzionano fisiologicamente se adottano dei criteri selettivi che subordinano il riconoscimento di diritti di esclusiva al fatto che un soggetto abbia apportato un proprio effettivo contributo nella creazione di qualcosa di distinto rispetto al pubblico dominio. Sottesa a questo

³³ a proposito della teoria laburistica si veda: W. FISHER, *Theories of intellectual property*, cit, sez III(b); si veda anche: H. M. SPECTOR, *An outline of a theory justifying intellectual and industrial property rights*, 11/no 8 EIPR, 270 (1989).

³⁴ J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, in L. WARD (a cura di), Indiana, 2016.

³⁵ T. G. PALMER, *Are Patents and Copyrights Morally Justified - the Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, cit., 823.

³⁶ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 22.

³⁷ Addirittura la teoria di Locke si adatterebbe meglio alla proprietà intellettuale che a quella reale secondo R. P. MERGES, *Justifying intellectual property*, Cambridge, Mass, 2011, 33.

³⁸ MERGES, *op. cit.*, 61 ss.

ragionamento è la considerazione che, se oggetto dell'appropriazione è in larga parte ciò che lo stesso creatore ha aggiunto al pubblico dominio, necessariamente gli altri membri della comunità potranno attingere ad un bacino rimasto sostanzialmente invariato, con conseguente soddisfacimento del requisito della sufficienza. Il criterio selettivo che il diritto d'autore adotta consiste nella valutazione dell'originalità dell'opera.

È ora opportuno affrontare la relazione tra la seconda limitazione al diritto di proprietà secondo il pensiero di Locke e il diritto d'autore. A tal proposito, Merges³⁹ si oppone all'opinione secondo cui è indice di spreco il fatto che la protezione della proprietà intellettuale impedisca la libera circolazione dei beni pubblici che, in quanto non rivali, nascono per essere a disposizione di tutti, anche di quelli che non sono intenzionati a pagare un prezzo per la loro fruizione. Secondo questa visione, lo sperpero, come inteso da Locke, si ravvisa nel fatto che alcuni soggetti restano privi del prodotto o dell'opera desiderata.

Dal punto di vista di Merges, la seconda condizione è rispettata nel momento in cui il numero di riproduzioni rese disponibili al pubblico sono commisurate alla quantità di persone disponibili a pagare il prezzo. Sarebbe infatti pretestuoso immaginare uno spreco laddove copie in eccesso non siano nemmeno prodotte. Merges nota che un'infruttuosa dispersione di risorse si configurerebbe nel caso in cui l'autore "abbandonasse l'idea su uno scaffale".⁴⁰ Al contrario, purché ci sia un qualche impiego di un'idea in un'opera, al di là della sua diffusione, il requisito imposto da Locke risulta soddisfatto. Tale approccio sembra stridere con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, dal momento che lo scopo sociale del diritto d'autore risulta frustrato.

Ecco che occorre quanto più possibile valorizzare il cosiddetto "charity proviso" come elemento riequilibratore dell'intero sistema. A tal proposito, Merges sostiene che il diritto d'autore dovrebbe consentire che i libri siano liberamente copiati negli Stati dove da un lato è necessario promuovere il progresso culturale, dall'altro non è possibile sostenere l'aggravio economico causato da diritti di esclusiva economica, quale il diritto d'autore. Tuttavia, secondo Merges, la posizione degli autori e degli editori non può essere indebitamente svantaggiata. Dunque, è legittimo e, anzi, doveroso prendere delle misure volte a contrastare, ad esempio, fenomeni quali l'arbitraggio.⁴¹

Abbandonando l'esempio di Merges, occorre notare che il meccanismo del charity proviso sembra trovare una propria applicazione nel dettato dell'articolo 9 della Convenzione di Berna,⁴² che garantisce agli Stati la possibilità di definire legislativamente degli spazi di libera utilizzazione delle opere protette dal diritto d'autore, purché i legittimi interessi degli autori siano debitamente tenuti in considerazione. L'articolo 9 infatti recita: "è riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di permettere la riproduzione delle predette opere in taluni casi speciali, purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera e non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore."⁴³ Una rilettura del diritto d'autore sulla base della teoria della proprietà

³⁹ MERGES, *op. cit.*, 56 ss.

⁴⁰ MERGES, *op. cit.*, 58.

⁴¹ MERGES, *op. cit.*, 61 ss.

⁴² Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata Berna il 20 marzo 1914 e riveduta 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.

⁴³ Art. 9(2) Convenzione di Berna.

propugnata da Locke appare dunque di indubbia attualità. Infatti, essa, soprattutto in virtù della valorizzazione del cosiddetto “charity proviso”, legittima l’introduzione di limitazioni ed eccezioni al diritto d’autore nell’ottica di bilanciare le esigenze degli autori e quelle del pubblico.⁴⁴

1.4. La teoria della personalità

Secondo la teoria della personalità,⁴⁵ il diritto d’autore trova la propria ragion d’essere nella protezione del legame inscindibile che esiste tra l’autore e la sua opera. Occorre chiedersi con quali modalità questo vincolo possa essere giuridicamente tutelato. Suggestiva è la posizione assunta da Margaret J. Radin con riguardo al ruolo del diritto di proprietà, il quale è concepito come massimo strumento di realizzazione dell’individuo: un soggetto per diventare *persona* necessita di avere il controllo sulle risorse presenti nell’ambiente esterno.⁴⁶ L’esercizio di tale controllo non è fine a se stesso. Jeremy Waldron,⁴⁷ infatti, si occupa di declinare gli specifici e basilari interessi che la proprietà consente all’individuo di perseguire. Si tratta di bisogni e libertà fondamentali: inter alia, la proprietà aiuta a costruire l’identità, a proteggere la privacy, a perseguire la propria realizzazione quale individuo.⁴⁸

Questa concezione, retaggio della teoria personalistica della proprietà di matrice hegeliana, viene applicata ai sistemi di proprietà intellettuale da vari studiosi. Ad esempio, Justin Hughes⁴⁹ offre una pregevole ricostruzione del pensiero hegeliano e delle sue applicazioni in materia di diritto d’autore. Il ragionamento di Hughes prende avvio dal concetto di volontà, come concepito da Hegel. In particolare, secondo il filosofo, la volontà costituisce il cuore dell’esistenza umana ed è stimolo verso la libertà e l’autorealizzazione. In tal senso, la personalità di un soggetto non è altro che l’attuazione della volontà dell’individuo, la sua proiezione nella realtà. La volontà si relaziona con il mondo esterno a vari livelli: da un lato si appropria di contenuti estranei attraverso processi mentali di riconoscimento, catalogazione e memorizzazione; dall’altro, si impone concretamente sulle dinamiche esterne reclamando un diritto di proprietà sulle cose materiali. Per l’esattezza, tale diritto di proprietà esiste fintanto che la volontà e, con essa, la personalità dell’individuo si manifestano in un oggetto. È rilevante notare che, per Hegel, un soggetto può decidere di non continuare ad affermare la propria volontà su una cosa materiale: è questa la base filosofica dell’alienazione.

Si noti che, però, il caso della proprietà intellettuale è peculiare. Infatti, sebbene, di primo acchito, sembri che le opere dell’ingegno possano circolare ed essere oggetto di contratti come le cose materiali, a ben vedere esse sono la materializzazione di tratti personali, che dall’autore non possono essere dissociati. Per Hegel, infatti, esiste la distinzione tra proprietà su cose interne all’io e proprietà su cose esterne. Con riguardo alla prima categoria, che contiene le opere dell’ingegno, l’alienazione è inconcepibile. In realtà, ad essere trasferibile e commercializzabile è il solo *corpus mechanicum* su cui è impressa l’opera dell’ingegno. Da ciò consegue che l’acquirente di una copia dovrà limitarsi alla

⁴⁴ Questa osservazione mette in discussione la posizione, piuttosto diffusa, di chi sostiene che le teorie non utilitaristiche del copyright tendono a giustificare l’espansione incondizionata. Parte della dottrina sostiene che la teoria laburistica possa essere baluardo del pubblico dominio e dei diritti degli utenti: M. BORGHI, *Copyright, property and personality. Note on Hegel*, 2018, 2.

⁴⁵ W. FISHER, *Theories of intellectual property*, cit., sez. III(c).

⁴⁶ M. J. RADIN, *Property and Personhood*, 34/no. 5 *Stanford law review* 957, 957 (1982).

⁴⁷ J. WALDRON, *The right to private property*, Oxford, 1988, 293.

⁴⁸ W. FISHER, *Theories of intellectual property*, cit.

⁴⁹ J. HUGHES, *The philosophy of intellectual property*, 77/no. 2 *The Georgetown law journal*, 287, 337 (1988).

fruizione dell'opera, restando il diritto esclusivo alla riproduzione in capo all'autore.⁵⁰ Questo principio è parzialmente derogato con riguardo alle opere d'arte visiva, dal momento che in alcuni casi la realizzazione di una copia può portare impressa la personalità del copista stesso, senza che vi sia violazione del diritto dell'artista originario.

Sulla scia di tali suggestioni hegeliane, alla personalità dell'autore viene tradizionalmente accordata più rilevanza nei sistemi di civil law rispetto ai sistemi di common law: infatti, i primi categorizzano il diritto d'autore anche in termini di diritto morale; i secondi, invece, tradizionalmente si sono dimostrati inclini a concepire il diritto d'autore esclusivamente come fascio di diritti di esclusiva economica. Gli interessi non economici dell'autore sono ritenuti degni di protezione proprio alla luce dell'intimo e inscindibile legame che vi sarebbe tra l'autore e la propria opera, la quale è concepita come l'estensione della personalità dell'autore stesso.⁵¹

Tra i diritti morali si annoverano: il diritto alla paternità dell'opera; il diritto all'integrità dell'opera; il diritto di decidere se e quando pubblicare un'opera; il diritto di ritirare l'opera dal commercio.⁵² Essi hanno in comune tre caratteristiche.⁵³ Innanzitutto, sono diritti degli autori quali esseri umani che creano una certa opera. Ne discende che nella tradizione di civil law si tende a rigettare la possibilità che una persona giuridica possa essere qualificata quale autore.⁵⁴ Inoltre, i Paesi di civil law accettano meno di buon grado discipline quali quella del "work-for-hire" statunitense, in base alla quale il datore di lavoro diviene non solo titolare del copyright, ma anche autore dell'opera concretamente realizzata da un dipendente.⁵⁵ In secondo luogo, i diritti morali sono inalienabili: ciò implica che non possono essere trasferiti né ad essi si può rinunciare. L'unica ipotesi di trasferibilità di questi diritti si ravvisa nel caso di successione mortis causa. Infine, i diritti morali sono parte integrante del diritto d'autore al fianco dei diritti economici. Non a caso, essi tendono ad essere disciplinati nello stesso testo legislativo che regola i diritti di esclusiva economica accordati agli autori.

Diritti morali e diritti economici possono intersecarsi più o meno strettamente a seconda del sistema giuridico di riferimento. La Germania presenta una concezione che emblematicamente viene definita monistica.⁵⁶ Ciò implica che nel sistema tedesco non si può concepire una scissione tra diritti morali e diritti economici. Non a caso, i diritti economici non possono essere alienati ma solo dati in licenza.⁵⁷ Inoltre, i diritti morali si

⁵⁰ Parte della dottrina ritiene che il concetto hegeliano di alienazione testimoni che la teoria personalistica valorizzi la posizione degli utenti e non solo la centralità degli autori. Ciò perché, a ben vedere, la teoria personalistica concepisce in realtà che vi sia una separazione tra l'autore e la sua opera. Ineludibile presupposto dell'alienazione, infatti, è l'esternalizzazione dell'opera dell'ingegno nel *corpus mechanicum*. Tale esternalizzazione consente che l'opera entri a tutti gli effetti a fare parte del patrimonio della collettività, che può usare l'opera liberamente, salvo il fatto che l'autore mantiene il diritto di riprodurre e di diffondere l'opera. Tale diritto esclusivo in capo all'autore si spiega proprio alla luce della necessità di assicurare la disseminazione dell'opera a beneficio degli utenti. Per una tale rilettura della teoria personalistica si veda: M. BORGHI, *Copyright, property and personality. Note on Hegel*, cit., 18 ss.

⁵¹ C. RIGAMONTI, *Deconstructing Moral Rights*, 47/no 2 *Harvard International Law Journal* 353, 355 (2006).

⁵² RIGAMONTI, *op. cit.*, 356.

⁵³ RIGAMONTI, *op. cit.*, 360 ss.

⁵⁴ A. RAHMATIAN, *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, Cheltenham, 2011, 176-177.

⁵⁵ RAHMATIAN, *op. cit.*, 177.

⁵⁶ A. RAHMATIAN, *Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licences*, in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the future of EU copyright*, Cheltenham, UK, Northampton, Mass 2009, 296.

⁵⁷ RAHMATIAN, *op. cit.*, 301.

estinguono nel momento in cui si esaurisce la durata dei diritti economici accordati all'autore.⁵⁸ Questi elementi distinguono profondamente il modello tedesco da quello francese, il quale invece adotta una concezione dualistica:⁵⁹ da ciò discende che i diritti economici e morali sono indipendenti gli uni dagli altri. Ne consegue, ad esempio, che i diritti economici possono essere alienati⁶⁰ e che i diritti morali sono imprescrittibili⁶¹ a prescindere dalla durata limitata dei diritti economici. Gli altri sistemi tendono o ad ispirarsi ad uno di questi due modelli o ad ibridarne le caratteristiche.⁶²

La natura composita del diritto d'autore ha un riflesso nel quadro internazionale. In effetti, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo all'articolo 27 co. 2 si riferisce non solo agli interessi materiali degli autori, ma invoca anche la tutela dei loro interessi morali. In realtà, a livello internazionale, ci sono divergenze nella definizione di quali diritti morali vadano riconosciuti agli autori. Sarebbe ambizioso, se non utopistico, trovare pieno consenso tra gli Stati su una tutela troppo estesa: come evidenziato, la protezione dei diritti morali degli autori risulta più marcata nei sistemi giuridici di civil law, mentre non è connaturata ai sistemi di common law. Non a caso, la Convenzione di Berna, nel tentativo di mediare tra le varie tradizioni giuridiche, all'articolo 6 bis invoca la tutela dei soli diritti di paternità e di integrità.

Eppure, ciò non è bastato ad innestare un autentico approccio personalistico al diritto d'autore nei paesi di common law. Caso clamoroso è quello degli Stati Uniti⁶³ che, pur firmatari della Convenzione, non riconoscono diritti morali agli autori, tranne in casi molto circoscritti.⁶⁴ Del resto, la Convenzione di Berna è priva di strumenti coercitivi che forzino gli Stati alla sua applicazione e la sua longa manus, cioè il trattato TRIPS,⁶⁵ non richiama l'articolo 6 bis.⁶⁶ Il Regno Unito, invece, si è conformato al dettato della Convenzione di Berna, come emerge dalla sezione quarta del Copyright, Designs and Patents Act 1988. Tuttavia, la protezione accordata ai diritti morali nel Regno Unito risulta poco estesa: il Copyright, Designs and Patents Act accorda ai diritti morali una tutela di durata limitata, tendenzialmente coincidente con la durata dei diritti di esclusiva economica, ed è prevista la possibilità per gli autori di potervi rinunciare.⁶⁷

1.5. La teoria proprietaristica di Fichte

Si è visto come, sia secondo la visione lockeana sia secondo quella hegeliana, il diritto d'autore possa essere assimilato al diritto di proprietà. Aderisce al paradigma proprietario anche il filosofo Fichte, la cui visione, pur meno famosa rispetto alla posizione del suo

⁵⁸ RAHMATIAN, *op. cit.*, 297.

⁵⁹ RAHMATIAN, *op. cit.*, 296.

⁶⁰ RAHMATIAN, *op. cit.*, 300.

⁶¹ RAHMATIAN, *ibidem*, 296.

⁶² È il caso dell'Italia: C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 42.

⁶³ Più nel dettaglio: W. BELANGER, U.S. *Compliance with the Berne Convention*, 3/no. 2 *George Mason Independent Law Review* 373 (1995).

⁶⁴ Visual Artists Rights Act (VARA) del 1990 (Pub.L. 101-650 title VI, 17 U.S.C. § 106A).

⁶⁵ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Allegato 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994).

⁶⁶ C. CORREA, *TRIPs Agreement: copyright and related rights*, 25/no 4 *IIC* 543 (1994); DREXT, *Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the European Union – Between Privacy, Property and the Regulation of the Economy*, cit., 160-161.

⁶⁷ Si vedano gli articoli 86 e 87 del Copyright, Designs and Patents Act (1988).

conterraneo Hegel, ha il merito di valorizzare il concetto di originalità.⁶⁸ Infatti, per Fichte, la proprietà sorge in relazione ad una cosa rispetto al quale il proprietario sia legato attraverso un vincolo di originalità e di unicità. Tale concezione della proprietà si traduce nel seguente assioma: “Se qualcosa non può essere attribuita ad altri che a me, allora è necessariamente mio.”⁶⁹

Occorre chiedersi se tale assioma sia applicabile alle opere dell'ingegno. Per Fichte, la risposta a questo quesito dipende dall'aspetto dell'opera che si prende in considerazione. Il filosofo tedesco, infatti, distingue tra la componente fisica dell'opera e quella spirituale. Non diversamente da Hegel, per quanto concerne l'aspetto fisico, l'acquisto del libro implica che la proprietà è trasferita all'acquirente. Tuttavia, rispetto ad Hegel, Fichte si caratterizza per una maggiore complessità nella visione della componente spirituale dell'opera, riecheggiando, per alcuni aspetti, suggestioni lockeane. Infatti, l'elemento spirituale dell'opera risulta composito, dal momento che bisogna distinguere tra materia e forma. La materia, cioè i pensieri espressi dall'autore, possono essere fatti interamente propri da parte del fruitore dell'opera attraverso lo studio dell'opera stessa. La forma, invece, consiste nel modo con cui l'autore esprime i propri pensieri. Questa è proprietà esclusiva dell'autore, dal momento che la forma è unica e originale. Su tale proprietà, l'autore può assegnare l'usufrutto all'editore, il quale può procedere alla legittima riproduzione di un'opera. Le conseguenze per i soggetti non usufruttuari che riproducano l'opera sono molto gravi: per Fichte, infatti, la loro condotta configura un vero e proprio furto.

Secondo un ragionamento simile a quello svolto in relazione all'analisi della teoria laburistica, occorre valorizzare che, per Fichte, lo studio consente a chiunque di acquisire risorse comuni a tutti, vale a dire le idee e i pensieri. Da questo punto di vista, la visione fichtiana offre un ulteriore sostrato teoretico alla dicotomia idea-espressione. A ben vedere, però, rispetto alla teoria di matrice lockeana, la posizione di Fichte sembra avere una più pronunciata vocazione a propugnare il riuso di opere creative. Infatti, mentre nella teoria laburistica l'accento è posto sulla necessità di mantenere intatto il pubblico dominio, Fichte si concentra maggiormente sul rapporto che esiste tra autore e acquirente del *corpus mechanicum* su cui è impressa l'opera. In particolare, l'acquirente è legittimato ad attingere al pensiero dell'autore che è prezioso mediatore tra la vastità del pubblico dominio e gli interessi dei singoli lettori, i quali possono usare le medesime idee che, nel frattempo, attraverso lo studio, sono diventate a tutti gli effetti anche le loro.

Nonostante questi pregi, non deve sfuggire che la posizione fichtiana presenta anche dei profili critici. In particolare, Maria Chiara Pievatolo ha rilevato che precipuo elemento di rigidità nel pensiero fichtiano è il fatto che ogni riproduzione di un'opera che non sia svolta in presenza di un usufrutto configuri un'ipotesi di furto. A riprova di ciò, si consideri che, nel 1793, Fichte pubblica un articolo⁷⁰ in cui, attraverso il racconto di una parabola, tenta di risolvere l'annosa questione relativa alla ristampa non autorizzata di libri. Il

⁶⁸ La posizione di Fichte analizzata in questo paragrafo attinge alla rilettura svolta da Maria Chiara Pievatolo in: M.C. PIEVATOLO, *Diritto d'autore e comunicazione del sapere*, in *Bollettino telematico di filosofia politica* << <http://btfp.sp.unipi.it/dida/fpa/ar01s05.xhtml>>>.

⁶⁹ PIEVATOLO, *ibidem*.

⁷⁰ J. G. FICHTE, *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel*, in *Berlinische Monatsschrift*, 1793 << <https://archiviomarini.sp.unipi.it/103/1/fichte.pdf>>>; si veda la traduzione del testo originale in italiano: J. G. FICHTE, *Prova dell'illegittimità della ristampa dei libri. Un ragionamento e una parabola*, trad. it. M.C. PIEVATOLO in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2005 << <https://archiviomarini.sp.unipi.it/18/7/fichte.pdf>>>.

racconto prende come esempio la vicenda di un alchimista che, dopo aver inventato un farmaco portentoso, ha concesso il monopolio esclusivo sul commercio del farmaco stesso ad un mercante. Un altro commerciante, però, riuscito ad impossessarsi del farmaco, comincia a venderlo a prezzo più basso, assicurando dunque la maggiore diffusione del farmaco a indubbio beneficio della società. Tale attività si arresta quando quest'uomo viene catturato. Una volta portato di fronte al califfo, viene fatto impiccare, nonostante l'utilità sociale derivata dalla sua condotta.

Questa parabola rende evidenti le gravissime conseguenze che per Fichte dovrebbero discendere dalla riproduzione non autorizzata di un'opera. Il problema è che a tali esiti drammatici non si sfugge nemmeno in presenza di sostanziali benefici sociali. Non a caso, Maria Chiara Pievatolo⁷¹ ha argomentato che la posizione di Fichte si presenta così rigida che anche la riproduzione a uso esclusivamente privato da parte degli utenti configurerebbe un furto. Se copiare è a prescindere uguale a rubare, allora ben si può immaginare come la teoria fichtiana sia completamente incapace di giustificare spazi di libera utilizzazione nell'ambiente digitale, dove la realizzazione di copie di opere protette risulta, in molti casi, presupposto necessario allo sfruttamento delle preziose potenzialità del web.

La critica di Maria Chiara Pievatolo alla posizione fichtiana risulta straordinariamente attuale se si prende in considerazione il sistema del diritto d'autore nell'Unione Europea, il quale tende a propugnare una nozione ampia delle esclusive riconosciute ai titolari del diritto d'autore. Tale approccio largheggiante è facilmente rintracciabile se si prende ad esempio proprio il diritto di riproduzione, il quale ricomprende ogni tipo di copia, anche solo temporanea⁷² e anche nel caso in cui l'atto di riproduzione non comporti la rimoltiplicazione delle copie di un'opera protetta.⁷³ Inoltre, i titolari del diritto d'autore godono del diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione di un'opera protetta anche laddove essa non venga utilizzata per il suo valore espressivo, ma come semplice insieme di fatti e di dati.⁷⁴

1.6. Il diritto d'autore in ottica aristotelica

Si è visto come l'assimilazione del diritto d'autore al diritto di proprietà può giustificare l'estensione ipertrofica. Autorevole dottrina, però, ha rilevato che non si tratta di una conseguenza ineludibile. Più precisamente, David Lametti⁷⁵ ha notato come il diritto di proprietà abbia in realtà un sostrato etico. Lo ha fatto richiamando suggestioni aristoteliche. Per il filosofo greco, la gestione della proprietà privata è campo di prova per le virtù dell'individuo, il quale si dimostra virtuoso nel caso in cui egli sappia declinare in un'ottica di utilità sociale il proprio fascio di poteri di matrice proprietaria.⁷⁶ Infatti, in base alla propria etica personale, ogni individuo è chiamato a calibrare la sua condotta, anche a prescindere dai dettami normativi cui la sua comunità di appartenenza è tenuta a conformarsi. E si badi che tale tensione etica individuale non espone la società al pericolo

⁷¹ M.C. PIEVATOLO, *Il mercante e il califfo: politiche della proprietà intellettuale*, 2006 << <https://archiviomarini.sp.unipi.it/103/1/fichte.pdf>>>.

⁷² Lo testimonia l'articolo 2 della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (Direttiva Infosoc).

⁷³ C-419/13, *Art & Allposters v. Pictoright*, 22 Gennaio 2015, ECLI: EU:C:2015:27.

⁷⁴ È il caso del Text and Data mining, per cui la Direttiva 790/2019 ha previsto apposite eccezioni agli articoli 3 e 4.

⁷⁵ D. LAMETTI, *The objects of virtue*, in ALEXANDER, PENALVER (a cura di), *Property and Community*, New York, 2010.

⁷⁶ LAMETTI, *op. cit.*, 5.

di gestire al suo interno mine vaganti e incontrollate, dal momento che l'etica individuale tende a riflettere un sentimento collettivo relativo a un dato momento storico.⁷⁷

Secondo David Lametti,⁷⁸ l'etica aristotelica è fondamentale per il corretto inquadramento di quello speciale tipo di proprietà che è il diritto d'autore, il quale non si configura come una posizione giuridica soggettiva meritevole di una protezione assoluta. Ciò è particolarmente evidente nella tradizione giuridica di common law. Si è già visto, infatti, come lo Statuto di Anna configuri il copyright come un diritto circoscritto nella durata e nello scopo. Si tratta di un diritto teleologicamente orientato all'incoraggiamento della produzione scientifica, artistica e culturale in senso lato. La funzione del copyright è senz'altro quella di fornire incentivi alla creazione. In tal senso, il copyright ha senza dubbio un'impronta "conseguenzialista e utilitaristica".⁷⁹ Tuttavia, si badi che, in relazione al diritto d'autore, l'utilitarismo non deve essere inteso in termini schiettamente economici. Infatti, la logica dell'incentivo alla creazione deve essere letta non alla luce dei benefici monetari accordati ai titolari del copyright, ma deve essere valorizzata nella sua strumentalità rispetto alla promozione del progresso, obiettivo che è spiccatamente etico.⁸⁰

La lettura teleologica del copyright ha il merito di portare ad emersione la centralità dell'utente, il quale risulta il vero destinatario dei benefici che il copyright, attraverso l'incentivazione degli autori, tende a perseguire. Alla luce di tale inquadramento delle finalità del diritto d'autore, la perfetta equazione tra copia e furto, propugnata da Fichte, non appare condivisibile,⁸¹ soprattutto se si vuole valorizzare il potenziale della tecnologia digitale quale mezzo di attuazione degli scopi del copyright. Nell'ambiente digitale, la copia, ora dematerializzata, facile da riprodurre e impossibile da distinguere dal proprio master, può essere distribuita o comunicata in maniera rapida ed economica.⁸² È chiaro che l'era digitale, esito di una vera e propria rivoluzione al pari della stampa a caratteri mobili,⁸³ richieda il superamento della visione fichtiana, fin troppo netta per rispecchiare la complessità dell'attuale assetto di interessi, di cui il sistema del diritto d'autore è chiamato a tenere conto.

1.7. La teoria culturale o di pianificazione sociale

Secondo la più progressista delle teorie giustificative,⁸⁴ la proprietà intellettuale ha come fine ultimo la promozione di quella che William Fisher definisce una cultura "giusta e appetibile".⁸⁵ La teoria culturale invita a perseguire un obiettivo ambizioso, la cui attuazione è indubbiamente complessa. Come lo stesso Fisher ammette,⁸⁶ infinite sono le direzioni verso cui i sistemi di proprietà intellettuale potrebbero essere orientati al fine di conseguire una cultura più equa e accessibile. Tuttavia, alcune priorità possono essere individuate. Fisher evidenzia la necessità di contemplare il cosiddetto "consumer welfare": è auspicabile

⁷⁷ D. LAMETTI, *The Virtuous Peer: Reflections on the Ethics of file sharing*, in LEVER (a cura di), *New frontiers in the philosophy of intellectual property*, 2011, 284.

⁷⁸ LAMETTI, *ibidem*, 287 ss.

⁷⁹ LAMETTI, *ibidem*, 290.

⁸⁰ LAMETTI, *ibidem*, 290-291.

⁸¹ D. LAMETTI, *On creativity, copying and intellectual property*, in CASO (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, Trento, 2011, 171.

⁸² G. PASCUZZI, R. CASO, *Il diritto d'autore dell'era digitale*, cit., 199 ss.

⁸³ PASCUZZI, CASO, *op. cit.*, 199.

⁸⁴ A proposito della teoria di pianificazione sociale, si veda: W. FISHER, *Theories of Intellectual property*, cit., sez. III(d).

⁸⁵ "A just and attractive culture" secondo FISHER, *op. cit.*, 172.

⁸⁶ FISHER, *op. cit.*, sez. III(d).

un appropriato bilanciamento tra gli incentivi alla creatività e gli incentivi alla diffusione delle informazioni a beneficio dei consumatori che di tali informazioni devono poter legittimamente fare uso.⁸⁷

L'accesso ad un ampio bacino di informazioni ed idee è essenziale da due complementari punti di vista: da un lato, è necessario che l'individuo abbia gli strumenti per autodeterminarsi, costruendo la propria identità in un ambiente dinamico e vario; dall'altro, proprio in virtù della varietà culturale, l'individuo deve sentirsi libero di esprimersi e di arricchire il panorama culturale, anche innovando rispetto alla tradizione.⁸⁸ Emerge chiaro che la teoria culturale tende a valorizzare la socialità dell'essere umano e la sua inclinazione a realizzarsi in contesti di gruppo. Proprio a tal proposito, ha ragion d'essere l'invito di Fisher a potenziare e promuovere una società votata alla giustizia distributiva e alla democrazia semiotica.⁸⁹

Appare proficuo dare sostanza a tali obiettivi alla luce della ricostruzione svolta da Rosemary Coombe,⁹⁰ la quale concepisce la proprietà intellettuale come strumentale al dialogo democratico. Ciò si rivela di vitale importanza, se, abbandonando una visione empirica e positivista, si comprende che gli esseri umani non sono in grado di cogliere la realtà nei suoi elementi oggettivi, dal momento che la loro coscienza del mondo è puntualmente e inevitabilmente plasmata da categorie culturali.⁹¹ L'adesione al relativismo culturale rende essenziale che tutti i membri di un medesimo contesto di riferimento possano partecipare alla costruzione di strutture semantiche, simboli e segni e che possano individuare le relazioni sottese che tra essi intercorrono.⁹²

Proprio alla luce di ciò, è compito fondamentale del diritto quello di assicurare che vi siano le ottime condizioni materiali e culturali affinché la partecipazione e il dialogo possano concretizzarsi. Tuttavia, il post-modernismo pone degli ostacoli⁹³ che, a ben vedere, non solo non sono stati rimossi ma che, addirittura, sono stati consolidati dai sistemi giuridici. Per età post-moderna Rosemary Coombe intende il periodo successivo alla seconda guerra mondiale che ha visto l'affermazione del capitalismo, il consolidamento dei mezzi di comunicazione di massa e il pervasivo avanzamento del progresso tecnologico. Il cittadino, divenuto mero consumatore e spettatore, si limita ad accedere passivamente ad un immaginario collettivo del tutto esogeno, che viene elaborato da agenti esterni, i quali, tra l'altro, vittime essi stessi della logica corporativa, diventano sempre più concentrati e ridotti.⁹⁴

I diritti di proprietà intellettuale hanno notevolmente contribuito alla mercificazione e alla standardizzazione della cultura.⁹⁵ In tal senso, spicca proprio il diritto d'autore. Da un lato, esso non contribuisce di certo alla giustizia distributiva, dal momento che limita la libera circolazione delle opere dell'ingegno, impedendo loro di estrinsecare a pieno l'attitudine a plasmare il sentire sociale, senza imporre significati ma veicolando immagini, testi e segni che arrivano ad appartenere a tutti in virtù di un'adesione spontanea. D'altro

⁸⁷ FISHER, *ibidem*.

⁸⁸ FISHER, *ibidem*.

⁸⁹ FISHER, *ibidem*.

⁹⁰ R. J. COOMBE, *Objects of property and subjects of politics: intellectual property laws and democratic dialogue*, 69/no.7 *Texas law review* 1853, 1858 ss (1991).

⁹¹ COOMBE, *op. cit.*, 1858.

⁹² COOMBE, *op. cit.*, 1860.

⁹³ COOMBE, *op. cit.*, 1862.

⁹⁴ COOMBE, *op. cit.*, 1863.

⁹⁵ COOMBE, *op. cit.*, 1866 ss.

lato, il diritto d'autore ha senz'altro contribuito a mortificare la democrazia semiotica. Del resto, anche quei contenuti che raggiungono il pubblico, a quest'ultimo non appartengono, dal momento che costituiscono oggetto del diritto esclusivo altrui. Rischia, dunque, di perdersi la concezione della cultura come entità stratificata e collettiva.

In realtà, è possibile e necessario (ri)orientare i sistemi di proprietà intellettuale in un'ottica di proficua pianificazione sociale. Pregevole è la prospettiva abbracciata da Neil W. Netanel, che formula un "approccio democratico" al diritto d'autore.⁹⁶ Quest'ultimo, a ben vedere, è uno dei pilastri della Democrazia, che, non potendo rinunciare ad esso, deve però imparare a gestirlo. Innanzitutto, il diritto d'autore, in qualità di incentivo alla creatività, rimpingua il panorama culturale, dà sostanza alla comunicazione e al libero scambio di contenuti. Inoltre, esso assicura l'emancipazione della produzione culturale, che è forma di espressione libera proprio in virtù dei diritti di esclusiva economica che rendono l'autore indipendente da forme di mecenatismo privato o di patronato pubblico. Se è vero che il diritto d'autore è un insacrificabile strumento di Democrazia, occorre notare che esso lo è purché vengano posti dei limiti al controllo che gli autori possono esercitare sulle loro opere. Infatti, essenziale compito del diritto d'autore è proprio quello di promuovere una cultura varia, accessibile e, dunque, democratica. A ben vedere, le limitazioni al diritto d'autore in termini di scopo e durata sono proprio le manifestazioni di tale finalità. Su queste, dunque, bisogna agire sapientemente nell'ottica di rendere il diritto d'autore prezioso mezzo di pianificazione sociale.

1.8. La visione Kantiana

Sulla scia della teoria culturale, è necessario volgersi verso l'analisi del tema dei limiti al diritto d'autore quali fattori che lo rendono strumento malleabile e polifunzionale. Tuttavia, occorre preventivamente notare che i legislatori contemporanei hanno scarsamente valorizzato le potenzialità racchiuse nei confini ontologici del diritto d'autore. Anzi, la macchina legislativa si è spesso attivata proprio con lo scopo di estenderli o rimuoverli.⁹⁷ Sembra, infatti, che i sistemi giuridici abbiano spesso perso di vista il quadro d'insieme, sulla base dell'assunto che è l'autore la parte debole da tutelare in modo quasi incondizionato.

Prima di procedere ad un'indagine costruttiva delle limitazioni del diritto d'autore, appare dunque indispensabile scardinare questa convinzione. A tal fine, va dato conto del contributo dato dal filosofo Kant con riguardo al tema della ristampa non autorizzata di libri nella sua opera "Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks".⁹⁸ Ripercorrendo gli scritti kantiani, Maria Chiara Pievatolo⁹⁹ evidenzia, innanzitutto, che per Kant il libro è estrinsecazione dell'uso pubblico della ragione, la modalità attraverso la quale l'autore raggiunge il pubblico, disseminando così il suo sapere. Dunque, il diritto d'autore non può

⁹⁶ N.W. NETANEL, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106/no. 2 *The Yale law journal* 283 (1996).

⁹⁷ Basti, ad esempio, considerare la tendenza legislativa ad estendere la durata del diritto d'autore. Non a caso, questa scelta è contestata da Netanel secondo cui il diritto d'autore dovrebbe durare per il solo tempo sufficiente a garantire un adeguato incentivo economico: NETANEL, *op. cit.*, 198; Caso invita a riflettere sul recente "tradimento" della dicotomia idea-espressione, sulla discutibile protezione delle banche dati e sull'abbassamento dello standard di originalità in: R. CASO, *The conflict between copyright and scientific research in the Text and Data Mining exception under the Digital Single Market Directive*, Trento Law Research paper nr. 38, 5 (2020) <<<https://zenodo.org/record/3648626#.X7j8IM1KjIU>>>.

⁹⁸ I. KANT, *L'illegittimità della ristampa dei libri* (trad. it. di Maria Chiara Pievatolo), 1785 <<https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s06.xhtml>>.

⁹⁹ M.C. PIEVATOLO, *L'illegittimità della ristampa dei libri*, in *Immanuel Kant: sette scritti politici liberi*, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica* <<https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s07.xhtml>>.

essere identificato come mero monopolio di natura economica né, nella prospettiva kantiana, vi è un diritto di proprietà sulle entità immateriali sottese ad un'opera. Infatti, si può parlare appropriatamente di diritto di proprietà solo in relazione al supporto materiale dell'opera, che può circolare ed essere alienato. Al contrario, le entità immateriali sottese ad un'opera non possono essere dissociate dall'autore: esse costituiscono le parole di un discorso pubblico che l'autore rivolge ai suoi lettori.

Conseguenza logica di questo assunto è che la ristampa non autorizzata di un libro è inammissibile, dal momento che essa consiste nell'usurpazione della paternità di un discorso che il solo autore può svolgere o autorizzare altri a svolgere.¹⁰⁰ Anche secondo Kant, un regime diverso va riservato alle opere d'arte visiva. Tuttavia il fondamento kantiano di tale distinzione non si sovrappone a quello hegeliano, dal momento che Kant non adotta un paradigma fondato sui diritti reali. Egli, invece, configura l'opera letteraria come azione dell'autore e ricorre alla categoria dei diritti personali.¹⁰¹ L'editore è mandatario dell'autore,¹⁰² prestandosi come agente che parla al pubblico in nome dello scrittore. Da ciò discende che, in quanto sprovvisto di mandato, il mero ristampatore non ha diritto di frapponersi tra l'autore e il pubblico nel processo di uso pubblico della ragione. Al contrario dei libri, le opere d'arte esauriscono il loro senso in sé stesse, non rappresentando azioni dell'autore, ma oggetti liberamente trasferibili secondo il paradigma dei diritti reali su cosa materiale. Del resto, con riguardo alle opere d'arte, mancherebbe secondo Kant l'imputazione, cioè l'ascrivibilità di una determinata condotta all'autore stesso.

Il divieto di ristampa non autorizzata, dunque, ha la propria precipua ragion d'essere nel fatto che nessuno deve parlare al pubblico in nome dell'autore, senza che quest'ultimo abbia formulato apposito mandato. Come la stessa Pievatolo sottolinea, sembra che il principale scopo di Kant consista nell'eliminare ogni fattore che interferisca con il fisiologico e proficuo uso pubblico della ragione da parte dello scrittore. Il libro è concepito come un ponte comunicativo con i lettori, che sono chiamati a dialogare attivamente con lo scrittore e a confrontarsi tra di loro. Al cuore della teoria kantiana non risiede, dunque, la strenua difesa del legame in sé tra autore e opera. Al contrario, l'attenzione di Kant è primariamente rivolta al rapporto che si instaura tra l'autore e il pubblico in virtù della divulgazione dell'opera. Fintanto che l'agire pubblico dell'autore non è coercito, l'uso privato che di un'opera si faccia è legittimo, anche in spregio della sua totale integrità. Ecco che quelli che emblematicamente possono essere definiti come "scrittori"¹⁰³ possono liberamente fruire dell'opera a titolo di istruzione personale, traduzione, critica e rielaborazione creativa.

Tale ricostruzione della teoria kantiana è corroborata dalla posizione assunta da Abraham Drassinower, il quale asserisce che si assiste ad una violazione del diritto d'autore

¹⁰⁰ Come nota P. G. PALMER, *Are Patents and Copyrights Morally Justified - the Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, cit., 839: "Kant argued that a book or other literary product is not simply "a kind of merchandise," but an "exercise of his [the author's] powers (opera), which he can grant to others (concedere), but can never alienate." A copier, or infringer, offers to the public the thoughts of another, the author. That is, he speaks in the author's name, which he can properly do only with permission. The author has given permission, however, only to his authorized publisher, who is wronged when a book edition is pirated."

¹⁰¹ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 23.

¹⁰² M. BORGHI, *Copyright, property and personality. Note on Hegel*, cit., 13: "In the Kantian argument, sermons and the like are not primarily "things" but rather "acts", namely acts of speech in one's own name. As such, they are not, rigorously speaking, possible objects of property. The contract between the author and the publisher cannot be seen as a purchase-and-sale contract, but is rather a "mandate" given to the publisher to speak to the public in the author's name."

¹⁰³ M.C. PIEVATOLO, *L'illegittimità della ristampa dei libri*, cit.

esclusivamente quando si è in presenza di un “compelled speech”.¹⁰⁴ Nel ribadire che l’opera è un atto comunicativo che l’autore deve compiere di sua spontanea volontà e senza coercizioni, Drassinower ammette che, a ben vedere, l’enfatizzazione dell’autodeterminazione dell’autore può portare a risultati ambigui. In effetti, di primo acchito, sembrerebbe che tale approccio precluda qualsiasi limitazione ai diritti degli autori, i quali, al fine di difendere la loro autonomia, potrebbero legittimamente reclamare ogni tipo di controllo sulle loro opere. Dunque, le limitazioni al diritto d’autore si configurerebbero esse stesse come inaccettabili forme di “compelled speech”.¹⁰⁵ In tale ottica, la lettura della Pievatolo sembra essere drammaticamente in bilico.

Drassinower rimuove dubbi e ambiguità proprio facendo leva sul fatto che, se si assume la natura inerentemente comunicativa delle opere dell’ingegno, le determinazioni unilaterali assunte dall’autore in merito al destino della propria opera non hanno alcuna ragion d’essere. Infatti, l’autore è libero di decidere se esprimersi o non esprimersi. Ma, una volta che si è determinato a parlare divulgando la sua opera, non ha la possibilità di decidere le modalità con cui il discorso pubblico da lui generato si atteggerà. Drassinower porta vari elementi a sostegno della propria tesi. Innanzitutto, occorre procedere alla valorizzazione del diritto come sistema completo e autosufficiente. In particolare, se è vero che la tutela degli autori esiste in quanto e fin quando il diritto la accorda, allora necessariamente spetta a quest’ultimo definirne le condizioni. Agli autori, dunque, non resta altro che conformarsi.¹⁰⁶ Un’altra argomentazione, forse più incisiva, evidenzia che, nella dinamica plurilaterale del dialogo, l’autore è *primus inter pares*: “By asserting his copyright, the author seeks to be treated as a person, and not a mere puppet, and so insists that he not be compelled to speak. By the same token, his work is, as copyright subject matter, addressed to persons, and not mere puppets, and so contemplates the responses of its audience.”¹⁰⁷

Si approda dunque alla conclusione che non tutti gli usi non autorizzati di un’opera si concretizzano in una violazione del diritto d’autore. Infatti, quest’ultimo viene leso solo nel caso in cui si configuri un “compelled speech”. Quando gli utenti, in qualità di ideali interlocutori, formulano una risposta, essi devono potersi giovare di spazi di libera utilizzazione. In effetti, allineandosi a Netanel, Drassinower afferma che il diritto d’autore già di per sé manifesta l’attitudine al contemperamento tra gli interessi degli autori e quelli degli utenti. Da un lato, egli cita la dicotomia idea-espressione quale limite strutturale che implica che le pretese dell’autore devono arrendersi al pubblico dominio, qualora egli non sia riuscito ad esprimersi a “parole proprie”.¹⁰⁸ Dall’altro, egli valorizza il ruolo delle eccezioni al diritto d’autore, soprattutto quelle che consentono un uso trasformativo dell’opera, quali il fair use e il fair dealing.¹⁰⁹

2. Il diritto fondamentale di accesso alla cultura

L’irragionevolezza dell’estensione incondizionata del diritto d’autore acquista ancora più risonanza se si dà conto di quali valori vengano sacrificati dalla tutela ipertrofica degli interessi autoriali e, dunque, dall’ingiustificata inibizione della risposta degli utenti. In

¹⁰⁴ A. DRASSINOWER, *Copyright Infringement as Compelled Speech*, in A. LEVER (a cura di), *New frontiers in the philosophy of intellectual property*, Cambridge, 2011.

¹⁰⁵ DRASSINOWER, *op. cit.*, 219.

¹⁰⁶ DRASSINOWER, *ibidem*.

¹⁰⁷ DRASSINOWER, *op. cit.*, 220.

¹⁰⁸ DRASSINOWER, *op. cit.*, 207.

¹⁰⁹ DRASSINOWER, *op. cit.*, 220.

particolare, la teoria culturale, riletta alla luce del contributo di Drassinower, evidenzia che vi sono degli interessi irriducibili sottesi alle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore. Nessun trattato o altro strumento ha ancora definito in modo preciso la categoria di diritti culturali.¹¹⁰ Appare convincente la definizione fornita dalla dottrina che ha affermato: "Cultural rights should be generally understood as the human rights to protect and promote the cultural interests of individuals and communities and they are intrinsically linked to safeguarding and advancing the capacity to preserve, develop, enhance and even change cultural identity."¹¹¹

È necessario valorizzare in questa ottica la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, la quale, a ben vedere, all'articolo 27 individua due modalità di partecipazione alla vita culturale: da un lato, salvaguarda l'essere umano quale fruitore dei benefici del progresso; dall'altro protegge gli interessi dell'individuo quale autore. È rilevante notare che i ruoli di fruitore e autore sono contigui. In virtù di una lettura olistica della norma, emerge che l'obiettivo è quello di favorire il coinvolgimento dell'utente quale soggetto libero e attivo. È sotteso, dunque, alla fisiologica e proficua fruizione di un'opera il fatto che l'utente esprima una dose di creatività, un'attitudine alla rielaborazione e una tendenza alla disseminazione di contenuti. Non è un caso che la nozione di diritti culturali è spesso intesa in senso lato. Infatti, essa non contempla il solo diritto alla partecipazione alla vita culturale di cui all'articolo 27(1) della Dichiarazione, ma tutti quei diritti che hanno un collegamento con la cultura, come la libertà di religione, la libertà di espressione, la libertà di associazione, il diritto all'istruzione e finanche la proprietà intellettuale, in particolare il diritto d'autore.¹¹²

Sbiadendosi la linea di demarcazione tra autori e utenti, occorre accogliere ed affermare un generale diritto alla scienza e alla cultura. Al fine di cogliere l'impatto di tale riconoscimento, è opportuno definire quale scopo tale diritto persegua: obiettivo è la tutela del sapere, che può essere definito come la sistematica applicazione della capacità, tipicamente umana, di osservare, indagare e ragionare con lo scopo di comprendere il mondo nel costante tentativo di migliorarlo. Conseguenza logica di tale assunto è che dalla concreta attuazione del diritto alla scienza e alla cultura dipende il tipo e la qualità di vita che gli esseri umani vogliono condurre.¹¹³

È essenziale dunque che il diritto d'autore non ponga ostacoli al conseguimento di tale scopo, soprattutto alla luce del presente progresso tecnologico che ha creato le

¹¹⁰ E. PSYCHOGIOPOULOU, *Cultural rights, cultural diversity and the EUs copyright regime: the battlefield of exceptions and limitations to protected content*, in O. POLLICINO, G. M. RICCIO e M. BASSINI (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*. Cheltenham, 2020, 126.

¹¹¹ PSYCHOGIOPOULOU, *op. cit.*, 126.

¹¹² PSYCHOGIOPOULOU, *op. cit.*, 126 -127: "Cultural rights in the narrow sense are rights that explicitly refer to culture. These include the right to participate in cultural life, the right of members of minorities to enjoy their own culture and the right of migrant workers to respect for their cultural identity and their right to maintain cultural links with their country of origin. Cultural rights in the broad sense include rights that have a link with culture, such as the rights to freedom of thought and religion, freedom of expression, the right to information, freedom of assembly and association, the right to education and the right to self-determination. Overall, cultural rights are rights related to 'culture', a concept that can vary from intellectual and artistic achievements to culture in the anthropological sense. Cultural rights may range from rights concerning creativity such as freedom of expression, freedom of the arts and intellectual property rights, including copyright, to linguistic rights, rights for the protection of cultural expressions, including cultural heritage, the right to culture, construed as the right to preserve, develop, participate, have access to and enjoy culture, and so on."

¹¹³ L. SHAVER, *The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress*, in 4 *European Journal of Human Rights* 411 (2015).

condizioni (fino a pochi decenni fa insperate) per un facile ed economico accesso al sapere. Farida Shaheed, in qualità di Special Rapporteur nell'ambito dei diritti culturali presso l'ONU, auspica che il diritto alla scienza e alla cultura possa attuarsi proprio per tramite delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore: "Copyright exceptions and limitations — defining specific uses that do not require a licence from the copyright holder — constitute a vital part of the balance that copyright law must strike between the interests of rights-holders in exclusive control and the interests of others in cultural participation."¹¹⁴

3. Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore

L'affermazione sopra citata porta ad emersione il tema del bilanciamento tra diritto d'autore e interessi degli utenti. Le prossime pagine saranno dedicate proprio alla ricerca di tale delicato equilibrio. La trattazione concernerà primariamente le eccezioni al diritto d'autore ma, in talune occasioni, il discorso comprenderà anche il tema delle limitazioni. A tal proposito, occorre specificare le differenze a livello ontologico e operativo tra tali due categorie. Le eccezioni consentono che alcuni atti, che altrimenti costituirebbero violazione del diritto d'autore, possano essere compiuti senza autorizzazione nell'ambito di alcune circoscritte situazioni. Al contrario, le limitazioni hanno la funzione di delineare il perimetro strutturale esterno del diritto d'autore, così definendo spazi non raggiunti dallo scopo di protezione del diritto d'autore stesso e, di conseguenza, liberamente accessibili dagli utenti. Esempi di limitazioni sono la dicotomia idea-espressione, il principio dell'esaurimento o la durata del diritto d'autore.¹¹⁵

Occorre notare che la distinzione tra eccezioni e limitazioni non è sempre limpida. I confini tra queste due categorie si sbiadiscono se si analizza come essi fungano da strumenti quasi interscambiabili per le Corti nella tutela della posizione degli utenti. Per ora basti considerare che lo stesso trattato TRIPS riserva il medesimo trattamento ad eccezioni e limitazioni, entrambe sottoposte allo scrutinio del three-step test.¹¹⁶ Infatti, l'articolo 13 recita: "Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder." Inoltre, con riguardo al diritto dell'Unione Europea, si consideri che un'assimilazione tra le due categorie è operata dall'articolo 5 della Direttiva Infosoc,¹¹⁷ il quale è intitolato "Eccezioni e Limitazioni". La Corte di Giustizia ha tentato di operare una distinzione tra eccezioni e limitazioni nel caso *VG Wort*,¹¹⁸ arrivando ad evidenziare che in effetti vi possono essere delle sovrapposizioni operative tra di esse. La Corte ha rilevato che un "diritto esclusivo può, quindi, secondo le circostanze, essere o integralmente escluso, a titolo di eccezione, o soltanto limitato. Non è escluso che siffatta limitazione possa parzialmente comportare, in funzione delle diverse

¹¹⁴ F. SHAHEED, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed: copyright policy and the right to science and culture*, 2014, para 61 <<<https://digitallibrary.un.org/record/792652#record-files-collapse-header>>>.

¹¹⁵ Per un'analisi approfondita delle funzioni di eccezioni e limitazioni si veda: P. CHAPDELAIN, *Copyright users' rights*, Oxford, 2017, cap. II, pt. I.

¹¹⁶ P. B. HUGENHOLTZ e R. L. OKEDIJI, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, 2008, 19 <<<https://www.opensocietyfoundations.org/publications/conceiving-international-instrument-limitations-and-exceptions-copyright>>>.

¹¹⁷ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (Direttiva Infosoc).

¹¹⁸ Cause riunite da C-457/11 a C-460/11, *Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) contro Kyocera, già Kyocera Mita Deutschland GmbH, Epson Deutschland GmbH, Xerox GmbH (C-457/11), Canon Deutschland GmbH (C-458/11), e Fujitsu Technology Solutions GmbH (C-459/11), Hewlett-Packard GmbH (C-460/11) contro Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)*, 27 Giugno 2013, ECLI:EU:C:2013:426.

situazioni particolari che essa disciplina, una esclusione, una restrizione, se non addirittura il mantenimento di detto diritto”.¹¹⁹

Fattore risolutivo in qualsiasi ragionamento in tema di eccezioni e limitazioni è il corretto inquadramento giuridico della posizione rivestita dagli utenti. Dussolier nota che lo status delle eccezioni e limitazioni è ampiamente discusso. In particolare, le Corti tendono a qualificarle come difese.¹²⁰ Alla luce del percorso argomentativo finora svolto, bisogna ammettere che esse sottendono delle vere e proprie posizioni giuridiche nella forma del diritto soggettivo. La distinzione non è indifferente in termini pratici, soprattutto se si abbraccia la teoria dei correlativi sviluppata dal giurista Hohfeld.¹²¹ Quest’ultimo collega ad ogni posizione giuridica soggettiva una posizione correlativa. Per la precisione, in base a tale teoria, il titolare di una posizione correlativa è tenuto a dei comportamenti, a seconda dei casi attivi o omissivi, che consentano la realizzazione della posizione giuridica elementare di cui un altro soggetto sia titolare. Le implicazioni in tema di diritto d’autore sono rilevanti: se si riconosce che gli utenti, in forza delle eccezioni e limitazioni, possono vantare un diritto, si ammette anche che il titolare del diritto d’autore è correlativamente tenuto a creare le condizioni affinché gli atti garantiti dalle eccezioni e limitazioni possano essere effettivamente compiuti.¹²²

Numerosi esempi possono illustrare la portata della distinzione tra difesa e diritto. L’esemplificazione più immediata è forse quella che prende in considerazione le misure tecnologiche di protezione che consentono al titolare del diritto d’autore di esercitare un pervasivo controllo sull’accesso e utilizzo delle opere nell’ambiente digitale. Se le eccezioni al diritto d’autore sono costruite come difese, il titolare del diritto d’autore non è tenuto a facilitare il godimento delle eccezioni stesse e dunque può legittimamente porre ostacoli agli utenti per tramite delle misure tecnologiche di protezione. Al contrario, se si riconosce che le eccezioni sottendono diritti soggettivi, il titolare del diritto d’autore non è libero di mortificare gli spazi di libera utilizzazione accordati agli utenti.¹²³

È opportuno evidenziare che l’identificazione delle eccezioni al diritto d’autore quali diritti degli utenti rileva anche da un altro punto di vista. Terreno di scontro è, infatti, il tema dello standard interpretativo da applicare alle eccezioni al diritto d’autore. Si potrebbe argomentare che è auspicabile che le eccezioni siano interpretate in modo restrittivo in quanto deroghe rispetto alla regola che impone la generale protezione del diritto d’autore. È proprio questa la posizione assunta dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nel caso *Infopaq*.¹²⁴ Per la precisione, soffermandosi sull’applicazione dell’articolo 5(1) della Direttiva 2001/29, la Corte ricorda che la Direttiva stessa impone come principio generale che è necessario ottenere l’autorizzazione del titolare del diritto di autore per poter legittimamente procedere alla riproduzione di un’opera protetta. L’eccezione di cui all’articolo 5(1), proprio alla luce della sua natura derogatoria, deve essere interpretata

¹¹⁹ C-457/11 a C-460/11, *Wort*, cit., para 24.

¹²⁰ S. DUSOLIER, *The commons as a reverse intellectual property – from exclusivity to inclusivity*, in H. HOWE e J. GRIFFITHS (a cura di), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge, 2013, 275.

¹²¹ Come intuito in: CHAPDELAIN, *Copyright users’ rights*, cit., 45 ss. Con specifico riguardo all’approccio hohfeldiano: W. N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale LJ* 16, 30-31 (1913).

¹²² S. DUSOLIER, *The commons as a reverse intellectual property – from exclusivity to inclusivity*, cit., 275: “The effect of being considered as rights would be to grant a remedy to their beneficiaries to preserve their effective enjoyment”.

¹²³ Si veda a tal proposito: P. CHAPDELAIN, *Copyright users’ rights*, cit., 77.

¹²⁴ C-5/08, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, 16 Luglio 2009, ECLI:EU:C:2009:465.

restrittivamente. Infatti “ai fini dell’interpretazione [...] si deve rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, le disposizioni di una direttiva che costituiscono deroghe a un principio generale sancito dalla direttiva medesima devono essere interpretate restrittivamente.”¹²⁵

La prospettiva adottata dalla Corte di Giustizia non risulta così solida, se si rigetta la concezione secondo cui le eccezioni al diritto d’autore possano considerarsi come difese. Infatti, i diritti degli utenti si impongono essi stessi come regola di interpretazione, di cui le Corti sono chiamate a servirsi. E del resto, non può e non deve essere altrimenti, se si considera che, a ben vedere, le libere utilizzazioni hanno un fondamento costituzionalizzato.¹²⁶ In realtà, infatti, il diritto di accesso alla scienza e alla cultura si annovera tra i diritti fondamentali, in base alla rilettura sopra compiuta dell’articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo. Inoltre, esso si declina in una serie di libertà fondamentali ampiamente riconosciute. Nel panorama europeo, spicca a tal proposito la libertà di espressione di cui all’articolo 10 della CEDU. Tale libertà è protetta anche dalla Carta di Nizza, che, *inter alia*, garantisce anche la libertà di informazione (art. 11), la libertà delle arti e delle scienze (art. 13) e il diritto all’istruzione (art. 14). Come si evidenzierà attraverso lo studio dei casi, entrano in gioco anche un ampio spettro di altri diritti fondamentali: tra questi, il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà di impresa, protetti rispettivamente agli articoli 8 e 16 della Carta di Nizza. La tutela di diritti di rango così elevato legittima l’interpretazione estensiva e finanche evolutiva delle eccezioni al diritto d’autore.¹²⁷

Appare allora proficuo ridefinire la nozione di eccezione al diritto d’autore. È rilevante notare che la dottrina, nel definire in generale la nozione giuridica di eccezione, tende a distinguere tra approccio statico e approccio dinamico alle eccezioni.¹²⁸ La prima visione concepisce l’eccezione come una deviazione rispetto ad un insieme di norme ordinate. Invece, secondo la concezione dinamica, che guarda precipuamente alla dimensione processuale, l’eccezione va concepita sinotticamente con l’azione.¹²⁹ Si badi che, nella dinamica processuale del dire e contraddire, il rapporto tra azione ed eccezione è di congiunzione e non di opposizione: l’eccezione è essa stessa azione; viceversa, l’azione è anche eccezione.¹³⁰ In relazione al diritto d’autore, ha senso mantenere da un punto di vista terminologico la nozione di eccezione solo se la si intende in senso dinamico. L’eccezione al diritto d’autore, infatti, a discapito della propria definizione, perde la propria natura derogatoria. Ecco che la nozione di eccezione ha un significato solo nel contesto processuale, ove gli utenti eccepiscano una posizione giuridica soggettiva che ha la dignità di diritto al pari delle pretese vantate dal titolare del diritto d’autore.

4. Fenomenologia della *Drittwirkung*

È ormai chiaro che le eccezioni e limitazioni si rivelano efficaci strumenti di tutela solo quando si ammette che esse sottendono una serie di posizioni giuridiche soggettive in capo agli utenti. È ora opportuno considerare come il diritto d’autore possa essere piegato

¹²⁵ C-5/08, *Infopaq*, cit., para 56.

¹²⁶ F. MEZZANOTTE, *Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE*, in *Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2016, 480, 482-483.

¹²⁷ MEZZANOTTE, *Ibidem*.

¹²⁸ S. TOMASI, *La struttura argomentativa dell'eccezione. Una proposta di studio su base pragma-dialettica*, in S. BONINI, L. BUSATTA e I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, 2015, XI, 25, 27.

¹²⁹ TOMASI, *ibidem*.

¹³⁰ TOMASI, *ibidem*.

all'esigenza di tale riconoscimento. Alla luce del fondamento costituzionalizzato della posizione degli utenti, occorre comprendere come le Corti possano portare ad emersione i diritti degli utenti al fine di garantire ad essi una tutela effettiva. A tal proposito, sembra opportuno introdurre la tematica della *Drittwirkung* e analizzare le sue potenzialità con riguardo al rapporto tra diritto d'autore e diritti degli utenti, relazione squisitamente *inter privatos*.

Di matrice tedesca, la dottrina della *Drittwirkung* risponde ad un annoso interrogativo dottrinale e giurisprudenziale in merito agli effetti che i diritti fondamentali possono esplicare sul piano cosiddetto micro,¹³¹ cioè con riguardo ai soggetti privati. In effetti, fuori di dubbio è che lo Stato sia tenuto non solo a proteggere, ma anche ad attuare i diritti fondamentali riconosciuti dalle Carte dei Diritti a livello internazionale o dalle Costituzioni nazionali.¹³² Da ciò discende che il privato possa agire contro quella condotta statale che si sia dimostrata in spregio ai diritti insacrificabili garantiti al privato stesso. Tuttavia, non è altrettanto assodato che in una controversia *inter privatos* possano essere invocati i diritti fondamentali. In altri termini, ci si chiede se i diritti fondamentali possano avere un effetto non solo verticale nei rapporti Stato-individuo, ma anche effetti in senso orizzontale nei rapporti individuo-individuo.

La dottrina tedesca ha affrontato la questione proponendo varie soluzioni con riguardo all'ingerenza dei diritti fondamentali negli istituti e nelle norme di natura privatistica. In base alla dottrina della *mittelbare Drittwirkung*,¹³³ i diritti fondamentali si esplicano nei rapporti tra privati solo in maniera mediata. Alla base di tale pensiero risiede l'idea che i privati siano meno vincolati dello Stato con riguardo al rispetto dei principi fondamentali: essi possono giovare, infatti, del cosiddetto "punto di deviazione" (*Ausgangspunkt*)¹³⁴ che consente loro di esplicare la propria autonomia privata tendenzialmente senza interferenze. Per l'esattezza, secondo i sostenitori di tale visione, le relazioni *inter privatos* sono esclusivamente disciplinate dal diritto privato e i principi fondamentali possono plasmare le norme privatistiche solo andando a riempire di significato le clausole generali e i concetti astratti in esse disseminati. In particolare, si propone un'interpretazione adeguatrice del diritto privato che può attuarsi secondo vari livelli di intensità. Tendenzialmente, la funzione dei principi fondamentali è puramente ermeneutica senza pretese trasformative della norma di diritto privato. Altre volte, vi può essere la necessità di conformare il diritto privato agli standard di tutela imposti dai principi fondamentali: in questo caso, l'incidenza dell'interpretazione conforme sarà notevole e potrà avere una funzione suppletiva della norma di diritto privato, con l'obiettivo di colmarne le lacune.

Altra dottrina¹³⁵ ha avuto un approccio meno moderato, sostenendo la *unmittelbare Drittwirkung*. Secondo tale visione, l'effetto dei principi fondamentali è immediato nelle relazioni *inter privatos*. Per l'esattezza, i diritti fondamentali hanno un effetto assoluto che non grava solo sullo Stato. Infatti, essi non si concretizzano solo in canoni ermeneutici ma,

¹³¹ E. BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore: Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2018, 89.

¹³² Si veda: E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, 2014, 343.

¹³³ Si veda la tesi di Dürig in: J. VAN DER WALT, *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, Berlin/Boston, 2014, 207 ss.

¹³⁴ VAN DER WALT, *op. cit.*, 208.

¹³⁵ Sostenitore di questa posizione è stato Nipperdey; J. VAN DER WALT, *op. cit.*, 203.

alla luce dell'unità del diritto, essi si configurano come norme direttamente applicabili e capaci di sospendere, modificare, completare le disposizioni di diritto privato. Si noti che ciò può avvenire anche in spregio dell'autonomia privata delle parti. Ad esempio, si argomenta che disposizioni contrattuali contrarie ai diritti fondamentali sono invalide.¹³⁶ Due precipue conseguenze derivano dal riconoscimento dell'effetto orizzontale, della *Drittwirkung* appunto: da un lato, l'individuo privato è egli stesso chiamato a rispettare e attuare i diritti fondamentali; dall'altro, il privato che veda violati i propri diritti fondamentali da un proprio pari potrà invocare la tutela giurisdizionale.

La breve analisi condotta in tema di *Drittwirkung* porta ad emersione il problema pratico di come gestire la dialettica tra privati. Se si assume l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, può configurarsi l'ipotesi che si oppongano due privati entrambi portatori di diritti fondamentali. Sembra proprio questo il caso del rapporto tra titolari del diritto d'autore e utenti. I primi sono ritenuti meritevoli di una tutela qualificata in numerose Carte dei Diritti a livello internazionale. Inoltre, come è stato dimostrato, anche gli utenti, seppur in maniera meno conclamata, sono titolari di diritti soggettivi a fondamento costituzionalizzato. Ecco che si prospetta l'esigenza di contemperare molteplici interessi. Ausilio in tal senso è la tecnica del bilanciamento giudiziale dei diritti,¹³⁷ tecnica decisoria che può essere così definita: "per bilanciamento o ponderazione si intende una tecnica argomentativa solitamente utilizzata allorché il caso da decidere in sede giudiziale sembri contemporaneamente sussumibile sotto due o più norme confliggenti, e manchi un criterio di coordinazione formalmente previsto o convenzionalmente accettato dagli operatori giuridici."¹³⁸

Questa definizione dà conto di due precipue caratteristiche del bilanciamento tra diritti. Innanzitutto, essa porta ad emersione il fatto che il bilanciamento si configura come un processo ineludibile per le Corti. O meglio, emerge che esso diviene una tecnica di argomentazione inevitabile dal momento in cui la giurisprudenza, abbandonata l'illusione della completezza del diritto e, con essa, accantonato ogni approccio puramente legalista, si appresta a compiere opere di ingegneria sociale,¹³⁹ accollandosi l'onere di definire in concreto i contrasti di valori che, spesso imprevedibili dal legislatore, necessariamente si configurano nella società. Da questo punto di vista, il bilanciamento è più un'esigenza che una tecnica. La ragione di ciò è in larga parte intuitiva: uno dei criteri ordinatori che tradizionalmente il diritto predilige per risolvere contrasti tra norme è quello gerarchico. Nel caso dei diritti fondamentali, invece, la gerarchizzazione diviene ardua, se non impossibile. Occorre allora procedere al bilanciamento tra diritti, consistente nella

¹³⁶ Si veda l'analisi della giurisprudenza tedesca a tal proposito in: H. CREMER, *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison between English and German Law*, Oxon/New York, 2011, 178 ss.

¹³⁷ Si veda il caso: *Bundesverfassungsgericht*, 15 Gennaio 1958 –1 BvR 400/51–, BVerfGE 7, 198–230– *Lüth*. La giurisprudenza tedesca ha agito come pioniera nello sperimentare le potenzialità della *Drittwirkung*. La vicenda è stata originata dalla condotta di Erich Lüth, il quale aveva pubblicamente scoraggiato la visione di un film diretto da Veit Harlan, in quanto quest'ultimo aveva precedentemente diretto film correlati alla propaganda nazista. Due diritti fondamentali erano in gioco: da un lato, la libertà di espressione di Lüth; dall'altro, la dignità umana di Harlan (declinata come diritto a manifestare la propria personalità di artista). Si veda l'analisi del caso in: H. CREMER, *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison between English and German Law*, cit., 155 ss.

¹³⁸ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 2007, 219, 221.

¹³⁹ Non è un caso che il bilanciamento si sviluppa nell'ambito del realismo giuridico negli Stati Uniti della prima metà del XX secolo: PINO, *op. cit.*, 223 ss.

ponderazione dei vari valori in gioco.¹⁴⁰ Tale processo può portare le Corti a operare un bilanciamento ad hoc, inapplicabile a casi successivi alla luce del notevole peso specifico di alcuni fattori tipici del caso di specie. In altre circostanze, invece, la Corte può essere in grado di raggiungere un bilanciamento detto definitorio, valido anche per casi successivi simili.¹⁴¹

Si noti che, non solo in sede di gerarchizzazione di diritti, ma anche in caso di bilanciamento tra gli stessi, appare particolarmente proficuo compiere un passaggio prodromico, consistente nell'individuazione del contenuto minimo del diritto, cioè il nucleo essenziale che un certo diritto non può non includere. Tale concetto si correla strettamente al tema dei limiti impliciti dei diritti.¹⁴² Alla base del concetto dei limiti impliciti risiede l'idea che ogni diritto è ontologicamente limitato, alla luce dell'esigenza di non comprimere altri diritti. Tale intrinseca limitazione, però, non può spingersi fino a minacciare il contenuto minimo del diritto stesso. Parte della dottrina ritiene che la corretta individuazione del contenuto minimo del diritto abbia talvolta la potenzialità di rendere il processo di gerarchizzazione o di bilanciamento dei diritti superfluo, dal momento che è capace di elidere il contrasto che prima facie si configura tra due diritti.¹⁴³ Tale posizione sembra particolarmente consonante con quella che, mutatis mutandis, hanno espresso Netanel e Drassinower, i quali hanno valorizzato l'essenziale funzione dei limiti intrinseci del diritto d'autore. A ben vedere, Drassinower, con la sua dottrina del compelled speech, si è cimentato nel tentativo di definire proprio il contenuto minimo del diritto d'autore.

5. La Drittwirkung all'opera: il caso *Promusicae*

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea non è rimasta indifferente di fronte alle potenzialità della dottrina della Drittwirkung. Inaugura la stagione dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto d'autore il caso *Promusicae*.¹⁴⁴ Per l'esattezza, in *Promusicae*, la Corte è stata chiamata a decidere se il diritto dell'Unione Europea imponesse agli Stati Membri di prevedere l'obbligo di comunicare dati personali in un procedimento civile al fine di assicurare la tutela effettiva del diritto d'autore. Vari diritti fondamentali erano in gioco in questa decisione: da un lato, il diritto di proprietà nella forma della proprietà intellettuale in capo a Promusicae, un'associazione senza scopo di lucro di cui facevano parte produttori ed editori di registrazioni musicali e audiovisive; dall'altro, il diritto alla protezione dei dati personali e, dunque, della vita privata dei clienti di Telefónica, società commerciale che forniva servizi di accesso a Internet. Promusicae richiedeva che l'identità e l'indirizzo fisico di alcuni clienti di Telefónica venissero rivelati in ragione del fatto che tali soggetti avevano violato i diritti patrimoniali che i soci di Promusicae vantavano su determinati fonogrammi.¹⁴⁵

La Corte di Giustizia, negando che vi fosse un obbligo di comunicazione di dati personali, ha risolto la questione valorizzando la necessità che gli Stati Membri dessero un'interpretazione del diritto dell'Unione Europea tale da garantire un equo bilanciamento

¹⁴⁰ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 142: "sembra concettualmente impossibile assicurare a tutti contemporaneamente un diritto fondamentale in maniera assoluta".

¹⁴¹ F. GIOVANELLA, *Copyright and information privacy*, cit., 12.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali Una mappa dei problemi*, cit., sez. 4.3.2; sez. 4.3.3.

¹⁴² G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali Una mappa dei problemi*, cit., sez. 3.2.2.

¹⁴³ Si veda la strategia specificazionista in: PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali Una mappa dei problemi*, cit., para 3.2.2.

¹⁴⁴ C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) contro Telefónica de España SAU*, 29 Gennaio 2008, ECLI:EU:C:2008:54.

¹⁴⁵ C-275/06, *Promusicae*, cit., para 62-63.

tra i molteplici diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione Europea stesso. In particolare, occorre prestare attenzione alle notazioni conclusive svolte dalla Corte di Giustizia: “in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un’interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità.”¹⁴⁶

In *Promusicae*, la Corte ha compiuto un’operazione di indubbio rilievo sistematico. Essa ha sottolineato la necessità di attuare un equo bilanciamento tra diritto d’autore e posizione degli utenti, in conformità con quanto auspicato nel considerando 31 della Direttiva Infosoc, il quale asserisce che “deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti.”¹⁴⁷ Si badi che l’intervento della Corte non intende esaurirsi solamente in un monito al legislatore a creare le condizioni per tale equo bilanciamento in virtù di sagge disposizioni legislative. Anzi, come si evince dall’estratto citato, la Corte, travalicando i confini del considerando 31, si è rivolta precipuamente agli operatori del diritto e, soprattutto, ai giudici, i quali sono chiamati ad attuare in concreto tale equo bilanciamento. Si tratta di un vero e proprio invito a lavorare per l’affermazione della *Drittwirkung* mediata nell’ambito del diritto d’autore dell’Unione Europea.

Autorevole dottrina,¹⁴⁸ pur accogliendo con favore l’approdo giurisprudenziale in *Promusicae*, ha notato che, a ben vedere, si tratta di una rivoluzione incompleta. In particolare, la *Drittwirkung* di matrice europea si rivela bisognosa di una più precisa declinazione. Si evidenzia, infatti, un’eccessiva vaghezza nella definizione di quale sia il contenuto essenziale del diritto d’autore nel diritto dell’Unione Europea. Da ciò consegue una scarsa chiarezza con riguardo allo scopo di protezione del diritto d’autore: in altri termini, non è facile comprendere dalla giurisprudenza della Corte quali interessi morali e patrimoniali vadano considerati sull’immaginario piatto della bilancia riservato al diritto d’autore nel processo di ponderazione tra diritti fondamentali contrapposti.

A complemento dell’analisi della *Drittwirkung*, è allora necessario procedere a definire il nucleo duro del diritto d’autore, che è il presupposto sulla base del quale le Corti possono intraprendere il processo di bilanciamento. Per farlo, due sostrati teorici dovranno essere messi a confronto: da un lato, la concezione proprietaria del diritto d’autore; dall’altro, la visione che identifica il copyright quale monopolio legale. In particolare, ci si chiederà se una visione schiettamente proprietaria del diritto d’autore sia baluardo della tutela degli utenti o se, invece, sia più proficuo affidarsi ad una concezione più spiccatamente monopolistica.

6. Il diritto d’autore nella prospettiva proprietaria

I sistemi giuridici anglosassoni aderiscono ad una concezione dematerializzata¹⁴⁹ del diritto di proprietà. Il vantaggio di una tale visione consiste nel fatto che la natura della res

¹⁴⁶ C-275/06, *Promusicae*, cit., para 70.

¹⁴⁷ Considerando 31, primo periodo, Direttiva Infosoc.

¹⁴⁸ Sulle lacune nella giurisprudenza della Corte di Giustizia con riguardo alla concreta declinazione della *Drittwirkung* nell’ambito del diritto d’autore: C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, 11 *European Intellectual Property Review* 683 (2019).

¹⁴⁹ A. RAHMATIAN, *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, cit., 13.

su cui insiste il diritto di proprietà è irrilevante.¹⁵⁰ Infatti, è contemplata serenamente la possibilità che cose intangibili possano essere oggetto di proprietà.¹⁵¹ Non a caso, nella tradizione di common law, non risulta concettualmente problematica l'assimilazione del copyright al diritto di proprietà. Ciò è testimoniato dalla legislazione del Regno Unito:¹⁵² il Copyright, Designs and Patents Act 1988, infatti, esordisce affermando che il “copyright è un diritto di proprietà”.¹⁵³ Si ritiene che nel sistema inglese la qualificazione proprietaria del copyright non implichi che il copyright debba avere una protezione assoluta o perpetua.¹⁵⁴

Rese chiari gli scopi utilitaristici del copyright inglese già nel 1774 il caso *Donaldson v Becket*,¹⁵⁵ in cui la House of Lords negò che il copyright potesse essere protetto in modo perpetuo, al di là della durata ad esso accordata dallo Statuto di Anna. Incisivamente, autorevole dottrina ha dato conto della portata di tale decisione asserendo: “Donaldson qualified English copyright as a statutory right, which could and should be amended in response to the changing social, cultural and economic needs, for its protection is intended for the pursuance of specific public goals. [...] Donaldson broke the rhetorical fil rouge between authorship and common law property, introducing the notion of regulatory copyright and changing forever the implications of the proprietization of authors’ rights in the Anglo-Saxon tradition.”¹⁵⁶

Rahmatian evidenzia le conseguenze che discendono dalla recisione del “fil rouge” che lega autore e opera protetta da copyright sostenendo che, nel sistema inglese, l'autore è concepito come il mero centro di allocazione del diritto di proprietà che si concretizza nel copyright.¹⁵⁷ Rahmatian sottolinea che un approccio differente si riscontra nei Paesi di civil law, dove viene maggiormente valorizzata la figura dell'autore quale essere umano creatore dell'opera.¹⁵⁸ Se questo aspetto si combina con il fatto che i sistemi giuridici di civil Law tendono a concepire la proprietà come un diritto che possa insistere solo su cose materiali,¹⁵⁹ si comprende perché i sistemi giuridici dell'Europa continentale siano stati tradizionalmente più refrattari a concepire il diritto d'autore quale diritto di proprietà, nonostante le suggestioni hegeliane.¹⁶⁰

Rigorosa in tal senso è la tradizione giuridica tedesca che, influenzata dal modello romanistico¹⁶¹ e dal pensiero kantiano, si è mostrata più incline a classificare il diritto d'autore quale diritto della personalità, ritenendo l'assimilazione alla proprietà un

¹⁵⁰ RAHAMATIAN, *ibidem*.

¹⁵¹ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 32.

¹⁵² C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 160.

¹⁵³ Art. 1 Copyright, Designs and Patents Act 1988.

¹⁵⁴ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 62.

¹⁵⁵ 4 Burr. 2408, 17 Cobbett's Parl. Hist. 992 (H.L. 1774).

¹⁵⁶ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 62.

¹⁵⁷ A. RAHMATIAN, *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, cit., 44.

¹⁵⁸ A. RAHMATIAN, *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, cit., 48.

¹⁵⁹ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 32; A. RAHAMATIAN, *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, cit., 24: “In Civil law countries, where the concept of ownership (protection) is the positive Roman law concept, principal property protection is through the real (not personal) action for recovery of property or rei vindicatio in respect of tangible property. This is a central element of ownership and the most important ownership right.”

¹⁶⁰ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 32: “Civil lawyers tend to reject the assimilation of authors’ rights to the tangible property depicted by their civil codes”.

¹⁶¹ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 8: “the Roman law concept of possession as a fact generating legal consequences and covering only material things. Property could also be material-only, since if material-only objects can be possessed, material only objects can be owned.”

nonsense.¹⁶² Il sistema francese, invece, si è mostrato più flessibile e funge da ponte tra le due tradizioni giuridiche: pur rifuggendo un'assimilazione al diritto di proprietà secondo il modello inglese,¹⁶³ il Code de la Propriété Intellectuelle francese definisce il diritto d'autore come "un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous".¹⁶⁴ Si badi che l'approccio proprietario francese non è schiettamente apersonalistico come quello inglese. Si possono rintracciare vari indizi di ciò: innanzitutto, come già sottolineato, il modello francese sposa la concezione del diritto d'autore come fascio di diritti sia economici che morali; inoltre, il sistema francese ricollega all'input creativo dell'autore persona fisica il sorgere del diritto d'autore.¹⁶⁵

Larga parte della dottrina ha imputato alla proprietarizzazione del diritto d'autore l'ampliamento delle prerogative autoriali cui si è assistito negli ultimi decenni.¹⁶⁶ Sicuramente il dibattito sull'opportunità della qualificazione proprietaria del diritto d'autore si è rinvigorito da quando la Carta di Nizza ha invocato la protezione della proprietà intellettuale all'articolo 17(2). Tale collocazione sistematica non è passata inosservata: come già accennato, l'articolo 17(1) della Carta di Nizza è, infatti, dedicato al diritto di proprietà. Certamente, non si è trattata di una scelta felice da parte del legislatore europeo che ha emanato una norma di cui è difficile definire la portata.

A ben vedere, non soccorrono all'interpretazione né le esperienze maturate nel sistema inglese di common law, né le suggestioni elaborate in seno alla tradizione giuridica di civil law. Infatti, da un lato, colpisce l'assenza di ogni riferimento ai fini sociali del copyright nell'articolo 17(2) in spregio alla concezione utilitaristica della proprietà intellettuale tanto propugnata dalla tradizione di common law. Nell'articolo 17(1), invece, il diritto di proprietà viene declinato alla luce della propria funzione sociale: esso, infatti, può essere limitato per ragioni di interesse pubblico. La vicinanza topografica tra diritto di proprietà e tutela della proprietà intellettuale nella Carta di Nizza rende ancora più evidente questa lacuna.

Dall'altro lato, si rileva che l'articolo 17(2) non sembra invocare la protezione della propriété incorporelle cara al modello francese in tutti i suoi aspetti. Sicuramente si può ravvisare un'influenza dell'approccio personalistico tipicamente continentale nella concezione del copyright nell'Unione Europea. Ciò risulta chiaro, ad esempio, se si considera che la Corte di Giustizia concepisce un'opera come originale se essa costituisce "una creazione intellettuale dell'autore che ne riflette la personalità e si manifesta attraverso le libere scelte creative di quest'ultimo".¹⁶⁷ Tuttavia, non si può non notare che motore del diritto d'autore dell'Unione Europea è la necessità di promuovere e rafforzare il mercato

¹⁶² C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 38.

¹⁶³ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 163: "On this basis, and unlike the direct assimilation of the UK CDPA to personal property, the French CPI uses the label of propriété incorporelle, introducing a tertium genus after movable and immovable property to avoid its forced assimilation to any of the two categories, and the conceptual frictions that might follow."

¹⁶⁴ Articolo L111-1 Code de la propriété intellectuelle (LOI n° 92-597 du 1er juillet 1992).

¹⁶⁵ L-111-2 Code de la propriété intellectuelle; si veda: C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 163.

¹⁶⁶ A proposito di questa tendenza si veda la disamina svolta in: C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 47.

¹⁶⁷ Case C-145/10, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others*, 1 Dicembre 2011, EU:C:2011:798, para 87.

interno.¹⁶⁸ In tal senso, è indicativa l'assenza di ogni riferimento alla protezione del diritto d'autore inteso anche come fascio di interessi morali.¹⁶⁹

6.1. L'allargamento dei limiti interni: una moderna enclosure?

Emblematicamente, autorevole dottrina¹⁷⁰ argomenta che, in materia di proprietà intellettuale, si sta assistendo al “secondo movimento delle recinzioni”.¹⁷¹ Si allude al fenomeno dell'enclosure, il quale tradizionalmente si riferisce al procedimento di recinzione di terreni aperti. Il meccanismo dell'enclosure era diffuso in Inghilterra nel periodo antecedente alla Rivoluzione Industriale e, di fatto, consisteva nella progressiva apprensione di beni comuni. Nel settore della proprietà intellettuale, tale termine è sopravvissuto e attualmente si connota di una nuova accezione, che riflette le preoccupazioni suscitate dall'aggressiva apprensione¹⁷² di un bene comune ben più prezioso della terra: la conoscenza.¹⁷³

Nell'Unione Europea, la legittimazione di tale forma di moderna enclosure deriva dalla presunta necessità di assicurare una protezione elevata al diritto d'autore. Quest'attitudine¹⁷⁴ è ben sintetizzata dalla Direttiva Infosoc: “Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà.”¹⁷⁵

A ben vedere, l'Unione Europea sconta la mancata qualificazione del copyright in termini utilitaristici secondo il modello inglese. Infatti, dal Considerando 9 emerge che la

¹⁶⁸ Si veda il considerando 4 della Direttiva Infosoc.

¹⁶⁹ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 147.

¹⁷⁰ J. BOYLE, *The public domain: Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven & London, 2008, 42; si veda anche: G. RESTA, *La conoscenza come bene comune: quale tutela?*, cit.

¹⁷¹ Secondo la definizione in: BOYLE, *op.cit.*, 42; per una disamina relativa agli ordinamenti dell'Europa continentale: R. CASO e G. DORE, *Copyright as Monopoly: The Italian Fire Under the Ashes*, cit.; Si noti che “il secondo movimento delle recinzioni” si sta manifestando in tutti i settori della proprietà intellettuale e anche in sistemi giuridici extra-europei. Emblematico in tal senso è il caso *Myriad Genetics (Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, No. 09 Civ. 4515 (S.D.N.Y., Mar. 29, 2010)), relativo alla brevettabilità di sequenze di DNA. In questo caso, il problema consiste nel comprendere se le sequenze di DNA siano bene comune in quanto prodotto di natura o se, una volta isolate, esse costituiscano qualcosa di diverso, diventando dunque brevettabili. In appello (*Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 653 F.3d 1329 (Fed. Cir. 2011)), la questione viene risolta in favore della brevettabilità delle sequenze di DNA. Ciò viene stabilito alla luce del fatto che, nel tempo, le autorità pubbliche, quali l'Ufficio Brevetti e Marchi, e la giurisprudenza hanno progressivamente ampliato i casi di concessione dei brevetti biotecnologici, creando così una legittima aspettativa di brevettabilità nell'industria biotecnologica. In sostanza, l'ampio numero di diritti di esclusiva concessi crea una sorta di presunzione di validità del brevetto secondo. A tal proposito, si veda: G. Resta, *La conoscenza come bene comune: quale tutela?*, cit., pt. V.

¹⁷² Tale apprensione si spiega soprattutto come una reazione all'avvento di Internet, che è stato percepito come una minaccia per i diritti di esclusiva riconosciuti dal diritto d'autore. Si veda: L. LESSIG, *Free Culture - How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, 2004.

¹⁷³ Il principale problema sta nel fatto che una protezione ipertrofica della proprietà intellettuale può rallentare l'innovazione invece che promuoverla. Ciò può accadere perché un'eccessiva estensione dei diritti di esclusiva frena l'innovazione intesa nel senso di stratificazione progressiva di contributi al progresso. A tal proposito si veda: J. BOYLE, *The public domain: Enclosing the Commons of the Mind*, cit., 49.

¹⁷⁴ J. H. REICHMAN e R. L. OKEDIJI, *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale*, 96/no. 4 *Minnesota law review* 1362, 1368-1369 (2012).

¹⁷⁵ Considerando 9 Direttiva Infosoc.

qualificazione proprietaria del copyright in seno all'Unione Europea tende a determinarne l'espansione incontrollata, spesso in spregio ai suoi limiti statutari. Caterina Sganga ravvisa cinque precise conseguenze derivanti da questo approccio:¹⁷⁶ i diritti di esclusiva economica tendono ad essere interpretati in maniera estensiva; al contrario, un'interpretazione restrittiva è riservata alle eccezioni e limitazioni; la durata del copyright è estesa fino a raggiungere l'equivalente, in termini economici, della perpetuità; la protezione dei diritti morali è mortificata a favore della protezione degli investimenti riconnessi al copyright; gli interessi dell'industria vengono presi in forte considerazione.

A riprova di ciò, si prenda in considerazione la recente sentenza *Tom Kabinet*,¹⁷⁷ decisa dalla Corte di Giustizia. In tale caso, la Corte è stata chiamata a decidere se la fornitura, mediante download, di un libro elettronico per un uso permanente si configurasse come un atto di distribuzione al pubblico,¹⁷⁸ dunque suscettibile di esaurimento, o se, invece, si trattasse di una forma di comunicazione al pubblico, in relazione alla quale il principio dell'esaurimento non si applica.¹⁷⁹ In particolare, il caso concerneva l'attività di commercio di libri elettronici da parte della società Tom Kabinet. Per la precisione, su tale piattaforma venivano offerti, dietro pagamento, dei libri elettronici di seconda mano previamente acquistati dalla Tom Kabinet o a essa donati. A seguito di tali accadimenti, la Tom Kabinet è stata citata in giudizio sulla base del fatto che essa aveva realizzato un'ipotesi di comunicazione al pubblico non autorizzata.

Ai fini della presente trattazione, è rilevante notare che la Corte di Giustizia, investita della questione tramite rinvio pregiudiziale, ha ammesso che nessuna disposizione nel quadro europeo e internazionale consente, in base ad una lettura letterale delle norme, di determinare se la fornitura di un libro elettronico per tramite di download costituisca un atto di comunicazione al pubblico o un atto di distribuzione.¹⁸⁰ Ragionando sulla base dell'assunto che i diritti di esclusiva riconosciuti ai titolari del diritto d'autore costituiscono un *numerus clausus*, in presenza di una tale incertezza in termini di qualificazione di una determinata fattispecie, la Corte di Giustizia avrebbe dovuto manifestare un favor verso il regime generale per cui la libera circolazione della conoscenza è la regola di default.

La Corte, invece, ha compiuto una scelta ben diversa, attuando pienamente una moderna enclosure. Proprio richiamando la necessità di assicurare un alto livello di protezione al diritto d'autore, di cui al considerando 9 sopra citato, ha mortificato il principio dell'esaurimento, applicando un'interpretazione estensiva della nozione di comunicazione al pubblico: «emerge che obiettivo principale di quest'ultima (ndr: Direttiva Infosoc) è la realizzazione di un elevato livello di protezione a favore degli autori, consentendo a questi ultimi di ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Per conseguire tale obiettivo, la nozione di «comunicazione al pubblico», come sottolineato dal considerando

¹⁷⁶ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 1.

¹⁷⁷ C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV*, 19 Dicembre 2019, ECLI:EU:C:2019:1111.

¹⁷⁸ Si veda l'articolo 4 della Direttiva Infosoc, inerente il diritto di distribuzione e il principio dell'esaurimento.

¹⁷⁹ Ex articolo 3 della Direttiva Infosoc. Per una disamina critica del quadro normativo e giurisprudenziale relativo al principio di esaurimento: C. SGANGA, *Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale: un pericolo o una necessità?*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, II, 21.

¹⁸⁰ C-263/18, *Tom Kabinet*, cit., para 37.

23 della direttiva 2001/29, deve essere intesa in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine.”¹⁸¹

6.2. Emendamenti alla concezione proprietaria: l'enfasi sulla funzione sociale

Nel tentativo di arginare la vis espansiva del diritto d'autore, è auspicabile rileggerlo alla luce degli approdi giurisprudenziali che hanno riguardato il diritto di proprietà tradizionalmente inteso. Autorevole dottrina suggerisce che la qualificazione proprietaria del copyright nell'Unione Europea non vada letta necessariamente in senso negativo. Proprio in virtù della contiguità concettuale che la Carta di Nizza assegna alla proprietà intellettuale e alla proprietà su cose materiali, entrambe previste all'articolo 17, il copyright può mutuare dal diritto di proprietà la sua vocazione sociale.¹⁸² Si è già evidenziato come l'articolo 17(1) contempli limitazioni al diritto di proprietà per ragioni di interesse pubblico. Inoltre, in virtù dell'articolo 6(3) TUE, occorre considerare quali principi generali che informano il diritto dell'Unione sia le tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri, sia i diritti fondamentali protetti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In effetti, la funzione sociale della proprietà emerge nei vari sistemi giuridici nazionali,¹⁸³ tra cui spiccano ad esempio quello tedesco e quello italiano che palesano la natura strumentale del diritto di proprietà per iscritto nelle loro Costituzioni. Rappresentativa di tale comunanza di intenti è la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con maggiore incisività a partire dagli anni ottanta,¹⁸⁴ ha cominciato a concepire che possano sussistere delle legittime interferenze al diritto di proprietà, in ossequio al dettato dell'articolo 1 del Protocollo Addizionale alla CEDU.

La Corte di Giustizia non è rimasta indifferente a tali stimoli. Già nel 1974, in *Nold*,¹⁸⁵ propugnava una nozione limitata di diritto di proprietà e, in linea con la tradizione giuridica degli Stati Membri, affermava che tale diritto andasse protetto “alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela”.¹⁸⁶ Inoltre, asseriva che “nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi.”¹⁸⁷ In *Hauer*, la Corte stabiliva a quali condizioni l'allora Comunità Europea potesse limitare il diritto di proprietà. In particolare, specificava

¹⁸¹ C-263/18, *Tom Kabinet*, cit., para 48-49.

¹⁸² C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 191 ss.

¹⁸³ C-44/79, *Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*, 13 Dicembre 1979, ECLI:EU:C:1979:290, para 20: “Per la soluzione di detta questione occorre pertanto tener conto altresì delle indicazioni fornite dalle norme e dalle prassi costituzionali dei nove Stati membri. A questo proposito va anzitutto constatato che tali norme e prassi consentono al legislatore di disciplinare l'uso della proprietà privata nell'interesse generale. Talune Costituzioni fanno riferimento, a questo proposito, agli obblighi inerenti alla proprietà (Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, art. 14, 2° comma, 1a frase), alla funzione sociale della stessa (Costituzione della Repubblica italiana, art. 42, 2° comma), al principio che l'uso di essa va subordinato alle esigenze del bene comune (Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, art. 14, 2° comma, 2a frase, e Costituzione della Repubblica irlandese, art. 43, 2° comma, n. 2), o a quelle della giustizia sociale (Costituzione della Repubblica irlandese, art. 43, 2° comma, n. 1). In tutti gli Stati membri, vari testi legislativi hanno dato concreta espressione a questa funzione sociale del diritto di proprietà; in ciascuno di essi, vigono norme in materia di economia agricola e forestale, di regime delle acque, di protezione dell'ambiente naturale, di programmazione territoriale e di urbanistica, che limitano, talvolta notevolmente, l'uso della proprietà fondiaria.”

¹⁸⁴ Con il caso *Sporrong and Lonnroth v Sweden* (1983) 5 EHRR 35.

¹⁸⁵ C-4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contro Commissione delle Comunità europee*, 14 maggio 1974, ECLI:EU:C:1974:51.

¹⁸⁶ C-4/73, *Nold*, cit., para 14.

¹⁸⁷ *Nold*, ibidem.

che le limitazioni dovevano essere giustificate da un fine di interesse generale e che non dovessero essere inaccettabili e sproporzionate rispetto allo scopo perseguito.¹⁸⁸ Spettava alla Corte, dunque, valutare se esistesse “un rapporto ragionevole” tra i sacrifici imposti al diritto di proprietà e gli obiettivi perseguiti dalla Comunità.¹⁸⁹

È rilevante notare che l’approccio della Corte in *Hauer* ha una portata piuttosto circoscritta. In particolare, la Corte alludeva alla sola dimensione verticale della questione: in altri termini, essa si focalizzava solo su quali limiti la Comunità Europea potesse imporre al diritto di proprietà del privato per tramite di un proprio atto normativo. Come ha rilevato autorevole dottrina, l’operatività della funzione sociale della proprietà in senso puramente verticale può sortire solo due effetti: da un lato, interviene nella verifica della legittimità, coerenza e proporzionalità del diritto vigente; dall’altro, de iure condendo, guida la stesura della legislazione futura.¹⁹⁰

Per riempire di significato il bilanciamento che la Corte di Giustizia svolge in *Promusicae* in materia di diritto d’autore, occorre traslare la funzione sociale della proprietà sul piano orizzontale. A dire il vero, la Corte di Giustizia sembra aver già raggiunto la consapevolezza di dover intendere il diritto d’autore come meritevole di una tutela non assoluta e incondizionata alla luce della necessità di temperare la tutela della proprietà intellettuale con le libertà fondamentali degli altri privati individui. In *Netlog*,¹⁹¹ la Corte ha infatti affermato che “sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale sia sancita dall’articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, non può desumersi né da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto.”¹⁹² Si badi che il caso *Netlog* presenta una dimensione squisitamente orizzontale: esso, infatti, riguarda una controversia in cui si contrappongono gli interessi del titolare del copyright e la libertà di impresa di un prestatore di servizi di hosting.

L’arresto della Corte in *Netlog* va letto alla luce di *Nold*, che, come già evidenziato, ha chiarito che, nell’ottemperare alla propria funzione sociale, il diritto di proprietà non deve essere mortificato nella propria sostanza. Passaggio essenziale per declinare in concreto i limiti interni del diritto d’autore quale diritto di proprietà sui generis è la definizione di quale sia il suo nucleo insacrificabile. A tal proposito, Caterina Sganga ha recentemente affermato che una guida viene offerta dalle direttive dell’Unione Europea, come interpretate dalla Corte di Giustizia.¹⁹³ Certamente, bisogna ammettere che le direttive sono costellate di una serie di elementi che, se riuniti, riescono a definire la funzione sociale del diritto d’autore.

Volgendo lo sguardo verso la legislazione, si evince che grande attenzione è riservata alla salvaguardia della posizione degli autori. All’insegna della teoria laburistica, il diritto

¹⁸⁸ C-44/79, *Hauer*, cit. para 24.

¹⁸⁹ *Hauer*, ibidem.

¹⁹⁰ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 220.

¹⁹¹ C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contro Netlog NV*, 16 febbraio 2012, ECLI:EU:C:2012:85.

¹⁹² C-360/10, *Netlog*, cit., para 41; si tratta di una giurisprudenza consolidata: si veda *ex multis* C-70/10, *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, 24 Novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:771.

¹⁹³ C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, cit., 695.

d'autore è concepito come garante di "un'appropriata remunerazione" degli autori.¹⁹⁴ Le suggestioni lockeane si contaminano con influenze hegeliane nel Considerando 11 della Direttiva Infosoc, laddove si sottolinea che il diritto d'autore è "uno dei principali strumenti in grado di garantire alla creazione e alla produzione culturale europea le risorse necessarie nonché di preservare l'autonomia e la dignità di creatori e interpreti o esecutori."¹⁹⁵ Trascendendo gli interessi dei singoli, il diritto d'autore è protetto anche nell'interesse generale, quale strumento di crescita economica¹⁹⁶ e promozione culturale.¹⁹⁷

La definizione del nucleo duro che legittima la protezione del diritto d'autore ha un impatto rilevante sulla concreta applicazione delle sue eccezioni. In effetti, la declinazione sociale del diritto d'autore porta ad emersione il fatto che il diritto d'autore stesso e le sue eccezioni condividono in larga parte le stesse rationes: se è il copyright stesso ad essere orientato verso la promozione culturale, allora ciò implica che le eccezioni dedicate all'accesso e alla disseminazione del sapere non possono essere suscettibili di interpretazione restrittiva, pena lo snaturamento dell'identità stessa del diritto d'autore. Nel caso, invece, in cui le eccezioni non perseguano un fine perfettamente congruente con quello del copyright stesso, una rilettura del diritto d'autore alla luce della sua funzione sociale aiuta a orientare il bilanciamento tra interessi contrastanti di cui il caso *Promusicae* offre un'eseemplificazione. Una volta riorientato verso le sue finalità sociali, il copyright non può essere più concepito aprioristicamente come meritevole di un alto livello di protezione ma si inserisce in una scala di valori che, di volta in volta, devono essere soppesati.¹⁹⁸

7. Il diritto d'autore è regola o eccezione?

Al di là delle potenzialità della rilettura proposta, rimane il sospetto che la concezione proprietaria del diritto d'autore non ne rispecchi la ragion d'essere e non ne valorizzi al massimo le finalità sociali. A tal proposito, è interessante fare riferimento all'analisi che Laurence Lessig¹⁹⁹ svolge in relazione alla genesi della Copyright Clause statunitense, con cui la Costituzione accorda al Congresso il potere di promuovere "the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries."²⁰⁰ Lessig osserva che, in generale, la Costituzione statunitense riconosce un'elevata protezione al diritto di proprietà.²⁰¹ A riprova di ciò si noti che, non diversamente da molti altri testi costituzionali, essa ammette la possibilità di espropriare la proprietà privata, ma prevede che ciò possa avvenire solo in presenza di un'equa compensazione.²⁰²

¹⁹⁴ Si veda il considerando 5 della Direttiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane.

¹⁹⁵ Considerando 11 Direttiva Infosoc.

¹⁹⁶ Si vedano, ad esempio, i consideranda 11-13 della Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati; i consideranda 2 e 4 della Direttiva Infosoc; il considerando 2 della Direttiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

¹⁹⁷ Si vedano i consideranda 12 e 14 della Direttiva Infosoc; il considerando 2 della Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

¹⁹⁸ SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 252.

¹⁹⁹ L. LESSIG, *Free Culture - How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, cit., 89.

²⁰⁰ Articolo 1, Sezione 8, Clausola 8 della Costituzione degli Stati Uniti D'America.

²⁰¹ L. LESSIG, *Free Culture - How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, cit., 89.

²⁰² Quinto Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America.

Se questo è lo standard di protezione riservato al diritto di proprietà, per Lessing non può passare inosservato che i Costituenti abbiano sottoposto il copyright a stringenti limitazioni in termini di durata e di scopo senza prevedere alcuna compensazione per i titolari del copyright stesso.²⁰³ Secondo Lessing, questo è un chiaro indicatore del fatto che il copyright è un diritto ontologicamente ed inerentemente limitato, che non può a priori aspirare ad una tutela estesa sul modello del diritto di proprietà su cose tangibili.²⁰⁴ In altri termini, per il copyright non sarebbe valido l'assioma, valevole per il diritto di proprietà, secondo cui esso sarebbe destinatario di una protezione elevata salvo eccezioni. Al contrario, è il copyright stesso a configurarsi come una posizione giuridica soggettiva riconosciuta in via eccezionale per lo specifico perseguimento di certe finalità. Questa visione ha il merito di rendere superfluo l'innesto di una funzione sociale nel copyright, il quale è di per sé ontologicamente orientato a soddisfare il bene comune.

Le impressioni di Lessing sono confermate dalla lettera della Copyright Clause. Da un lato, emerge che il diritto d'autore è creazione statutaria. In quanto monopolio artificialmente creato dal diritto, esso deve essere ab origine delimitato dalla legge in termini di poteri (i diritti esclusivi esercitabili dal titolare) e durata. Dall'altro, si evince che il diritto d'autore deve essere concesso in via strettamente strumentale al conseguimento di una serie di scopi, cioè il progresso e la disseminazione del sapere nel pubblico interesse.²⁰⁵ Se questi sono i presupposti ontologici e normativi del diritto d'autore, allora chiave di volta dell'intero sistema sono gli utenti ed è legittimo mettere in ombra gli interessi degli autori, che hanno una risonanza solamente indiretta e strumentale. Sono, infatti, gli utenti i precipui destinatari del progresso che attraverso il diritto d'autore lo Stato mira a incoraggiare. A ben vedere, il diritto d'autore è l'eccezione alla regola generale per cui le opere, una volta venute in essere, confluiscono automaticamente nel pubblico dominio.²⁰⁶ Da ciò discende che eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, private della loro presunta natura derogatoria, possono essere suscettibili di interpretazione estensiva e, finanche, analogica.

Occorre notare che la concezione monopolistica del copyright ha trovato concrete applicazioni. Infatti, essa informa in profondità il ragionamento della giurisprudenza statunitense. Ciò emerge chiaramente se si considera il caso *Betamax*.²⁰⁷ Tale decisione

²⁰³ L. LESSIG, *Free Culture - How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, cit., 89.

²⁰⁴ LESSIG, *op. cit.*, 89.

²⁰⁵ Come nota C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 26: "The exclusivity is justified only if it is beneficial to the entire society. This implies that legislators should curtail the level of protection every time it is necessary to avoid the author's monopoly frustrating social objectives by exercising an excessive control over the work that limits the dissemination of knowledge. Similarly, no copyright should be secured if social utility is better achieved through a stronger public domain, rather than by incentivizing more knowledge production with the grant of property rights." Il problema sta nel capire quali contributi al progresso vadano incentivati e, dunque, quali soggetti sia opportuno qualificare come autori. Tale dilemma sorge soprattutto alla luce del fatto che, anche grazie alla rivoluzione digitale, la creatività non è più prerogativa di pochi. Ci si deve chiedere, dunque, se sia opportuno imporre sacrifici alla società per l'incentivazione di qualsiasi contributo creativo. In senso negativo, si veda la posizione di M. Madison, il quale propone una rilettura del copyright non come promotore di creatività, ma esclusivamente come promotore di conoscenza: M. J. MADISON, *Beyond Creativity: Copyright as Knowledge Law*, 12 *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 817 (2010). Il quadro si complica se si considera che non sempre gli autori hanno bisogno di essere incentivati: J. BOYLE, *The Public domain: enclosing the commons of the mind*, cit., 3.

²⁰⁶ L. R. PATTERSON, S. F. BIRCH, JR., *A unified theory of copyright*, a cura di C. JOYCE, *HOUS. L. REV.* 215 (2009).

²⁰⁷ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984).

concerne la produzione e commercializzazione da parte di Sony di videoregistratori, utilizzati dai consumatori per registrare alcuni programmi protetti da copyright. Dettaglio importante è che lo strumento di Sony veniva utilizzato per realizzare registrazioni del tutto casalinghe, nel contesto della privata dimora, con lo scopo di poter procrastinare la visione di un certo programma. La Corte Suprema è stata chiamata a decidere se Sony potesse essere ritenuta responsabile per la condotta dei consumatori nella forma del “contributory infringement”.

Vagliando la responsabilità di Sony, la Corte ha dichiarato che il copyright è una creazione interamente statutaria. Ciò implica che le Corti sono tenute ad evitare di espandere il copyright oltre i confini per esso designati dal Congresso. Del resto, è lo stesso legislatore che, alla luce delle evoluzioni tecnologiche, ridefinisce di volta in volta gli spazi di tutela accordati agli interessi autoriali.²⁰⁸ In tale decisione spicca la logica regola-eccezione cui si accennava sopra: i diritti degli utenti rappresentano il regime generale che può essere derogato solo in presenza di un preciso intervento legislativo il quale, tra l'altro, non può essere esercitato a briglia sciolta ma, come ha specificato la Corte Suprema, deve contemperare la tutela degli interessi autoriali con altri diritti. In questo caso, il valore in gioco era la tutela della privacy.²⁰⁹ La Corte Suprema si è pronunciata asserendo che le registrazioni ad uso privato da parte dei consumatori costituissero una forma di fair use. Inoltre, la Corte ha negato la responsabilità di Sony, in quanto non si configurava contributory infringement nel caso di vendita di videoregistratori, che peraltro potevano essere impiegati in una varietà di modi che per nulla implicavano violazioni di copyright.

La visione monopolistica del copyright è stata particolarmente enfatizzata nei sistemi di common law, a partire dallo Statute of Anne. I sistemi di civil law, invece, sono tradizionalmente più refrattari a questo approccio. Tuttavia, a dire il vero, affermare che i sistemi continentali non possano affatto giovare delle potenzialità della concezione monopolistica del diritto d'autore sarebbe a dir poco azzardato. Di recente, sulla scia della tradizione giuridica di common law, è emersa la tendenza a qualificare il copyright come monopolio artificialmente creato dal diritto piuttosto che come diritto di proprietà.²¹⁰ Tale definizione ha il pregio di accentuare la natura del copyright quale strumento creato dal legislatore per finalità sociali. A ben vedere, però, non si tratta di un approccio dottrinale al diritto d'autore completamente nuovo. Anche in passato, la dottrina continentale si è spesa sul tema del diritto d'autore quale monopolio legale non certo con fini meramente denigratori.

Con riguardo al sostrato dottrinale, occorre menzionare il contributo dell'italiano Luigi Einaudi, voce autorevole nel panorama europeo nella prima metà del Novecento. Nello scritto “*Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*”,²¹¹ Einaudi attiva un ideale dialogo con l'economista liberale Francesco Ferrara, che nel secolo precedente aveva espresso una posizione marcatamente a sfavore

²⁰⁸ P. 464 U. S. 431.

²⁰⁹ Si vedano a tal proposito le riflessioni svolte dalla Corte Distrettuale in primo grado: *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429, Central District of California (1979).

²¹⁰ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 251: “the definition of copyright in proprietary terms has recently been contested in favour of its economic qualification as a monopoly, which is deemed to suit the utilitarian paradigm better, for it justifies authors' exclusive rights as a regulatory intervention to solve market failures and implement policies whose social benefits are higher than their social costs.” R. CASO e G. DORE, *Copyright as Monopoly: The Italian Fire Under the Ashes*, cit., 12; P. GOLDSTEIN e B. HUGENHOLTZ, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, cit. 19.

²¹¹ L. EINAUDI, *Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, cit.

dell'istituzione di sistemi di proprietà intellettuale, considerati come un monopolio economicamente dannoso e dai dubbi benefici.²¹² Secondo Einaudi, lo Stato è chiamato ad adottare un approccio interventista in materia di proprietà intellettuale, la quale, del resto, non esisterebbe affatto se non fosse artificialmente creata dal potere statale.²¹³ Se è vero che non si può prescindere dall'intervento statale, dubbi sorgono riguardo alla appropriatezza e alla fruttuosità dei sistemi di proprietà intellettuale. A detta di Einaudi, “si teme l'incoraggiamento inutile delle cattive lettere in materia di proprietà letteraria e il monopolio dei grossi potenti accaparratori e fabbricanti di invenzioni in materia di proprietà industriale”.²¹⁴

Ecco che lo Stato è chiamato a calibrare la propria azione al fine di evitare tale possibile deriva. Strumento rilevante in tal senso è il cosiddetto “regolamento giuridico”,²¹⁵ che consiste nella regolazione puntuale della durata e del contenuto dei diritti di proprietà intellettuale. Alcuni principi devono governare tale arduo intervento statale: ad esempio, occorre che la durata dei diritti di esclusiva sia ridotto al minimo necessario a salvaguardare gli interessi degli autori.²¹⁶ Una volta esauritosi tale periodo di tempo, il libero utilizzo delle opere deve essere garantito dietro pagamento di una somma di denaro. Queste considerazioni si rivelano particolarmente consonanti con lo spirito che domina la regolazione del copyright nei sistemi di common law. In sostanza, sembra che il pensiero di Einaudi declini quanto viene stringatamente affermato dalla Copyright Clause statunitense sopra menzionata, volta ad incoraggiare le “buone lettere”.²¹⁷

A onor del vero, barlumi di concezione monopolistica si intravedono anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. A completamento degli argomenti sopra esposti in relazione al principio di esaurimento, occorre notare che la posizione della Corte di Giustizia a tal riguardo non è così stentorea come sembra alla luce del caso *Tom Kabinet*. Occorre, infatti, completare il quadro facendo riferimento al caso *Usedsoft*²¹⁸ in materia di software. Brevemente, con riferimento ai fatti di causa, si noti che fulcro della questione è la commercializzazione, da parte di Usedsoft, di licenze usate relative a software della società Oracle, la quale aveva messo a disposizione dei propri licenziatari una copia del software scaricabile via Internet. In particolare, la Usedsoft aveva acquisito le licenze usate dai clienti della Oracle stessa. Nel caso in questione, la Corte è stata chiamata a decidere se il download via Internet di una copia di un software, autorizzato dal titolare del diritto d'autore, potesse configurare l'esaurimento del diritto di distribuzione della copia stessa ex

²¹² F. FERRARA, *Proprietà letteraria*, in *Lezioni di economia politica (Corso per l'a.a.1850-1851, lezione 15 a, 11 febbraio 1851)*, ora in R. BOCCIARELLI, P. CIOCCA (a cura di), *Scrittori italiani di economia*, Roma-Bari, 1994.

²¹³ L. EINAUDI, *Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, cit., para 39: “Non cade dubbio che il legislatore debba intervenire per regolare la materia della proprietà industriale. Non esiste in questo, come in ogni altro campo di attività economica, un contrasto fra una tendenza dottrinale liberistica ed una tendenza regolatrice. L'equivoco del contrasto nella interpretazione delle teorie e delle vicende passate non è particolare al problema che qui ci interessa; e la dimostrazione delle sue origini e della sua indole sarebbe curiosa ed illuminante. Qui basti esaminarlo rispetto al problema della proprietà industriale. Questa, sia premesso innanzi tutto, non esisterebbe, se lo stato non la dichiarasse.”

²¹⁴ EINAUDI, *op. cit.*, para 43.

²¹⁵ EINAUDI, *ibidem*.

²¹⁶ EINAUDI, *op. cit.*, para 44.

²¹⁷ Sul rilievo del contributo di Einaudi: M. LIBERTINI, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale. Relazione a convegno, febbraio 2014*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi* in RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010.

²¹⁸ C-128/11, *UsedSoft GmbH contro Oracle International Corp*, 3 luglio 2012, ECLI:EU:C:2012:407.

articolo 4 della direttiva 2009/24.²¹⁹ Nodo da sciogliere era la natura dell'operazione compiuta da Oracle. Per l'esattezza, occorre stabilire se essa fosse configurabile come "prima vendita della copia di un programma" ai sensi dell'articolo 4. La Corte ha concluso che si trattasse di una vendita dal momento che i clienti della Oracle, in virtù della conclusione del contratto di licenza²²⁰ e dello scaricamento di una copia del software, ricevevano dietro pagamento di un prezzo il diritto all'utilizzazione della copia per un tempo illimitato.²²¹

Il caso *Usedsoft* dimostra che l'operatività del principio dell'esaurimento non può essere scalfita dal fatto che la copia sia stata trasferita in forma intangibile. Infatti, con riferimento all'articolo 4, la Corte afferma che "non risulta che l'esaurimento del diritto di distribuzione delle copie di programmi per elaboratore, contemplato da tale disposizione, si limiti alle copie di programmi contenuti su un supporto informatico tangibile, quale un CD-ROM o un DVD. Al contrario, si deve ritenere che tale disposizione, riferendosi indistintamente alla «vendita della copia di un programma», non operi alcuna distinzione a seconda della forma tangibile o intangibile della copia medesima."²²² Da questo estratto, spicca la matrice monopolistica del ragionamento della Corte. In sostanza, viene riconosciuto che il diritto d'autore è una creazione statutaria. Dal momento che il principio dell'esaurimento non è altro che la riaffermazione del regime generale del pubblico dominio, è chiaro che, se il legislatore non specifica nulla, allora il principio dell'esaurimento deve essere interpretato nella maniera più ampia possibile. Se il legislatore volesse, infatti, limitare l'operatività del principio di esaurimento al trasferimento di copie in forma tangibile, sarebbe suo onere specificarlo.

Inoltre, il caso *Usedsoft* riconosce la natura strettamente strumentale del diritto d'autore, che non deve essere protetto oltre quanto necessario al conseguimento dello scopo per il quale è stato artificialmente creato dal diritto. Ciò si evince dalla seguente riflessione della Corte: "limitare, in fattispecie come quella oggetto della controversia principale, l'applicazione del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione, previsto dall'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24, alle sole copie di programmi per elaboratore vendute su un supporto informatico tangibile consentirebbe al titolare del diritto d'autore di controllare la rivendita delle copie scaricate via Internet e di pretendere, in occasione di ogni rivendita, una nuova remunerazione, laddove la prima vendita della copia de qua avrebbe già consentito al titolare stesso di ottenere una remunerazione adeguata. Una siffatta restrizione alla rivendita delle copie di programmi per elaboratore scaricati via Internet andrebbe al di là di quanto è necessario per tutelare l'oggetto specifico della proprietà intellettuale di cui trattasi."²²³

Alla luce degli argomenti sopra esposti in tema di potenzialità della concezione monopolistica con riguardo alla tutela degli utenti, bisogna senz'altro augurarsi che la concezione del diritto d'autore propugnata in *Usedsoft* possa ispirare future decisioni. Di

²¹⁹ Si tratta della Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati. Nel caso in questione, rileva in particolare il comma 2 dell'articolo 4: "La prima vendita della copia di un programma nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso."

²²⁰ Il meccanismo della licenza è spesso usato per aggirare il principio dell'esaurimento: G. PASCUZZI, R. CASO, *Il diritto d'autore dell'era digitale*, cit., 210.

²²¹ C-128/11, *Usedsoft*, cit., para 45.

²²² C-128/11, *Usedsoft*, cit., para 55.

²²³ C-128/11, *Usedsoft*, cit., para 63.

seguito, verranno proposte alcune strategie che possano fungere da varchi d'accesso di tale visione del diritto d'autore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, dapprima verranno analizzate le potenzialità dell'applicazione del principio di proporzionalità. Successivamente, ci si volgerà verso l'interpretazione estensiva delle eccezioni.

7.1. Verso la concezione monopolistica nel panorama UE: il principio di proporzionalità

Chiave di volta del sistema potrebbe consistere nella valorizzazione del principio di proporzionalità, canone interpretativo congeniale alla Corte di Giustizia, quale mezzo per l'ingresso mediato della concezione monopolistica del diritto d'autore nella giurisprudenza dell'Unione Europea.²²⁴ In *Promusicae*, la stessa Corte di Giustizia ha affermato che il processo di bilanciamento giudiziale tra il diritto d'autore e le altre libertà fondamentali deve contemplare un vaglio di proporzionalità in ossequio ai principi generali dell'Unione.²²⁵ L'allusione al principio di proporzionalità, sancito dall'articolo 52 della Carta di Nizza, non deve passare inosservata.

A tal proposito, occorre aprire una breve parentesi con lo scopo di trattare quale valore assuma il principio di proporzionalità in tema di bilanciamento giudiziale dei diritti. In particolare, occorre notare che la tecnica del bilanciamento ha suscitato perplessità con riguardo all'eccessiva discrezionalità che sarebbe lasciata ai giudici in fase di ponderazione dei vari diritti in gioco. Robert Alexy²²⁶ ha ridimensionato tale problema individuando un preciso iter argomentativo capace di rendere le valutazioni dei giudici più misurabili. Per la precisione, secondo Alexy, la limitazione di un diritto fondamentale può essere tollerata soltanto qualora essa sia appropriata, necessaria e proporzionata in senso stretto. In particolare, l'indagine sull'appropriatezza analizza se una certa limitazione di un diritto fondamentale sia idonea al perseguimento di un legittimo scopo. L'analisi del requisito della necessità è volta ad accertare che non vi sia la possibilità di ricorrere ad alternative meno lesive del diritto fondamentale in gioco. Il vaglio sulla proporzionalità in senso stretto si concretizza in un processo di bilanciamento vero e proprio: si analizza se il sacrificio imposto dalla limitazione del diritto fondamentale sia controbilanciata da un beneficio di entità almeno pari al suddetto sacrificio.²²⁷

In vari punti della presente trattazione è stato evidenziato come la teoria utilitaristica si basi sulla tolleranza dei sacrifici intrinseci nell'instaurazione della proprietà intellettuale quale monopolio legale. Tale tolleranza si spiega alla luce della strumentalità dei sistemi di proprietà intellettuale che sono volti al conseguimento di benefici tali almeno da compensare i sacrifici imposti. Da tale breve richiamo del fondamento teorico della concezione monopolistica del diritto d'autore emerge chiaramente che essa non può prescindere dal principio di proporzionalità. In sostanza, si richiede che i sistemi di

²²⁴ Con riguardo all'uso del principio di proporzionalità non solo come principio generale del diritto UE, ma anche come mezzo di legittimazione decisoria formale e sostanziale da parte della Corte di Giustizia, si veda: T. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle*, 16/no 2 *EU Law, European Law Journal* 158 (2010).

²²⁵ C-275/06, *Promusicae*, cit., para 70.

²²⁶ Con riguardo all'operatività della teoria di Alexy si veda *ex multis*: GIOVANELLA, *Copyright and Information Privacy. Conflicting Rights in Balance*, cit., capitolo I.

²²⁷ Riguardo ai limiti della teoria di Alexy, si legga: PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali Una mappa dei problemi*, cit., 52 ss.

Si noti che vi sono delle alternative al principio di proporzionalità nei vari ordinamenti giuridici. Per esempio, la Corte Costituzionale Italiana ricorre al contiguo principio di ragionevolezza: R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2002.

proprietà intellettuale non impongano sacrifici oltre quanto strettamente necessario al conseguimento dell'interesse generale. Ecco che il principio di proporzionalità può rappresentare un varco tramite cui l'approccio monopolistico al diritto d'autore possa fare breccia, in maniera più definitiva e meno contraddittoria, nella giurisprudenza di matrice europea. Appare proficuo per le Corti adottare un iter argomentativo che si avvicini a quello proposto da Alexy: dapprima dovrebbero chiedersi se il diritto d'autore imponga limitazioni ai diritti degli utenti in maniera effettivamente funzionale al perseguimento di un interesse legittimo; di seguito, sarebbero tenute a vagliare se vi sia alternativa meno gravosa per gli utenti stessi; da ultimo, sarebbero chiamate ad accertare che i sacrifici imposti agli utenti siano effettivamente compensati dai benefici perseguiti dal diritto d'autore nell'interesse generale.

A dire il vero, fa ben sperare riguardo al ruolo vitale che il principio di proporzionalità può svolgere con riguardo al bilanciamento tra diritto d'autore e diritti degli utenti il caso *UPC Telekabel*,²²⁸ frutto dell'azione di due società di produzione cinematografica le quali hanno richiesto un'ingiunzione, ai sensi dell'articolo 8(3) della Direttiva Infosoc, affinché la UPC Telekabel, un fornitore di accesso ad Internet, bloccasse l'accesso dei suoi abbonati ad un sito Internet su cui era possibile scaricare o guardare in streaming film prodotti dalle società attrici senza la loro autorizzazione. La Corte, investita della questione tramite rinvio pregiudiziale, è stata chiamata a decidere se i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione ostassero alla pronuncia di un'ingiunzione che, come nel caso di specie, non specificasse quali misure il fornitore d'accesso dovesse adottare, essendo possibile per quest'ultimo evitare le sanzioni con la sola dimostrazione di aver adottato tutte le misure ragionevoli.

La Corte, richiamando *Promusicae*, ha riconosciuto la necessità di procedere al bilanciamento dei vari diritti fondamentali in gioco. Nel caso di specie, la Corte si è confrontata con una situazione trilatera: da un lato, la proprietà intellettuale ex articolo 17 della Carta di Nizza; dall'altro, la libertà di impresa, di cui godono i fornitori di accesso ad Internet, ex articolo 16 della Carta; infine, la libertà di informazione garantita agli utenti di Internet ex articolo 11 della Carta medesima. Con riguardo alla libertà di impresa, la Corte ha asserito che l'ingiunzione in questione non pregiudicasse “la sostanza stessa” di tale diritto.²²⁹ Più problematica, invece, era l'interazione tra gli altri diritti in gioco. Infatti, la UPC Telekabel era stata gravata di un arduo compito: in ossequio all'ingiunzione, essa era stata chiamata a proteggere il diritto d'autore senza eccessivamente inibire la libertà di informazione degli utenti.²³⁰ Nel vagliare la sussistenza di un giusto bilanciamento in ottemperanza al principio di proporzionalità, la Corte ha ammesso che al diritto d'autore non spettasse una tutela in senso assoluto.²³¹ Anzi, la Corte ha ritenuto tollerabile che le misure adottate da UPC Telekabel non conseguissero la cessazione completa delle violazioni del diritto d'autore. Ciò che rilevava era che le misure adottate non privassero inutilmente gli utenti dell'accesso alle informazioni disponibili.²³²

²²⁸ C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contro Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, 27 marzo 2014, ECLI:EU:C:2014:192.

²²⁹ C-314/12, *UPC Telekabel*, cit., para 51.

²³⁰ Si tratta dell'aspetto più controverso di questo caso. In sostanza, la Corte di Giustizia affida ad un soggetto privato la determinazione in concreto di quali sacrifici imporre al diritto d'autore, accontentandosi della posizione di revisore ex post. Su questo punto si veda: C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 145.

²³¹ C-314/12, *UPC Telekabel*, cit., para 61.

²³² C-314/12, *UPC Telekabel*, cit., para 63.

Il caso *UPC Telekabel* rappresenta una delle frontiere più estreme della *Drittwirkung*. La dottrina,²³³ infatti, non ha mancato di rilevare come in questo caso la Corte di Giustizia non sia essa stessa artefice del bilanciamento degli interessi in gioco. Infatti, la Corte si presenta come revisore ex post di un assetto di interessi impostato e attuato da un soggetto privato. A dire il vero, questo sembra un approdo inevitabile che non si può fare a meno di accettare. Giorgio Resta ha notato che, tra i cambiamenti con cui la *Drittwirkung* deve convivere, vi è l'evoluzione tecnologica che ha avuto l'effetto di capovolgere il rapporto tra il potere pubblico e il potere privato. In effetti, "il governo delle relazioni digitali in rete è prevalentemente esercitato da soggetti privati, anche per il tramite di strumenti tecnologici".²³⁴

7.2. Dalla garanzia dell'effetto utile all'interpretazione estensiva

Si è visto che uno dei corollari della concezione monopolistica propugna l'interpretazione estensiva delle eccezioni al diritto d'autore. Da questo punto di vista, la Corte di Giustizia ha adottato un approccio altalenante. In *Football Association Premier League*,²³⁵ la Corte ha dichiarato la necessità di procedere all'interpretazione restrittiva dell'articolo 5(1) della Direttiva Infosoc, dal momento che esso "costituisce una deroga alla regola generale sancita dalla medesima che impone che sia il titolare dei diritti d'autore ad autorizzare qualsiasi riproduzione delle sue opere protette".²³⁶ Da questa affermazione, sembrerebbe frontale la collisione con la concezione che inquadra il copyright come un monopolio ex lege circoscritto. Tuttavia, occorre notare che, nel caso in questione, la Corte ha optato per una soluzione che ha comunque un proprio pregio applicativo con riguardo alla tutela degli utenti. Essa, infatti, ha riconosciuto che l'operazione interpretativa "deve consentire di salvaguardare l'effetto utile dell'eccezione [...] e di rispettarne la finalità".²³⁷ Si noti che, per Emanuela Navarretta, il principio di effettività è "il motore per il completamento della *Drittwirkung*".²³⁸ Infatti, diritti e principi non sono autosufficienti. Ciò implica che la loro affermazione di per sé non ne garantisce in concreto la tutela. Il principio di effettività offre all'interprete l'impulso a perseguire l'obiettivo della loro attuazione.²³⁹

La Corte ha successivamente costruito sulle fondamenta gettate in *Football Association*. A tal proposito si consideri il caso *Deckmyn*,²⁴⁰ in cui la Corte ha definito in che modo si debba intendere l'eccezione per parodia, di cui all'articolo 5(3)(k) della Direttiva Infosoc. La Corte, dopo aver ribadito la necessità di garantire l'effetto utile delle eccezioni, ha declinato lo standard interpretativo ad esse applicabili. Essa ha svolto un ragionamento di duplice natura. Con riguardo all'interpretazione letterale, essa ha invitato a non ridurre l'ambito di applicazione delle eccezioni tramite l'individuazione di stringenti condizioni applicative che non possano essere evinte dal tenore letterale della norma e dal significato abituale che ai

²³³ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 145.

²³⁴ G. RESTA, *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale: un inventario di problemi*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto* (Atti del convegno di Pisa, 24-25 Febbraio 2017, Torino, 2017, 170.

²³⁵ Cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League Ltd e altri contro QC Leisure e altri e Karen Murphy contro Media Protection Services Ltd*, 4 ottobre 2011, ECLI:EU:C:2011:631.

²³⁶ Cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League*, cit., para 162.

²³⁷ Cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League*, cit., para 163.

²³⁸ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto Privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 23.

²³⁹ NAVARRETTA, *ibidem*.

²⁴⁰ C-201/13, *Joban Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, 3 settembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2132.

termini in essa contenuti viene attribuito nel linguaggio corrente.²⁴¹ Così facendo, la Corte ha smentito la posizione del titolare del diritto d'autore che aveva argomentato che l'eccezione per parodia richiedesse, inter alia, che la parodia dovesse mostrare delle spiccate differenze rispetto all'opera parodiata. In un secondo momento, la Corte, volgendosi verso un'interpretazione teleologica, ha ricordato che precipuo obiettivo della legislazione europea in materia di diritto d'autore (nella fattispecie, la Direttiva Infosoc) è l'armonizzazione,²⁴² volta a favorire l'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e il rispetto dei principi fondamentali. Ciò implica che l'applicazione dell'eccezione per parodia è chiamata a perseguire un giusto equilibrio tra gli interessi del titolare del diritto d'autore e la libertà di espressione degli utenti.

Il caso *Deckmyn* ha suscitato numerose reazioni positive in dottrina la quale, tra l'altro, si è espressa per tramite della European Copyright Society. Quest'ultima, in una sua opinione,²⁴³ ha analizzato la risonanza di tale pronuncia, lasciandosi sfuggire delle notazioni provocatorie nei confronti del legislatore europeo. Essa, infatti, dichiarando l'assenza di un'effettiva armonizzazione nell'ambito del diritto d'autore dell'Unione Europea, ha apprezzato la presa di posizione della Corte, la quale ha tentato di colmare le lacune legislative.²⁴⁴

Le ragioni della severità della European Copyright Society sono chiare. Il legislatore europeo del 2001, infatti, ha optato per un regime di eccezioni al diritto d'autore in larga parte opzionale per gli Stati Membri. Con *Deckmyn*, la Corte di Giustizia ha cercato di porre rimedio a tale scelta poco funzionale all'adeguata valorizzazione della funzione delle eccezioni stesse, poste a presidio di diritti fondamentali e strumentali al corretto bilanciamento tra la posizione degli autori e gli interessi degli utenti.²⁴⁵ Autorevole dottrina sostiene che la Corte abbia reso obbligatorie le eccezioni prima facoltative. Infatti, a seguito del dictum in *Deckmyn*, gli Stati sarebbero tenuti a prevedere le eccezioni riconosciute dal

²⁴¹ Oggetto di interpretazione in questo caso è l'articolo 5 co.3 lettera f della Direttiva Infosoc, con specifico riguardo al significato del termine parodia. Si veda a tal proposito *Deckmyn*, cit., 21: "Né dal significato abituale del termine «parodia» nel linguaggio corrente, né d'altronde – come giustamente evidenziato dal governo belga e dalla Commissione europea – dal tenore letterale dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29 risulta che tale nozione sia soggetta alle condizioni, richiamate dal giudice del rinvio nella sua seconda questione, in virtù delle quali la parodia dovrebbe mostrare un proprio carattere originale, diverso dalla presenza di percettibili differenze rispetto all'opera originale parodiata, dovrebbe poter essere ragionevolmente attribuita ad una persona diversa dall'autore stesso dell'opera originale, dovrebbe essere incentrata proprio sull'opera originale o dovrebbe indicare la fonte dell'opera parodiata."

²⁴² Si veda il Considerando 3 della Direttiva Infosoc: "L'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale."

²⁴³ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*, 2015.

²⁴⁴ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *op. cit.*, para 1 – 8.

²⁴⁵ Gli interessi autoriali sono particolarmente compositi. Ha rilevanza anche l'interesse morale dell'autore a non vedere la propria opera associata ad una parodia che sembrerebbe avere delle finalità discriminatorie. A tal proposito, *Deckmyn*, cit., para 30 - 31: "Ove fosse effettivamente così – e spetta al giudice del rinvio valutare tale aspetto –, occorre ricordare l'importanza del principio di non discriminazione a motivo della razza, del colore e dell'origine etnica, così come concretizzato dalla direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (GU L 180, pag. 22), e confermato, in particolare, all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Orbene, date tali circostanze, i titolari di diritti previsti agli articoli 2 e 3 della direttiva 2001/29, quali Vandersteen e a., hanno, in linea di principio, un legittimo interesse a che l'opera protetta non sia associata ad un siffatto messaggio."

Diritto dell'Unione Europea, a meno che non riescano a provare che un giusto bilanciamento tra diritto d'autore e diritti fondamentali sia comunque assicurato.²⁴⁶

Tuttavia, se è vero che il caso *Deckmyn* ha il merito di bandire interpretazioni oltremodo restrittive delle eccezioni, non sembra che esso abbia avuto l'effetto di dare cittadinanza all'interpretazione estensiva delle eccezioni stesse, né tanto meno alla loro interpretazione analogica. La prosecuzione del ragionamento in *Deckmyn* si rinviene in altri casi successivi, tra cui spicca *Spiegel Online*.²⁴⁷ In questo caso, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità per l'interprete di discostarsi da un approccio restrittivo nei confronti delle eccezioni al diritto d'autore, al fine di favorire un'interpretazione che risponda pienamente alla necessità di rispettare i diritti fondamentali. La Corte, aderendo alla dottrina della *Drittwirkung* mediata, ha asserito la necessità di un'interpretazione conforme ai diritti fondamentali sia della disciplina del diritto d'autore, sia delle eccezioni ad esso.²⁴⁸

Tuttavia, occorre notare che l'armonizzazione delle eccezioni al diritto d'autore, propugnata in *Deckmyn*, è un'arma a doppio taglio per gli utenti. Infatti, se è vero che esigenze di armonizzazione spingono la Corte a rafforzare le eccezioni esigendo che di esse venga data un'interpretazione e un'applicazione conforme al diritto dell'Unione in tutti gli Stati Membri, occorre notare che altro corollario dell'esigenza di armonizzazione è che le libere iniziative degli Stati Membri possono essere malviste dalla Corte, anche quelle che tendono ad accrescere gli standard di protezione degli utenti. Ciò è stato chiarito nei recenti casi *Spiegel Online*²⁴⁹ e *Funke Medien*,²⁵⁰ in cui la Corte si è trovata a decidere, inter alia, se uno Stato Membro potesse prevedere nella propria legislazione nazionale eccezioni o limitazioni diverse da quelle previste dal diritto dell'Unione Europea, con specifico riguardo a quelle elencate all'articolo 5 della Direttiva Infosoc. La Corte ha ritenuto che l'elenco di cui all'articolo 5 ha carattere tassativo, onde evitare di frustare uno dei precipi fini della Direttiva, vale a dire l'armonizzazione del diritto d'autore nell'ottica di favorire l'unità del mercato interno.²⁵¹

²⁴⁶ C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, cit., 688: "By linking parody to freedom of expression, the Court had implicitly transformed it into a mandatory exception (essence check, absorbing legitimate aim and appropriateness of the measure), which Member States should implement unless they can prove that they could strike through other means the same fair balance between copyright and Article 11 CFREU in similar circumstances".

²⁴⁷ C-516/17, *Spiegel Online GmbH contro Volker Beck*, 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:625.

²⁴⁸ C-516/17, *Spiegel Online*, cit., para 59.

²⁴⁹ C-516/17, *Spiegel Online*, cit., para 40 – 49.

²⁵⁰ C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH contro Repubblica federale di Germania*, 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:623, para 55 – 64.

²⁵¹ A sostegno del suo ragionamento, la Corte richiama il considerando 31 (eg: *Funke Medien*, cit., para 62: "Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno." Questa posizione è ribadita in *Pelham* (C-476/17, *Pelham GmbH e a. contro Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben*, 29 luglio 2019, ECLI:EU:C:2019:624). È interessante notare che la domanda rivolta alla Corte dal giudice del rinvio in questo caso è alquanto particolare. In sostanza, si chiede se il diritto esclusivo riconosciuto al titolare del produttore di un fonogramma sia intrinsecamente soggetto a una restrizione che permette all'autore di un'opera distinta, creata con l'utilizzo di un'opera protetta, di utilizzare l'opera derivata senza l'autorizzazione

8. I conflitti diretti e la Drittwirkung immediata

Le discrepanze argomentative che emergono dall'analisi comparata dei casi danno l'impressione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia non abbia ancora elaborato una stabile assiologia in tema di diritto d'autore. In effetti, si noti che, nelle sue conclusioni con riguardo al caso *Funke Medien*, l'Avvocato Generale Szpunar si è lasciato sfuggire delle osservazioni che mettono in discussione la rigidità del sistema che, a fasi alterne, la Corte di Giustizia ha propugnato. In particolare, egli ha affermato che le eccezioni al diritto d'autore, quali limiti interni, "permettono di conciliare, in maniera complessivamente soddisfacente, i diritti e le libertà fondamentali con i diritti esclusivi degli autori".²⁵² Tuttavia, bisogna tenere conto del fatto che il diritto d'autore conosce altri limiti. In particolare, i diritti fondamentali possono agire da limiti esterni dal momento che vi sono "situazioni eccezionali nelle quali il diritto d'autore, che, in altre circostanze, potrebbe beneficiare del tutto legittimamente della tutela legale e giurisdizionale, deve attenuarsi dinanzi a un interesse superiore connesso alla realizzazione di un diritto o di una libertà fondamentale."²⁵³

Non a caso, la dottrina ha definito due diverse tipologie di conflitti tra diritti.²⁵⁴ In particolare, si è in presenza di un conflitto indiretto nel caso in cui il legislatore, captando ipotesi di possibile contrasto, ha composto il conflitto tramite delle soluzioni legislative. In questo caso, le Corti sono chiamate a svolgere un meta-bilanciamento, dal momento che esse sono chiamate ad una ponderazione di secondo ordine, sotto l'egida del legislatore. Questo è proprio ciò che accade in materia di diritto d'autore, laddove il legislatore predisponga delle apposite eccezioni. Occorre evidenziare che, secondo la dottrina, le Corti possono procedere al bilanciamento anche in totale autonomia nei casi di contrasto diretto, id est non disciplinato dal legislatore.²⁵⁵ Si intuisce sin da ora che è proprio questo il caso in cui la tecnica del bilanciamento estrinseca le sue potenzialità in maniera più incisiva, configurandosi come una forma di Drittwirkung immediata.

Tale considerazione rende necessaria l'aggiunta di un ulteriore tassello al quadro sinora delineato dalla presente trattazione. Fino a questo momento, principale oggetto della discussione sono stati i diritti degli utenti sottesi alle limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore. Tuttavia, nell'ambito del diritto d'autore, si configurano numerosi contrasti diretti, nei confronti dei quali l'intervento delle Corti sarebbe senz'altro auspicabile con l'obiettivo di garantire una tutela completa ed effettiva dei diritti fondamentali di cui gli utenti sono portatori, a prescindere dalla previsione di una specifica eccezione da parte del legislatore. Ciò sembrerebbe legittimare non solo la lettura estensiva delle eccezioni ma anche l'introduzione in via pretoria delle stesse.

del titolare del diritto sull'opera primaria. È chiaro che si allude alla natura cumulativa che caratterizza quasi ogni creazione artistica. Purtroppo la Corte ha perso l'occasione di ragionare su tale tema, semplificando la questione e assimilandola a quanto discusso in *Funke Medien e Spiegel Online*. Infatti, essa afferma in *Pelham*, cit., para 57: "si deve ritenere che, con la sua terza questione, il giudice del rinvio chieda, in sostanza, se uno Stato membro possa prevedere, nel proprio diritto nazionale, un'eccezione o una limitazione al diritto del produttore di fonogrammi riconosciuto dall'articolo 2, lettera c), della direttiva 2001/29, diversa da quelle previste dall'articolo 5 di tale direttiva."

²⁵² C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland*, Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, presentate il 25 ottobre 2018, para 40.

²⁵³ C-469/17, *Funke Medien*, Conclusioni dell'Avvocato Generale, cit., ibidem

²⁵⁴ F. GIOVANELLA, *Copyright and Information Privacy. Conflicting Rights in Balance*, cit., capitolo I.

²⁵⁵ Vi sarebbe infatti un "Schutzauftrag der Verfassung", vale a dire un mandato a proteggere i diritti costituzionalmente garantiti che vede come mandatari i giudici stessi. Per una disamina più approfondita, si veda: H. CREMER, *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison between English and German Law*, cit., 184.

A ben vedere, in contraddizione con quanto affermato in *Spiegel Online e Funke Medien*, la Corte di Giustizia non è totalmente estranea a una tale operazione. Lo testimonia il caso *Ulmer*,²⁵⁶ concernente la condotta di una biblioteca la quale, dopo aver digitalizzato alcune opere, le metteva a disposizione degli utenti presso postazioni di lettura elettronica. La Corte di Giustizia è stata chiamata a decidere se, ai sensi dell'articolo 5(3)(n) della Direttiva Infosoc, le istituzioni culturali avessero il diritto di digitalizzare le opere contenute nelle loro collezioni in maniera strumentale alla messa a disposizione delle medesime opere sui loro terminali, stante il fatto che, a rigore, l'articolo in questione limita l'utilizzo delle opere alla loro "comunicazione e messa a disposizione", senza coprire, dunque, gli atti di riproduzione. La Corte ha ritenuto che il diritto di comunicazione delle opere riconosciuto alle istituzioni culturali sarebbe frustrato se a tali istituzioni non venisse riconosciuto il diritto accessorio di digitalizzare le opere. Ciò è possibile in virtù del combinato disposto con l'articolo 5(2)(c) che riconosce alle istituzioni culturali il diritto di effettuare "atti di riproduzione specifici". In virtù di tale ragionamento, la Corte ha riconosciuto alle istituzioni culturali un diritto accessorio²⁵⁷ di digitalizzazione che rende effettiva la tutela del diritto garantito dall'articolo 5(3)(n).²⁵⁸

9. Notazioni conclusive

Finora, la presente trattazione ha cercato di valorizzare il ruolo di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore quali presidi dei diritti fondamentali degli utenti. Alla luce della teoria culturale e delle riflessioni kantiane, si è tentato di destituire di fondamento la vis espansiva che il contemporaneo diritto d'autore tende a manifestare. È stato evidenziato come lo status di diritto fondamentale del diritto d'autore non legittima che ad esso venga accordato aprioristicamente una protezione elevata. Infatti, il diritto d'autore va letto in congiunzione con le posizioni giuridiche a fondamento costituzionalizzato vantate dagli utenti.

Si è suggerito che le interazioni tra diritto d'autore e diritti degli utenti debbano avvenire sotto l'egida della dottrina della *Drittwirkung*, la quale teorizza l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali. Espressione di tale dottrina è il bilanciamento giudiziale dei diritti, che la Corte di Giustizia ha virtuosamente adottato in materia di diritto d'autore nel caso *Promusicae*. Tuttavia, la dottrina della *Drittwirkung* non è autosufficiente. Essa necessita, infatti, che i nuclei insacrificabili dei diritti in gioco vengano individuati. Questa operazione è prodromica all'applicazione orizzontale di diritti fondamentali contrapposti. Si è, dunque, cercato di comprendere quale sia il nucleo duro del diritto d'autore.

Dapprima, il diritto d'autore è stato osservato dalla prospettiva proprietaria. Si è rilevato come, di primo acchito, sembri che l'accostamento del diritto d'autore al diritto di proprietà abbia avuto l'effetto di legittimarne la vis espansiva. Ciò anche grazie a una scelta infelice del legislatore europeo che, nella Carta di Nizza, ha sancito la protezione della

²⁵⁶ C-117/13, *Technische Universität Darmstadt contro Eugen Ulmer KG*, 11 settembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2196.

²⁵⁷ C-117/13, *Ulmer*, cit., para 43: "Tale diritto di comunicazione di opere riconosciuto alle istituzioni quali le biblioteche accessibili al pubblico, di cui all'articolo 5, paragrafo 3, lettera n), della direttiva 2001/29, nei limiti delle condizioni previste da tale disposizione, rischierebbe di essere svuotato di gran parte del suo contenuto, ossia del suo effetto utile, se tali istituzioni non disponessero del diritto accessorio di digitalizzazione delle opere di cui trattasi."

²⁵⁸ C. SGANGA, *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, cit., 140: "The reasoning was once again functional: without such an ancillary right, the exception would be rendered meaningless and incapable of performing its role. This was enough for the Court to proceed to the judicial creation of an additional limitation, beyond the boundaries of the exhaustive list of Article 5 InfoSoc, with a remarkable departure from the principles inspiring the CJEU's case law in the field."

proprietà intellettuale senza dettarne i limiti e le condizioni. Attenta dottrina ha riscontrato, però, che, a ben vedere, l'adozione di una concezione proprietaria del diritto d'autore può giovare in un'ottica di sistema. Infatti, il diritto di proprietà tradizionalmente inteso è unanimemente concepito come limitato dalla sua funzione sociale. Sembra che il diritto d'autore possa mutare tale vocazione sociale con conseguente rinvigorismento delle sue eccezioni e limitazioni.

Successivamente, il diritto d'autore è stato valorizzato come creazione statutaria derivante dall'istituzione di un monopolio ex lege. Tale concezione è erede della visione utilitaristica del diritto d'autore che informa la proprietà intellettuale nei sistemi giuridici di common law. È stato dimostrato che precipuo vantaggio dell'inquadramento del diritto d'autore quale monopolio legale sta nel fatto che, in questo modo, il diritto d'autore è inteso come eccezione alla regola generale per cui le opere entrano automaticamente a far parte del pubblico dominio. Questa visione è più vantaggiosa rispetto alla concezione proprietaria in quanto rende inutile innestare una funzione sociale nel diritto d'autore, il quale nasce già preordinato al perseguimento del pubblico interesse. Ciò comporta che lo scopo di protezione del diritto d'autore deve sempre essere letto alla luce del principio di proporzionalità. Inoltre, implica che le eccezioni al diritto d'autore si affranchino della loro presunta natura derogatoria.

Infine, si è visto come l'approccio della Corte di Giustizia sia stato virtuoso a fasi alterne. Da un lato, la Corte dimostra di maneggiare con sufficiente sicurezza il principio di proporzionalità quale strumento di accesso mediato della concezione monopolistica del diritto d'autore nel panorama europeo. Dall'altro, essa concepisce le eccezioni come un *numerus clausus* e guarda con diffidenza alla loro interpretazione estensiva. Tuttavia, occorre notare che, a volte, tale rigore risulta più formale che reale visto che, con il pretesto di garantire l'effetto utile delle eccezioni, in un'occasione la Corte ha addirittura introdotto un'eccezione in via pretoria. Questo approccio discontinuo e contraddittorio lascia l'impressione che la Corte non abbia ancora elaborato una stabile assiologia in tema di diritto d'autore.

CAPITOLO II

FAIR USE E FAIR DEALING: IL PARADIGMA EUROPEO IN DISCUSSIONE

1. L'approccio dell'Unione Europea in discussione

Le remore della Corte di Giustizia nel promuovere l'interpretazione estensiva delle eccezioni e la loro introduzione in via pretoria possono essere identificate come il precipuo effetto collaterale dell'adesione, da parte del legislatore europeo, al modello delle eccezioni "chiuse". Quest'ultime si caratterizzano per il fatto di definire precisamente rispetto a quale diritto esclusivo si riferiscano e con riguardo a quale utilizzo dell'opera protetta si applichino. È chiaro che se, come tende a sostenere la Corte di Giustizia, la lista di eccezioni chiuse legislativamente previste è considerata esaustiva, allora il sistema accetta che gli interessi degli utenti a fondamento costituzionalizzato vengano compromessi laddove non esista una specifica eccezione posta a presidio degli stessi. Non consola pienamente il fatto che, come è accaduto in *Ulmer*, la Corte possa introdurre delle eccezioni accessorie. Infatti, si tratta di interventi sporadici che mancano di stabilità e sistematicità.

Se si colloca l'Unione Europea nel quadro internazionale, emerge che essa si conforma ad un approccio che è tipico degli ordinamenti dell'Europa continentale.²⁵⁹ Invece, nei sistemi giuridici appartenenti alla tradizione di common law, si ravvisa la tendenza a prevedere, al fianco delle eccezioni chiuse, anche delle eccezioni cosiddette "aperte".²⁶⁰ Massima manifestazione di questo tipo di approccio è la clausola statunitense del fair use, la quale non delinea spazi circoscritti di libera utilizzazione per finalità precise. Il fair use, infatti, può estendersi potenzialmente a qualsiasi tipo di uso non autorizzato di un'opera e può limitare qualsiasi diritto di privativa vantato dal titolare del copyright, purché vengano rispettati dei criteri, stabiliti dalla legge e dalle Corti, che fungono da argini all'estensione di tale eccezione.²⁶¹ Le origini stesse del fair use lasciano intuire la sua natura inerentemente flessibile. Tale dottrina, infatti, è nata come un'elaborazione puramente giurisprudenziale che si è sviluppata a partire dalla metà del diciannovesimo secolo²⁶² e che è stata codificata solo un centinaio di anni più tardi nella sezione 107 del titolo 17 dello US Code, come riformato dal Copyright Act del 1976.²⁶³ A onor del vero, la codificazione ha

²⁵⁹ *Ex multis*: J. BRUGUIERE, *Adoption of British fair dealing by the French system of Exceptions: in praise of the technique of standards and the philosophy*, 50/no. 3 *International review of intellectual property and competition law*, 278 (2019).

²⁶⁰ A proposito dei differenti approcci alle eccezioni nei Paesi di civil law e in quelli di common law, si veda: M. SENFILEBEN, *Bridging the Differences Between Copyright's Legal Traditions - The Emerging EC Fair Use Doctrine*, 57/ no 3 *Journal of the Copyright Society of the USA*, 521, 522ss (2010).

²⁶¹ M. GEIST, *Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use*, in GEIST (a cura di), *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, 2013, 157: "fair use models, which have been implemented in countries such as the United States, Israel and the Philippines, provide an open-ended exception in which any use may qualify as a fair use provided that it meets criteria designed to establish reasonable limits."

²⁶² Si fa risalire la nascita del fair use al caso *Folsom v. Marsh* (F. Cas. 342, 349 (C.C.D. Mass. 1841) (No. 4,901)). Il fair use affonderebbe le proprie radici nella giurisprudenza inglese. Per un breve excursus si veda: N. W. NETANEL, *Making Sense of Fair use*, 15/no. 3 *Lewis & Clark Law Review*, 715, 721 ss (2011).

²⁶³ Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541. Per una disamina sull'evoluzione della dottrina del fair use si veda: W. FISHER, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101/no 8 *Harvard law review*, 1659, 1662 ss (1988).

stabilizzato e consacrato tale dottrina, senza però annientarne la flessibilità. Ecco che ancora ci si riferisce al fair use parlando di una “open-ended exception”.²⁶⁴

La natura aperta del fair use è elemento di forza per i suoi sostenitori e elemento di debolezza per i suoi detrattori. La ragione per cui il fair use suscita reazioni tanto diverse è in larga parte intuitiva: legittimando un’ampia discrezionalità giurisprudenziale, esso consente alle Corti di compiere delle aggiudicazioni ad hoc, nel perseguimento della giustizia sostanziale, la quale viene dunque anteposta ad esigenze di certezza del diritto. Occorre notare che il diritto positivo è garanzia per il singolo, il quale può conoscere a priori i propri diritti e obblighi, conformando il proprio comportamento di conseguenza. Standard vaghi, come quelli che compongono la dottrina del fair use, dovrebbero essere, dunque, limitati ai soli casi (marginali) in cui il legislatore non possa prevedere e, dunque, appropriatamente disciplinare determinate situazioni.²⁶⁵ Sembra che il fair use superi pienamente questo scrutinio di stretta necessità. Ciò è evidente se si considera la vistosa intersezione esistente tra diritto d’autore e la rivoluzione tecnologica.²⁶⁶ Quest’ultima ha messo a dura prova la tenuta della legislazione che ha come peccato originale proprio la caratteristica di tendere a inseguire i fenomeni e a disciplinarli ex post. Il problema sta nel fatto che l’evoluzione tecnologica procede così veloce che ogni intervento legislativo sembra arrancare in una corsa che procede a ritmo incessante.²⁶⁷

Impassibile di fronte a tali esigenze di flessibilità, il legislatore dell’Unione Europea ha prospettato un’ampia formulazione dei diritti esclusivi spettanti al titolare del diritto d’autore.²⁶⁸ D’altro canto, nel definire le eccezioni e limitazioni a tutela dei diritti degli utenti, ha dimostrato un’attitudine discutibilmente minuziosa. Un chiaro esempio di ciò si rinviene nell’articolo 5 della Direttiva Infosoc. Si tratta di un approccio che il legislatore ha

²⁶⁴ *Ex multis*: M. GEIST, *Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use*, cit., 157 ss; J. HUGHES, *Fair use and its politics – at home and abroad*, in R. L. OKEDIJI (a cura di), *Copyright law in the age of limitations and exceptions*, New York, 2017, 235; “fair use as the battleground for the open-ended negation of copyright”.

²⁶⁵ P. B. HUGENHOLTZ, *Flexible Copyright: Can the EU Author’s Rights Accommodate Fair Use?* in R. L. OKEDIJI (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, 2017, 281-282: “More generally, there are obvious risks and drawbacks to a legal structure of open norms, such as fair use. There is a vast scholarly literature that analyses the pros and cons of “vague norms” from various perspectives such as legal philosophy, law and economics, and legal practice, which need not be rehearsed here. The main arguments against overly open or vague norms relate to the tradeoff between precise lawmaking by the legislature and ad hoc adjudication by the courts. While vague norms allow justice to be served more fairly in concrete cases – something that civil courts are generally well accustomed to – this enhanced fairness comes at the price of reduced legal certainty. Rules are generally more efficient than vague standards given that they better inform citizens of their rights and obligations upfront, and allow those seeking justice to assess their legal position without needing to resort to the courts. Moreover, an obvious constitutional objection against vague norms is that political decisions are effectively delegated from the legislator to the courts without the necessary democratic checks and balances. While open norms may thus be “easy” and relatively inexpensive for lawmakers to produce, the costs of the lawmaking process are effectively shifted to the judicial apparatus, and to those seeking justice at the courts. Conversely, vague standards are generally more efficient, and will lead to fairer outcomes, in hard (marginal) cases and in situations that lawmakers cannot predict.”

²⁶⁶ Per comprendere l’intersezione tra copyright e rivoluzione digitale: N. ELKIN-KOREN, *Copyright in a Digital Ecosystem: A User Rights Approach* in R. L. OKEDIJI (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, 2017.

²⁶⁷ T. RENDAS, *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, 49 IIC 153 (2018).

²⁶⁸ RENDAS, *op. cit.*, sez. I: “The Information Society Directive (InfoSoc Directive), and the Software Directive before it, gave economic rights a very broad scope, especially the right of reproduction and the right of communication to the public. These rights unambiguously encompass, respectively, transient reproductions and transmissions of works over digital networks – acts that are part of the modus operandi of digital technologies.”

riconfermato anche di recente, con la Direttiva 2019/790. Ne risulta una legislazione rigida e a rapida obsolescenza,²⁶⁹ che mortifica le potenzialità della rivoluzione digitale. A tal proposito, sorge il dubbio che il rigetto del fair use sia il frutto di una faziosità orientata ad una protezione ipertrofica del diritto d'autore piuttosto che il risultato di una scelta di coerenza sistematica. Infatti, se è vero che la certezza del diritto è senz'altro un obiettivo degli ordinamenti europei, non si riscontra un'immane prioritizzazione della stessa, la quale talvolta viene temperata con altre esigenze, prima fra tutte la giustizia sostanziale.²⁷⁰

Autorevole dottrina statunitense riscontra che, a onor del vero, clausole aperte si riscontrano anche nei Paesi di civil law, nonostante il loro tradizionale affidamento al diritto positivo.²⁷¹ Occorre, allora, valutare senza preconcetti se effettivamente vi sia un divario incolmabile tra la cultura giuridica europea e la dottrina del fair use. In particolare, appare proficuo vagliare l'effettiva imprevedibilità del fair use, al fine di comprendere se si tratti, invece, di un'auspicabile flessibilità che i sistemi europei dovrebbero mutuare dal copyright d'oltreoceano.

2. Sistemi a confronto tra convergenze e divergenze

A livello strutturale, è possibile ravvisare alcune congruenze tra il sistema europeo e quello statunitense. In particolare, entrambi contemplano dei limiti interni ed esterni al copyright. Nella prima categoria rientrano la dicotomia idea-espressione e le eccezioni al copyright. Sono, invece, limiti esterni quelli che derivano dall'interazione del copyright con altri diritti, in particolare i diritti fondamentali degli utenti. Nell'Unione Europea si avverte l'esigenza di arbitrare i conflitti tra il diritto d'autore e l'ampio novero di diritti consacrati dalla Carta di Nizza. Nel sistema statunitense, la dialettica tra copyright e diritti fondamentali chiama in causa principalmente il Primo Emendamento alla Costituzione, posto a tutela della libertà di espressione.²⁷²

Al di là delle similitudini, è necessario evidenziare che, a livello pratico, si riscontra una divergenza tra i due sistemi nella gestione dei limiti esterni al copyright. La dottrina rileva che nell'Unione Europea, gli interessi a fondamento costituzionalizzato degli utenti vengono identificati quali agenti esogeni le cui interferenze con il diritto d'autore vengono gestite principalmente secondo due diverse modalità. Da un lato, attraverso le eccezioni legislativamente previste che, sottendendo interessi degli utenti intesi come corpi estranei al sistema del copyright, tendenzialmente sono percepite in conflitto con i suoi scopi e obiettivi e, dunque, non meritevoli di essere applicate al di là dei casi previsti dal legislatore, come emerge da *Funkel Medien* o *Spiegel Online*. Dall'altro, attraverso il bilanciamento alla luce del principio di proporzionalità quando, non essendoci eccezioni in gioco, il conflitto si risolve direttamente in un territorio neutro, estraneo al copyright, come è avvenuto, ad esempio, in *UPC Telekabel*.

Al contrario, il copyright statunitense tende ad internalizzare la dialettica tra interessi autoriali e Primo Emendamento prevedendo delle salvaguardie interne al sistema. In effetti,

²⁶⁹ RENDAS, *op. cit.*, sez. II.

²⁷⁰ ad esempio, la dottrina dell'abuso del diritto: P. B. HUGENHOLTZ, *Flexible Copyright: Can the EU Author's Rights Accommodate Fair Use?*, cit., 281- 282.

²⁷¹ HUGENHOLTZ, *ibidem*.

²⁷² M. L. MONTAGNANI e A. TRAPOVA, *US and EU: Diverging or Intertwined Paths?*, in O. POLLICINO, G. M. RICCIO, M. BASSINI (a cura di), *Copyright versus (other) fundamental rights in the digital age. A comparative analysis in search of a common constitutional ground*, Cheltenham, 2020, 211.

già a partire dagli anni settanta, su impulso di Melville Nimmer,²⁷³ la dottrina statunitense ha intuito l'alto rischio di collisione che esiste tra la protezione del diritto d'autore e la tutela della libertà di espressione. Di primo acchito, sembra lo stesso diritto a nutrire la dialettica tra due opposti: da un lato, il diritto d'autore che restringe gli spazi di libera utilizzazione delle opere da parte degli utenti; dall'altro, la libertà di espressione che implica la rimozione degli ostacoli che inibiscono la possibilità di manifestazione e scambio di idee. A ben vedere però, è lo stesso diritto a comporre tale conflitto. Più nello specifico, secondo Nimmer, due fattori assicurano la conformità del copyright alla libertà di espressione, precisamente la dicotomia idea-espressione e la dottrina del fair use. Tali salvaguardie, interne al sistema, sono i pilastri di un bilanciamento definitivo tra diritti degli utenti e interessi del titolare del copyright.

In effetti, la giurisprudenza statunitense ha allentato le tensioni esistenti tra copyright e Primo Emendamento proprio tentando di operare un bilanciamento definitivo. Questo approccio è evidente se si considera il caso di *Golan v Holder*,²⁷⁴ in cui la Corte Suprema è stata chiamata a decidere la conformità rispetto al Primo Emendamento delle disposizioni dell'Uruguay Round Agreements Act,²⁷⁵ in virtù del quale alcune opere, ormai nel pubblico dominio, tornavano ad essere protette dal copyright. La Corte ha dichiarato che il copyright non sollevava criticità in relazione alla libertà di espressione, dal momento che quest'ultima era presidiata dalla dicotomia idea-espressione e dall'eccezione del fair use, aspetti della disciplina del copyright che non erano stati intaccati dall'Uruguay Round Agreements Act. La Corte Suprema, avallando la tesi di Nimmer, ha compiuto un intervento di notevole rilievo sistematico. Essa, infatti, si è trovata a riconoscere che la clausola del fair use e la dicotomia idea-espressione sottendono esse stesse il fondamentale diritto degli utenti ad esprimersi. È proprio questa la necessaria premessa logica che ha consentito alla Corte di concludere che, in presenza di tali presidi, la libertà di espressione non era compromessa.²⁷⁶

A prima vista, l'approccio statunitense può sollevare alcune perplessità. La decisione in *Golan v Holder*, infatti, sembra contribuire a creare de facto un'immunità del copyright dallo scrutinio imposto dal Primo Emendamento.²⁷⁷ Tali dubbi vengono rimossi se si considera che, in realtà, i conflitti tra copyright e libertà di espressione sono solo apparenti. In effetti, alla luce della concezione utilitaristica che informa il sistema americano, il copyright e la libertà di espressione convergono verso il medesimo obiettivo, cioè la promozione del progresso: da un lato il copyright fornisce incentivi per la realizzazione di opere; dall'altro, il Primo Emendamento protegge proprio quell'espressione contenuta nelle opere. Se si accetta che il copyright è creazione statutaria limitata e strumentale, allora bisogna ammettere, quale corollario, che il legislatore abbia previsto delle valvole di sfogo interne al sistema volte a promuovere la sinergia di intenti che esiste tra libertà di espressione e copyright.

3. Il fair use e il vincolo alle finalità statutarie del copyright

Se è vero che la dicotomia idea-espressione è posta a presidio del Primo Emendamento quale baluardo del bacino di idee che, se non manipolate e rese espressione,

²⁷³ M. B. NIMMER, *Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?*, 17/no. 6 *UCLA law review*, 1180 (1970).

²⁷⁴ 132 S. Ct. 873 (2012); similmente, si veda *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

²⁷⁵ URAA, Pub.L. 103-465, emanato l'8 Dicembre 1994.

²⁷⁶ Si tratta di un approccio seguito anche in altri casi: M. L. MONTAGNANI e A. TRAPOVA, *US and EU: Diverging or Intertwined Paths?*, cit., 193 ss.

²⁷⁷ N. W. NETANEL, *First Amendment Constraints on Copyright after Golan v. Holder* 60 *UCLA L. Rev.* 1082 (2013).

deve rimanere liberamente accessibile, ci si potrebbe chiedere per quale ragione occorra ammettere il fair use, dottrina che va a interferire con la libertà di espressione manifestata dagli autori nelle proprie opere. Nel 1990, nel suo contributo intitolato “Toward a fair use standard”,²⁷⁸ il giudice americano Leval ha riportato il fair use nell’alveo degli interessi protetti dal Primo Emendamento notando che le creazioni intellettuali sono in larga parte derivate, in quanto frutto della rielaborazione di precedenti opere. Ciò implica che, se il sistema non prevedesse come propria valvola di sfogo interna la clausola del fair use, allora il copyright stesso finirebbe per collidere con le sue stesse finalità statutarie in quanto, impedendo la creazione di opere derivate, scoraggerebbe il progresso.²⁷⁹ Infatti, come si vedrà più da vicino di seguito, il fair use è baluardo dei cosiddetti usi trasformativi, cioè quegli usi volti a produrre qualcosa di nuovo e di diverso rispetto all’originale cui attingono.²⁸⁰ A tal proposito, la prospettiva abbracciata da Abraham Drassinower offre preziosi spunti di riflessione. In particolare, se si riconosce che il diritto d’autore è uno strumento di attivazione di un pubblico dialogo tra autore ed utenti, allora occorre consentire a questi ultimi di servirsi delle parole dell’autore per plasmare il proprio discorso, diventando essi stessi, a loro volta, fautori di un dialogo pubblico. Non a caso, secondo Drassinower, il fair use si pone a completamento del nesso giuridico che esiste tra l’autore e la sua opera, fungendo da elemento ordinatorio di un network comunicativo giuridicamente tutelato.²⁸¹

L’indagine comparatistica appena condotta fa sorgere il dubbio che il diritto d’autore europeo, non individuando le eccezioni al diritto d’autore come preziosi mezzi per perseguire i propri obiettivi statutari, rischi di atteggiarsi a detrimento della promozione del progresso culturale, individuata dalla legislazione quale una dei precipui fini del copyright nell’Unione Europea. In particolare, la mancanza di una clausola aperta quale quella del fair use evidenzia la scarsa libertà che nel panorama europeo gli utenti hanno nella rielaborazione di opere protette dal diritto d’autore. Questo svantaggio è compensato dalla maggiore certezza del diritto che la previsione di eccezioni chiuse garantisce agli utenti. A ben vedere, però, questo punto di forza sembra essere sminuito da quella parte della giurisprudenza e della dottrina che individua nel fair use una clausola flessibile ma non imprevedibile. Ciò perché, alla luce della integrazione della libertà di espressione degli utenti

²⁷⁸ P. N. LEVAL, *Toward a fair use standard*, 103/no. 5 *Harvard Law Review* 1105 (1990).

²⁷⁹ LEVAL, *op. cit.*, 1109: “If copyright protection is necessary to achieve this goal, then why allow fair use? Notwithstanding the need for monopoly protection of intellectual creators to stimulate creativity and authorship, excessively broad protection would stifle, rather than advance, the objective. First, all intellectual creative activity is in part derivative. There is no such thing as a wholly original thought or invention. Each advance stands on building blocks fashioned by prior thinkers. Second, important areas of intellectual activity are explicitly referential. Philosophy, criticism, history, and even the natural sciences require continuous reexamination of yesterday's theses. Monopoly protection of intellectual property that impeded referential analysis and the development of new ideas out of old would strangle the creative process.”

²⁸⁰ LEVAL, *op. cit.*, 1111: “I believe the answer to the question of justification turns primarily on whether, and to what extent, the challenged use is transformative. The use must be productive and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original”.

²⁸¹ A. DRASSINOWER, *From Distribution to Dialogue: Remarks on the Concept of Balance in Copyright Law*, 34/no.4 *Journal of Corporation Law* 991, 1004 (2009): “In the case of fair dealing or fair use for the purpose of criticism, the law of copyright once again disregards the identity or substantial similarity between the two works and affirms instead the defendant’s authorship as a right to respond to the author’s communication. In both cases, the defendant rests his defense on the affirmation that he, too, is equally an author. [...] fair dealing (or fair use) appear not as doctrinal representatives, so to speak, of opposing interests, but rather as signposts designed to order juridically a network of communicative acts and responses, utterances and replies, in which both authors and users are integral participants.”

nello stesso sistema del copyright, fondamento costituzionalizzato della dottrina del fair use è la stessa Copyright Clause.²⁸²

Si è già visto come il principio di proporzionalità sia la pietra d'angolo della concezione monopolistica del copyright, che proprio nella Costituzione Statunitense trova una delle sue massime espressioni. È ormai chiaro che, attraverso l'adozione di un approccio strumentale, lo scopo di protezione del copyright può essere ristretto all'essenziale, a quel nucleo duro che consente al copyright stesso di svolgere la propria funzione sociale. A ben vedere, da ciò non consegue solo il contenimento della vis espansiva del copyright. Infatti, se si valorizza il contributo creativo che gli utenti danno in sede di uso e rielaborazione di un'opera altrui, si deve ritenere che vi siano ulteriori conseguenze derivanti da un approccio utilitaristico al diritto d'autore: in particolare, occorre notare che il principio di proporzionalità diviene criterio ordinatorio rispetto alla dialettica che viene in essere tra titolari del copyright e autori di opere derivate.

Infatti, se i fruitori di un'opera diventano essi stessi autori, allora è chiaro che essi stessi sono soggetti alle costrizioni che la concezione monopolistica del copyright impone. Per l'esattezza, essi stessi sono vincolati dal principio di proporzionalità, che consente loro di imporre sacrifici al sistema di incentivi promosso dal copyright solo per le finalità sociali individuate dalla stessa Copyright Clause. Per il giudice americano Leval, ciò implica che le Corti debbano svolgere una vaglio ben preciso: "Briefly stated, the use must be of a character that serves the copyright objective of stimulating productive thought and public instruction without excessively diminishing the incentives for creativity. One must assess each of the issues that arise in considering a fair use defense in the light of the governing purpose of copyright law."²⁸³

4. Fair use: inquadramento generale

Ci sono evidenze pratiche del fatto che la Copyright Clause è la stella polare che orienta le Corti nell'applicazione della clausola del fair use. Per dimostrarlo, occorre procedere all'indagine di come il fair use venga in concreto declinato dalla giurisprudenza. In particolare, il ragionamento delle Corti è guidato dalla sezione 107 del Copyright Act, la quale afferma che il fair use non configura una violazione delle norme di cui alle sezioni 106 e 106(A), le quali definiscono rispettivamente i diritti di esclusiva economica spettanti in generale ai titolari del copyright e i diritti morali riconosciuti con riferimento alle sole opere d'arte visiva. Non a caso, la sezione 107 è rubricata "Limitations on exclusive rights: Fair use"²⁸⁴ e si colloca nel contesto di una serie di limitazioni che il legislatore pone al copyright. Si badi che la legislazione statunitense compie una scelta ibrida: essa non contempla solo una clausola aperta quale il fair use, ma disciplina anche una serie di eccezioni di applicazione specifica e circoscritta.²⁸⁴

Il legislatore statunitense non offre una definizione espressa di cosa si intenda per fair use. In fase di codificazione di tale dottrina, si temeva, infatti, che la previsione normativa del fair use potesse ingessarne le potenzialità precedentemente dimostrate in sede giurisprudenziale.²⁸⁵ Per questo, il legislatore statunitense si è solo limitato a circoscrivere il concetto di fair use senza definirlo precisamente. Lo ha fatto attraverso due distinte

²⁸² P. SAMUELSON, *Unbundling Fair Uses*, 77/no. 5 *Fordham Law Review* 2537 (2009).

²⁸³ P. LEVAL, *Toward a fair use standard*, cit., 1110.

²⁸⁴ Le eccezioni e limitazioni in questione si rinvengono dalla sezione 108 alla 122 dello US Copyright Act.

²⁸⁵ B. BEEBE, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, 156/no. 3 *University of Pennsylvania Law Review* 549 (2008).

tecniche. Innanzitutto, ha fornito un'elencazione non esaustiva di quali finalità legittimino il libero utilizzo di un'opera protetta. In particolare, costituiscono fair use le utilizzazioni a scopo, inter alia, di critica, commento, informazione, insegnamento, studio e ricerca.²⁸⁶ Inoltre, il legislatore ha definito una serie di fattori che possono orientare la decisione delle Corti. Questi elementi sono talvolta guida per la giurisprudenza, talaltra valvole di sfogo del sistema nelle mani dei giudici. Emblematicamente, autorevole dottrina li ha definiti come quei fattori che si frappongono tra gli utenti e "la tirannia del copyright".²⁸⁷ In particolare, gli elementi da considerare nella valutazione del fair use sono: (i) la finalità e il carattere dell'uso dell'opera protetta, incluso se l'uso sia commerciale o se sia per finalità educative senza scopo di lucro; (ii) la natura dell'opera protetta; (iii) la porzione utilizzata in relazione all'opera protetta considerata nella sua interezza; (iv) l'effetto dell'uso sul mercato potenziale dell'opera protetta o sul suo valore.

Nel dare brevemente conto dell'applicazione pratica di tali fattori, occorre notare che essi, a detta della giurisprudenza statunitense, formano le linee guida della cosiddetta "equitable rule of reason".²⁸⁸ In sostanza, le Corti ammettono che l'indagine condotta in ossequio alla dottrina del fair use presenta un elevato gradiente di flessibilità, dal momento che essa è volta al bilanciamento delle molteplici esigenze che si pongono caso per caso.²⁸⁹ Inoltre, la giurisprudenza statunitense tende a specificare che i fattori elencati dal Congresso non sono gli unici da tenere in conto.²⁹⁰ Ciò porterebbe ad una poco auspicabile applicazione meramente meccanica della clausola del fair use.²⁹¹ Si noti, però, che si possono individuare dei trend interpretativi cui appare proficuo accennare. Lo si farà analizzando i casi *Betamax*,²⁹² *Harper and Row*²⁹³ e *Campbell*²⁹⁴ sotto la guida di Barton Beebe,²⁹⁵ il quale, alla luce di una massiva analisi delle applicazioni giurisprudenziali della dottrina del fair use nell'arco di tempo tra il 1978 e il 2005, ne ha rintracciato gli elementi ricorrenti e ne ha evidenziato l'evoluzione nel tempo. In quegli anni, infatti, sono state gettate le fondamenta su cui ancora oggi si costruisce la dottrina del fair use.

4.1. La finalità e il carattere dell'uso dell'opera protetta

L'analisi condotta alla luce del primo fattore guarda alla finalità e al carattere dell'uso dell'opera protetta. Due precipui elementi sono valutati dalla giurisprudenza in questa fase: da un lato, se l'uso dell'opera sia a fini commerciali; dall'altro, se l'uso sia trasformativo. Con riguardo al primo aspetto, occorre fare riferimento al caso *Betamax*,²⁹⁶ in la Corte Suprema degli Stati Uniti è stata chiamata a decidere se la registrazione, squisitamente privata, di programmi televisivi, tramite il videoregistratore commercializzato da Sony, potesse essere qualificata come fair use. Lo scopo degli utenti consisteva semplicemente nel

²⁸⁶ secondo la lettera della stessa sezione 107 del Titolo 17 dello US Code: "for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research".

²⁸⁷ B. BEEBE, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, cit., introduzione.

²⁸⁸ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 448 (1984).

²⁸⁹ W. FISHER, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, cit., 1668.

²⁹⁰ *Contra*: P. LEVAL, *Toward a fair use standard*, cit., 1125 ss.

²⁹¹ *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 588 (1985).

²⁹² *Sony Corp. v. Universal City Studios*, cit.

²⁹³ *Harper & Row v. Nation Enterprises*, cit.

²⁹⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

²⁹⁵ B. BEEBE, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, cit. Dando brevemente conto dell'approccio metodologico di Beebe, occorre osservare che egli fonda la propria indagine empirica sull'analisi di tutti i casi federali che si siano fondati in modo sostanziale sulla dottrina del fair use e che siano stati decisi fino al 2005.

²⁹⁶ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, cit.

procrastinare la visione dei programmi registrati. A tal proposito, la Corte ha affermato che la non commercialità dell'uso fosse un elemento a sostegno della legittimità della condotta degli utenti. Inoltre, la Corte ha specificato che, viceversa, si potesse presumere l'insussistenza del fair use qualora l'uso dell'opera da parte dell'utente avesse risvolti commerciali. Per Barton Beebe, la presunzione stabilita in *Betamax* consiste in un approccio poco desiderabile in quanto solo parzialmente rispondente alla complessità dell'indagine che il legislatore richiede di svolgere con riguardo alla finalità e alla natura dell'uso: la commercialità è solo uno dei molteplici aspetti da considerare.²⁹⁷

A ben vedere però, alla luce dell'analisi empirica del ruolo giocato dal primo fattore nelle pronunce statunitensi, occorre ridimensionare l'impatto, a prima vista negativo, che l'attenzione riservata dalla giurisprudenza alla commercialità dell'uso sembrerebbe avere. Testimonia ciò il caso *Harper and Row*, in cui la Suprema Corte è stata chiamata a decidere se costituissero fair use la pubblicazione da parte del *The Nation Magazine* di un articolo che riproduceva verbatim alcuni estratti dell'autobiografia, ancora non pubblicata, dell'ex Presidente Ford. Vari interessi erano in gioco in questo caso, visto che Ford aveva già negoziato un contratto di licenza per la pubblicazione della suddetta opera. Uno dei nodi da sciogliere era la definizione della finalità e del carattere dell'utilizzo dell'opera da parte del *The Nation Magazine*. La Corte ha individuato quale scopo dell'uso l'attività di informazione svolta dai giornali: l'autobiografia di Ford, infatti, dava conto di importanti passaggi della recente storia statunitense. Per questo, la pubblicazione di estratti da parte di *The Nation* si giustificava alla luce della necessità di informare il pubblico. Si noti che, come già evidenziato, l'uso dell'opera al fine di informare è proprio una delle casistiche previste dal Congresso nella sezione 107. Aspetto problematico è il fatto che tale attività è, nella maggior parte dei casi, condotta nel contesto di un'attività commerciale. In tal senso, l'attività condotta da *The Nation* di certo non faceva eccezione. Allora, la Corte Suprema si è trovata di fronte ad una discrasia: riaffermare in questo caso la presunzione di illegittimità dell'uso commerciale sostenuta in *Betamax* avrebbe portato ad un mancato coordinamento tra giurisprudenza e legislazione. Di fronte ad una deriva inaccettabile, la Corte ha dato prova dell'approccio casistico governato dalla "equitable rule of reason" cui si accennava sopra. La Corte, infatti, ha affermato che la natura lucrativa dell'attività svolta fosse un aspetto puramente marginale che doveva cedere il passo all'esigenza di disseminazione delle informazioni nel pubblico interesse.²⁹⁸

La portata della presunzione affermata in *Betamax* è stata ulteriormente limitata nel caso *Campbell*, in cui la Corte Suprema ha ribadito che, in alcuni casi, la natura commerciale dell'uso dell'opera protetta non è un aspetto centrale. In particolare, in *Campbell*, la Corte si è trovata a decidere se costituissero una violazione del copyright la canzone "Pretty Woman", scritta da Luther Campbell con l'intento di parodiare la ballata rock "Oh Pretty Woman" di Roy Orbison. Nell'indagare il primo fattore, la Corte ha consacrato la nozione di uso trasformativo. Per trasformativo, la giurisprudenza americana intende quell'uso che aggiunga qualcosa di nuovo e che alteri l'opera utilizzata conferendole un significato nuovo.²⁹⁹ A livello pratico, tanto più un uso è trasformativo, tanto meno gli altri fattori, compresa la commercialità dell'uso, sono in grado di militare in maniera significativa contro la sussistenza del fair use.

²⁹⁷ B. BEEBE, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, cit., sez. IV(A).

²⁹⁸ *Harper & Row*, cit., 592.

²⁹⁹ *Campbell*, cit., 571.

L'apertura agli usi trasformativi è concepita come un'esigenza ineludibile da parte della giurisprudenza statunitense. A detta della Corte in *Campbell*, tale passaggio logico, infatti, è necessitato dalla Costituzione che concepisce il copyright quale creazione statutaria che ha come precipua funzione la promozione del progresso delle arti e delle scienze. Ciò implica che la protezione del copyright non può prescindere dalla protezione degli usi trasformativi dell'opera. E si badi che la tutela di questi ultimi è concepita come simultanea e complementare: gli utenti, contribuiscono essi stessi all'attuazione della finalità del copyright, contribuendo alla disseminazione del sapere e rimpinguando di contenuti il progresso culturale.³⁰⁰ Non a caso, le opere derivate, che consistono in revisioni, annotazioni, elaborazioni, modificazioni sono esse stesse opere originali protette da copyright.³⁰¹ In particolare, la parodia si qualifica a pieno titolo quale uso trasformativo, configurandosi come una forma di critica che, nel riferirsi ad un'opera protetta con intenti umoristici, di fatto è idonea a creare un'opera a sé stante.³⁰² È essenziale evidenziare che l'attenzione alla portata trasformativa dell'uso ha avuto l'effetto di rivoluzionare la giurisprudenza statunitense in tema di fair use. I dati raccolti da Beebe dimostrano che, nel caso in cui una Corte ammetta di trovarsi di fronte ad un uso trasformativo, il primo fattore di indagine diviene così assorbente rispetto agli altri che l'esito della sentenza è nella stragrande maggioranza dei casi a favore del fair use.³⁰³

4.2. La natura dell'opera protetta

Il secondo fattore invita a considerare la natura dell'opera protetta. Barton Beebe nota che, a torto, larga parte della dottrina statunitense ritiene il secondo fattore come tendenzialmente irrilevante nella dinamica del fair use. In realtà, l'analisi della giurisprudenza statunitense dimostra che esso si rivela un importante elemento nel bilanciamento tra pubblico interesse e prerogative del titolare del copyright.³⁰⁴ L'indagine del secondo fattore si basa principalmente su due elementi: da un lato, essa considera la natura creativa o fattuale dell'opera protetta; dall'altro, essa prende in considerazione se un'opera sia stata pubblicata o meno.

Con riguardo al primo aspetto, se un'opera presenta un alto gradiente di originalità, riproduzioni anche limitate possono risultare non protette dal fair use. Al contrario, riproduzioni relativamente estese possono risultare legittime qualora l'opera abbia come precipuo contenuto fatti e dati.³⁰⁵ Il secondo fattore, infatti, invita a riconoscere che vi sono opere che sono meritevoli di protezione in modo più pieno e pregnante di altre: con riguardo a tali opere, asserire la sussistenza del fair use risulta più arduo.³⁰⁶ Si tratta di un importante corollario della Copyright Clause: il fair use deve astenersi dal minare gli incentivi che incoraggiano la produzione delle opere creative, le quali contribuiscono al

³⁰⁰ *Campbell*, cit., 575: "From the infancy of copyright protection, some opportunity for fair use of copyrighted materials has been thought necessary to fulfill copyright's very purpose".

³⁰¹ *Campbell*, cit., 575: "A derivative work is defined as one "based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a 'derivative work.'"

³⁰² *Campbell*, cit., 579; Si badi che nessun giudizio qualitativo spetta alle Corti secondo *Campbell*, cit., 582.

³⁰³ *Campbell*, cit., 582.

³⁰⁴ B. BEEBE, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, cit., sez. IV(B).

³⁰⁵ *Harper and Row*, cit., 595.

³⁰⁶ *Campbell*, cit., 586: "This factor calls for recognition that some works are closer to the core of intended copyright protection than others, with the consequence that fair use is more difficult to establish when the former works are copied."

progresso culturale in modo ben più rilevante rispetto a opere dal contenuto meramente fattuale. Tuttavia, questo principio è valido solo qualora la clausola del fair use non si faccia essa stessa promotrice di opere spiccatamente creative, fungendo da varco di accesso per usi trasformativi. Se si prende ad esempio il caso *Campbell*, emerge che, per la Corte Suprema, il secondo fattore non può essere considerato come diacritico nel valutare la legittimità delle parodie, dal momento che esse implicano ineludibilmente la necessità di attingere ad opere note al pubblico e spiccatamente espressive.³⁰⁷

Si noti che, da un punto di vista pratico, l'applicazione del secondo fattore non è sempre fluida. Ancora una volta, appare proficuo prendere in esame il caso *Harper and Row*, concernente la riproduzione non autorizzata di estratti di un'autobiografia, che, come già evidenziato, costituiva in larga parte l'esposizione di fatti rilevanti della storia statunitense. La Corte, dopo aver ammesso la maggiore necessità di disseminare opere ad alto contenuto fattuale piuttosto che opere creative e di fantasia, ha rilevato che, nel caso di un'autobiografia, ai fatti e ai dati possono accompagnarsi dei passaggi che costituiscono l'autentica espressione dell'autore. Dal momento che il *The Nation Magazine* non aveva fatto uso solo di frasi isolate, ma aveva pubblicato anche descrizioni e altri estratti che erano espressione dell'individualità dell'autore, la Corte si è pronunciata a sfavore del fair use.

Tale presa di posizione della Corte si spiega anche alla luce di un'altra considerazione: incide sulla natura dell'opera anche il fatto che l'opera sia stata pubblicata o meno. Nel caso di un'opera inedita, si deve propendere a negare la sussistenza del fair use. Per la Corte Suprema, infatti, il diritto alla prima pubblicazione dell'opera non si presta ad essere limitato dal fair use: l'autore ha speso delle risorse nella creazione di un'opera originale e il fatto che essa abbia un contenuto di rilievo per il pubblico non legittima l'accelerazione della sua diffusione.³⁰⁸ Inoltre, ammettere l'operatività del fair use in caso di un'opera non pubblicata mortificherebbe la funzione di incentivo alla creatività che il copyright riveste. Infatti, non è in gioco il solo interesse personale (gli Europei direbbero *morale*) al controllo del destino dell'opera. Ancora più rilevante è il fatto che l'autore abbia il diritto, squisitamente economico, di sfruttare al massimo l'opera.³⁰⁹

Il ragionamento della Corte in *Harper and Row* ha avuto una notevole influenza sulle decisioni successive. Barton Beebe nota come tale dictum della Corte Suprema, similmente a quello in *Betamax*, abbia avuto l'effetto di istituire una presunzione, questa volta in relazione al fatto che, con riguardo alle opere non pubblicate, l'uso non autorizzato tende a non qualificarsi come fair use. La valenza del ragionamento della Corte in *Harper and Row* è stata ridimensionata da un intervento legislativo avvenuto nel 1992,³¹⁰ in virtù del quale la sezione 107 ora si chiude affermando che il fatto che un'opera non sia pubblicata non preclude di per sé la possibilità di ritenere il fair use sussistente. Per Beebe, non si tratta di un intervento di impatto significativo sullo status quo ante. In effetti, i dati già dimostravano un "risultato incoraggiante e ironico"³¹¹ sortito dalla giurisprudenza statunitense. L'applicazione giurisprudenziale del secondo fattore dimostra, infatti, che vi è stata un'inversione del modo di intendere la presunzione da parte delle Corti dopo *Harper and Row*: essa è applicata dalle Corti inferiori in modo tale che, quasi immancabilmente, la

³⁰⁷ *Campbell*, cit., 586: "This fact, however, is not much help in this case, or ever likely to help much in separating the fair use sheep from the infringing goats in a parody case, since parodies almost invariably copy publicly known, expressive works."

³⁰⁸ *Harper and Row*, cit., 557.

³⁰⁹ *Harper and Row*, cit., 554-555.

³¹⁰ Pub. L. 102-492, Oct. 24, 1992.

³¹¹ B. BEEBE, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, cit., sez IV(B)(2).

pubblicazione dell'opera protetta operi come un fattore decisivo a favore del fair use. Al contrario, la non pubblicazione dell'opera utilizzata tende, in maniera non determinante, a militare contro una pronuncia di fair use.

4.3. La porzione d'opera utilizzata

Con riguardo al terzo fattore, occorre notare che esso richiede di confrontare la porzione di opera coinvolta nell'uso non autorizzato e l'opera protetta intesa nel suo complesso. Per Beebe, si tratta di un fattore che si basa su un ragionamento ampiamente consolidato e condiviso in materia di copyright.³¹² Si fonda, infatti, sull'assunto logico che maggiore è la parte coinvolta nella riproduzione non autorizzata di un'opera, maggiore è la probabilità che il fair use venga escluso. Di primo acchito, sembra che questo fattore inviti ad una valutazione schiettamente quantitativa dell'ammontare di opera concretamente utilizzato. Occorre specificare che le Corti accompagnano a considerazioni prettamente quantitative anche delle riflessioni di tipo qualitativo. Infatti, può accadere che anche la riproduzione non autorizzata di un'intera opera possa essere considerata come fair use. Ciò è testimoniato dal caso *Betamax*: dal momento che gli utenti procrastinano la visione di un'opera di cui avrebbero fruito comunque interamente e gratuitamente, l'estensione della riproduzione risulta un aspetto marginale.³¹³ Si badi che, viceversa, può accadere che anche l'uso di porzioni relativamente piccole di un'opera possa contribuire a rendere il fair use non operativo. È quanto si verifica nel caso *Harper and Row*. Il *The Nation Magazine* ha, infatti, diffuso degli estratti che compongono una minima parte dell'opera protetta. Tuttavia, si trattava di passaggi molto salienti e, dunque, sufficienti a militare a sfavore del fair use.³¹⁴

Si tenga presente che, se l'approccio in *Harper and Row* venisse considerato come valevole in senso assoluto, vi sarebbe una collisione frontale tra la declinazione pratica del terzo fattore e gli usi trasformativi dell'opera protetta. Dà conto di tale criticità la sentenza *Campbell*: l'efficacia di una parodia dipende proprio dalla sua capacità di alludere specificamente ad un'opera, che dunque deve essere riconoscibile. Ciò implica che in una parodia si deve fare riferimento proprio a quei tratti più distintivi e riconoscibili di un'opera protetta.³¹⁵ Dunque, in presenza di una parodia, la parte copiata in maniera non autorizzata non può considerarsi eccessiva solo perché essa coincide con il cuore dell'originale.³¹⁶ Per determinare il fair use, infatti, occorre valutare due aspetti: da un lato, bisogna concentrarsi su cosa la parodia abbia aggiunto all'opera protetta; dall'altro, occorre considerare se la parodia abbia copiato l'opera protetta più del necessario rispetto al fine dichiarato. Dal vaglio di tali due elementi, si può determinare se la parodia sia legittima o se essa funga da mero sostituto dell'opera originale, risultando dunque non protetta dalla clausola del fair use.³¹⁷

Questo schema di ragionamento dà un'ulteriore evidenza del fatto che il fair use attinga la propria vis applicativa proprio dalla Copyright Clause. Non a caso, attenta dottrina nota che, quando si è in presenza di un uso trasformativo di un'opera, il fair use

³¹² BEEBE, *op. cit.*, sez. IV(C)

³¹³ *Betamax*, cit., 450. Si tratta di un caso non isolato secondo BEEBE, *ibidem*.

³¹⁴ *Harper and Row*, cit., 564; Si veda a tal proposito: BEEBE, *ibidem*.

³¹⁵ *Campbell*, cit., 588.

³¹⁶ *Campbell*, *ibidem*.

³¹⁷ *Campbell*, *ibidem*. "Once enough has been taken to assure identification, how much more is reasonable will depend, say, on the extent to which the song's overriding purpose and character is to parody the original or, in contrast, the likelihood that the parody may serve as a market substitute for the original. But using some characteristic features cannot be avoided."

deve essere affermato a meno che dell'opera protetta si sia fatto un uso eccessivo e non correlato allo scopo.³¹⁸ La giurisprudenza statunitense conferma le impressioni della dottrina. In *Campbell*, viene sottolineato che l'irragionevole utilizzo estensivo di un'opera protetta non può essere tollerato. Occorre, infatti, che le Corti vagolino l'effettiva sussistenza dell'elemento trasformativo che deve manifestarsi in via principale e preponderante nell'opera derivata.³¹⁹

Sorge spontaneo, allora, chiedersi quanto sia legittimo attingere da un'opera protetta per realizzare un'opera derivata. Bisogna ricorrere a un ragionamento sotto l'egida del principio di proporzionalità. Innanzitutto, è necessario procedere all'identificazione della finalità dell'opera derivata. Per la Corte in *Campbell*, la parodia ha come precipuo scopo quello di evocare una precedente opera con spirito critico e canzonatorio, operazione che contempla imprescindibilmente l'imitazione distorta dell'opera parodiata, che deve essere ampiamente riconoscibile. Se questo è il fine della parodia, allora è chiaro che sono ammissibili anche usi non autorizzati che si concretizzano nel copiare parti relativamente estese e significative dell'opera parodiata.³²⁰

4.4. L'effetto dell'uso sul mercato potenziale dell'opera protetta o sul suo valore

Le riflessioni della Corte Suprema in *Campbell* fungono da anello di congiunzione con l'analisi del quarto fattore concorrente alla determinazione del fair use. Infatti, tale ultimo fattore invita alla valutazione dell'impatto dell'uso non autorizzato dell'opera sul mercato potenziale cui aspira l'opera protetta. Con l'obiettivo di proteggere la funzione del copyright quale incentivo alla creatività in conformità alla Copyright Clause, le Corti tendono a preservare la natura di monopolio legale del copyright, ritenendo il fair use inapplicabile nel caso in cui l'utilizzo non autorizzato di un'opera protetta sortisca l'effetto di mettere in circolazione una serie di sostituti di mercato in concorrenza con l'opera originale.

Si noti che le considerazioni svolte in merito al quarto fattore si intersecano fittamente con le valutazioni in punto di natura commerciale dell'uso di un'opera protetta. Infatti, in *Betamax*, in fase di analisi del quarto fattore, la Corte Suprema riconferma che l'utilizzo non autorizzato di un'opera è presuntivamente non coperto da fair use se a scopo commerciale: è probabile, infatti, che esso vada a interferire con i privilegi monopolistici riconosciuti dalla legge all'autore. Si badi che anche gli usi non commerciali possono in alcuni casi interferire con il mercato potenziale di un'opera protetta. In *Betamax*, la Corte chiarisce che osta al riconoscimento del fair use il solo uso non commerciale di cui venga provato l'impatto negativo sul mercato potenziale dell'opera protetta. È gravato di tale onere probatorio il titolare del copyright. Qualora tale prova non venga fornita, occorre pronunciarsi a favore del fair use dal momento che gli usi non commerciali e, dunque, l'accesso e la circolazione delle idee, non possono essere inibiti senza che vi sia un beneficio corrispondente.³²¹

³¹⁸ N. W. NETANEL, *Making Sense of Fair use*, cit., 768.

³¹⁹ *Campbell*, cit. 582.

³²⁰ *Campbell*, cit., 588.

³²¹ *Betamax*, cit. 450-451: "Even copying for noncommercial purposes may impair the copyright holder's ability to obtain the rewards that Congress intended him to have. But a use that has no demonstrable effect upon the potential market for, or the value of, the copyrighted work need not be prohibited in order to protect the author's incentive to create. The prohibition of such noncommercial uses would merely inhibit access to ideas without any countervailing benefit. Thus, although every commercial use of copyrighted

Dal dictum in *Betamax* emerge che la Corte realizza un apprezzabile bilanciamento definitorio al netto di una stretta applicazione del principio di proporzionalità in tema di usi non commerciali di un'opera protetta. Non si può accogliere altrettanto positivamente il trattamento che la Corte riserva agli usi commerciali di un'opera. Occorre notare che, alla luce di *Betamax*, essi sembrano essere de facto esclusi dal fair use. Beebe nota che, come è accaduto con riguardo al primo fattore, anche il quarto è stato soggetto ad una sostanziale rivisitazione in occasione della decisione della Corte Suprema nel caso *Campbell*, che ridimensiona l'impatto di *Betamax* affermando che si può presumere l'insussistenza del fair use solo laddove vi sia la mera duplicazione di un'opera protetta a fini commerciali. Tendono a non interferire con il mercato di un'opera protetta gli usi trasformativi della stessa, dal momento che essi solitamente non danno luogo a possibili sostituti di mercato.³²²

Un'altra criticità che si riscontra in *Betamax* sta nel fatto che, nell'ottica di definire che tipo di danno occorra provare affinché il fair use non venga riconosciuto, la Corte ha chiarito che non è necessario che il danno sia attuale.³²³ Di fatto, ammettendo la prova di un danno meramente futuro, la Corte si è dimostrata ossequiosa rispetto al testo legislativo che si riferisce al mercato "potenziale" di un'opera. Il problema è che la nozione di mercato potenziale è suscettibile di essere estesa fino a ricomprendere tutte le opere derivate che il titolare del copyright possa eventualmente realizzare o autorizzare altri a realizzare. Un ragionamento simile assicura un monopolio ipertrofico al diritto d'autore, soprattutto se si considera che, per tramite delle licenze, il titolare del copyright ha innumerevoli possibilità di sfruttare un'opera. Sembra, allora, che il quarto fattore sia uno strumento potentissimo nelle mani delle Corti, cui è affidato di volta in volta il ruolo di definire la nozione di mercato potenziale: non a caso, è opinione diffusa che proprio il quarto fattore abbia un maggiore peso specifico rispetto agli altri elementi che entrano in gioco nell'analisi del fair use.³²⁴

Per Beebe, questa posizione va rivista. Il quarto fattore del fair use non è, infatti, altro che un metafattore privo di un contenuto autonomo. Secondo Beebe, si tratta della fase del ragionamento che racchiude la vera e propria "rule of reason" che sta al cuore dell'indagine condotta sotto l'egida della sezione 107. In particolare, l'analisi del quarto fattore consiste in un'operazione di bilanciamento: su un piatto della bilancia, si pongono tutte le giustificazioni a favore del fair use, come ricostruite alla luce dell'indagine fattuale svolta sotto la guida dei primi tre fattori; sull'altro piatto, si pone il danno che l'uso non autorizzato cagiona alla funzione di incentivo rivestita dal copyright. Dunque, l'immane coincidenza che si ravvisa tra l'esito dell'analisi del quarto fattore e il risultato

material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright, noncommercial uses are a different matter. A challenge to a noncommercial use of a copyrighted work requires proof either that the particular use is harmful or that, if it should become widespread, it would adversely affect the potential market for the copyrighted work."

³²² *Campbell*, cit., 591.

³²³ *Betamax*, cit., 450-451: "Actual present harm need not be shown; such a requirement would leave the copyright holder with no defense against predictable damage. Nor is it necessary to show with certainty that future harm will result. What is necessary is a showing by a preponderance of the evidence that some meaningful likelihood of future harm exists. If the intended use is for commercial gain, that likelihood may be presumed."

³²⁴ B. BEEBE, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, cit., sez. IV(D).

complessivo dell'indagine sul fair use non deve stupire: di fatto, il quarto fattore è concepito dalle Corti come la sede in cui si tirano le somme dell'intero ragionamento.³²⁵

Alla luce della portata applicativa del quarto fattore, le distanze con il sistema europeo si accorciano inevitabilmente. Se si richiama lo spirito del caso *Promusicae*, è evidente come la necessità di svolgere un bilanciamento tra i diversi valori in gioco si sia affermata come un passaggio ineludibile nell'aggiudicazione in materia di diritto d'autore anche nell'Unione Europea. Se il ricorso al bilanciamento è un dato comune ai due sistemi, è evidente che l'ordinamento dell'Unione Europea accetta, accanto a quello statunitense, un certo gradiente di imprevedibilità nelle decisioni. Se si guarda alla teoria generale e all'evoluzione del bilanciamento giudiziale dei diritti,³²⁶ è evidente che giurisprudenza e dottrina si sono a lungo interrogate su come rendere questo processo quanto più possibile misurabile. Non è un caso che si sia affermata la figura del bilanciamento definitorio, che rappresenta il risultato degli sforzi di derivare dalla ponderazione dei valori in gioco una serie di regole stabili e applicabili ai casi successivi. Non si può evitare di notare, però, che al bilanciamento definitorio si affianca la tecnica del bilanciamento ad hoc, che trova diritto di cittadinanza nei vari ordinamenti, palesando così la sua imprescindibilità nonostante la sua naturale tendenza alla imprevedibilità.

Ecco che devono intervenire dei fattori suppletivi che possano costringere e orientare il bilanciamento giudiziale dei diritti. In tema di diritto d'autore, l'Unione Europea, per tramite della Corte di Giustizia, sceglie di ancorare il processo di bilanciamento quanto più possibile alle eccezioni e limitazioni legislativamente previste che, seppur faticosamente, si sono venute affermando come manifestazioni dei diritti degli utenti. A ben vedere, anche il modello statunitense non rinuncia ad imbrigliare il bilanciamento che si trova al cuore del fair use. E, a dire il vero, se si richiamano i vantaggi della concezione monopolistica del diritto d'autore con riguardo alla tutela dei diritti degli utenti, si può affermare che la strategia statunitense presenti una coerenza sistematica e un'efficacia applicativa cui l'Unione Europea dovrebbe aspirare.

5. Usi trasformativi, produttivi e ortogonali

La ricostruzione della giurisprudenza statunitense compiuta da Beebe porta ad emersione il fatto che la dottrina del fair use è divenuta un concreto baluardo degli usi trasformativi di un'opera protetta da parte degli utenti. Proprio attingendo all'analisi svolta da Beebe, Pamela Samuelson³²⁷ ha dimostrato che il fair use è prevedibilmente e quasi immancabilmente baluardo della libertà di espressione di espressione degli utenti. Non a

³²⁵ BEEBE, *op. cit.*, sez. IV(D): "Ultimately, the paradox of the fourth factor is that it is everything in the fair use test and thus nothing. To assert, as a descriptive matter, that it is the most important factor--or, as a normative matter, that it is too important--is meaningless, primarily because it is no factor, no independent variable, at all. Instead, regardless of what we might hope--or fear--it would be, the actual doctrine of the fourth factor consists in practice of a few propositions of law that judges should keep in mind as they synthesize the various factual findings that they have made under the previous factors--and 93.6% of the opinions analyzed the factors in their numerical order. In theory, section 107 instructs courts to conduct a balancing test along the four dimensions of its factors, "in light," explains Campbell, "of the purposes of copyright." In practice, judges appear to apply section 107 in the form of a cognitively more familiar two-sided balancing test in which they weigh the strength of the defendant's justification for its use, as that justification has been developed in the first three factors, against the impact of that use on the incentives of the plaintiff. Factor four provides the analytical space for this balancing test to occur, and the various doctrinal propositions under factor four are merely there to tilt the scales one way or the other. In essence, like the four factors themselves, they are not legal propositions, but policy propositions."

³²⁶ Cui si è accennato brevemente nel Capitolo I.

³²⁷ SAMUELSON, *Unbundling Fair Uses*, cit.

caso, la giurisprudenza in materia del fair use può essere sistematizzata sulla base di quelli che vengono definiti “policy relevant clusters”,³²⁸ cioè conglomerati di tecniche interpretative e schemi di ragionamento che si sono cristallizzati nel tempo in risposta a precise esigenze.

Dinamica spesso ineludibile nell’atto creativo è il fatto che l’autore si trovi ad attingere a precedenti opere al fine di criticarle, commentarle e offrire nuovi punti di vista. Sebbene la Corte non richiami esplicitamente il Primo Emendamento quale sostrato decisionario, secondo Pamela Samuelson, in *Campbell* è la libertà di espressione a spingere la Corte Suprema a delineare la categoria degli usi trasformativi di un’opera, inaugurando la lunga stagione che ha visto le parodie essere puntualmente ritenute legittime dalla giurisprudenza statunitense.³²⁹ Del resto, come è già stato dimostrato in sede di analisi dei quattro fattori, il riconoscimento che un uso è trasformativo ha una valenza particolarmente assorbente, che legittima le Corti a riconoscere, ad esempio, che l’uso è legittimo anche qualora coinvolga un’opera spiccatamente espressiva e attinga in modo sostanziale al cuore della stessa. A ben vedere, hanno trovato cittadinanza nell’ordinamento statunitense non solo le parodie, ma anche altre opere trasformative. Infatti, da *Campbell* emerge che la giurisprudenza statunitense aderisce ad una nozione ampia di uso trasformativo. Come nota Pamela Samuelson, ciò implica che il fair use è idoneo a coprire anche usi produttivi e ortogonali di un’opera protetta.³³⁰

L’uso produttivo³³¹ consiste nell’utilizzo di parti di un’opera con l’obiettivo di svolgerne un commento critico. Secondo Pamela Samuelson, caso emblematico in tal senso è la decisione in *New Era Publications International v. Carol Publishing Group*,³³² concernente la biografia del fondatore di Scientology Ron Hubbard, scritta da Jonathan Caven-Atack con l’obiettivo di attaccare la Chiesa di Scientology svelando aspetti controversi della vita di Hubbard stesso. Nel farlo, Caven-Atack ha attinto agli scritti dello stesso Hubbard, protetti da copyright e dati in licenza alla *New Era*. Cruciale è il ragionamento che la Corte compie in sede di valutazione del danno al mercato potenziale. In questa fase, viene escluso perentoriamente che la tutela del copyright e, in particolare, del successo commerciale di un’opera possa legittimare il sacrificio della libertà di espressione di un autore che voglia svolgere la critica di una precedente opera.

Si badi che, talvolta, si può fare uso di un’opera protetta in modo diametralmente opposto rispetto a quello inizialmente concepito dal suo autore. A detta di Pamela Samuelson, si tratta dei cosiddetti usi ortogonali³³³ di un’opera protetta, i quali devono essere considerati legittimi in quanto manifestazioni della libertà di espressione. Si consideri, a tal proposito, il caso *Savage v. Council on American-Islamic Relations (CAIR), Inc.*,³³⁴ concernente la diffusione su internet dei discorsi radiofonici spiccatamente anti-islamici tenuti da Michael Savage. Tale disseminazione è avvenuta nel contesto di un commento critico svolto dal CAIR sul proprio sito web. Il CAIR intendeva distanziarsi pubblicamente dal pensiero di Savage e, forte del dissenso così manifestato, contestualmente sollecitava una raccolta fondi per finanziare attività pro-Islam. La Corte, affermando la sussistenza del

³²⁸ SAMUELSON, *op. cit.*, 2543.

³²⁹ SAMUELSON, *op. cit.*, 2550.

³³⁰ Per una disamina della giurisprudenza post-Campbell si veda: P. SAMUELSON, *Possible Futures of Fair Use, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2584180* (2015).

³³¹ SAMUELSON, *Unbundling Fair Uses*, cit., 2555.

³³² 904 F.2d 152 (2d Cir. 1990).

³³³ SAMUELSON, *Unbundling Fair Uses*, cit., 2557.

³³⁴ 87 U.S.P.Q.2d (BNA) 1736 (N.D. Cal. 2008).

fair use, ha sostenuto che l'utilizzo degli estratti del discorso di Savage fosse ragionevole e commisurato allo scopo di rendere edotto il pubblico riguardo al tono e alla maniera con cui Savage stesso si era espresso.

6. I diritti degli utenti in Canada: il caso *Théberge*

Finora, la fenomenologia delle eccezioni aperte è stata osservata prevalentemente da un solo angolo visuale, vale a dire quello che contempla gli utenti quali soggetti capaci di esprimere un contributo creativo tramite usi trasformativi, produttivi e ortogonali di un'opera protetta. Occorre notare, però, che spesso gli utenti non diventano essi stessi, a loro volta, autori. Ciò è evidente, ad esempio, nel caso *Betamax*, in cui gli utenti si limitano a procrastinare nel tempo la visione di un programma proponendosi di essere spettatori passivi dello stesso. In *Betamax*, quello che gli utenti si propongono di ottenere è il solo accesso all'opera protetta. Occorre chiedersi, allora, come valorizzare la posizione degli utenti anche qualora si configurino come fruitori in senso stretto. Per rispondere a tale interrogativo, appare proficuo svolgere un'indagine comparatistica che chiami in causa il modello canadese e, con esso, l'eccezione contenuta nella sezione 29 del Copyright Act canadese,³³⁵ cioè la cosiddetta clausola del fair dealing

Offre numerosi spunti per l'inquadramento dei punti nevralgici del sistema canadese il caso *Théberge*,³³⁶ dichiarazione di intenti della giurisprudenza in materia di copyright. Brevemente, con riferimento ai fatti di causa, occorre notare che la vicenda giudiziale ha preso avvio dall'acquisto da parte di una galleria d'arte di poster su cui erano riprodotte le opere di un famoso artista. La galleria d'arte acquirente aveva trasferito su delle tele le immagini riprodotte sui poster. È cruciale notare che tale procedimento costituiva un autentico trasferimento dell'immagine, dal momento che la tecnica utilizzata faceva sì che le immagini venissero totalmente rimosse dai poster. Il titolare del copyright lamentava una violazione del proprio diritto, adducendo che la galleria d'arte avesse compiuto un'illegitima riproduzione di opere protette. Aderendo ad una visione squisitamente monopolistica, la Corte Suprema, chiamata a decidere il caso, ha deciso in favore della galleria d'arte, dal momento che l'attore non era riuscito a dimostrare che la legge conferisse un preciso diritto al titolare del copyright che gli consentisse di limitare l'insieme di poteri che spettavano alla galleria d'arte quale legittima proprietaria delle copie tangibili dell'opera.

In *Théberge*, la Corte Suprema concepisce il copyright quale un sistema integrato che contempla diritti esclusivi, eccezioni e limitazioni. In particolare, la Corte afferma che è la legge stessa, come racchiusa nel Copyright Act, a incoraggiare il bilanciamento tra la promozione dell'interesse generale alla disseminazione del sapere e l'esigenza di remunerare gli autori.³³⁷ Inoltre, la Corte ammette che, al cuore di un sistema appropriatamente bilanciato, non sta solo il riconoscimento di diritti esclusivi ai titolari del copyright, ma soprattutto la capacità di dare il giusto peso a tali diritti stessi, i quali nascono ontologicamente limitati.³³⁸

Fattori determinanti nel mantenimento di questo equilibrio sono le eccezioni al copyright, quali il fair dealing, che presidiano l'espansione del pubblico dominio e

³³⁵ Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42).

³³⁶ *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 SCR 336.

³³⁷ *Théberge*, cit., para 30.

³³⁸ *Théberge*, cit., para 31.

rimuovono gli ostacoli che impediscono le libere utilizzazioni di opere protette.³³⁹ Per tale ragione, le eccezioni sono meritevoli di un'interpretazione estensiva. Invece, una volta che il copyright è correttamente riconosciuto quale creazione statutaria correlata a finalità specifiche, i diritti di esclusiva economica riconosciuti agli autori devono essere interpretati restrittivamente.

Coerentemente, la Corte Suprema restringe la nozione di riproduzione, atto che rientra nelle prerogative esclusive del titolare del diritto d'autore, ritenendo che l'atto compiuto dalla galleria d'arte si configuri come un mero trasferimento su altro supporto materiale. Infatti, il concetto di riproduzione presuppone che le copie di un'opera protetta vengano moltiplicate.³⁴⁰ Ciò implica che, tendenzialmente, una volta che gli utenti acquisiscono un diritto di proprietà sulle copie di un'opera, spetta agli utenti stessi definirne il destino.

L'approccio restrittivo che la Corte Suprema adotta con riguardo ai diritti di privativa economica spettanti al titolare del copyright implica quale precipua conseguenza il restringimento della nozione di opera derivata. È rilevante notare che, per la Corte Suprema, la tutela delle opere derivate è indice di un preciso trend che ha visto vari sistemi giuridici progressivamente allargare le prerogative dei titolari del copyright: in particolare, la violazione del copyright non è ristretta al solo caso di riproduzione strettamente intesa, ma ricomprende anche il caso in cui un'opera sia successivamente adattata, dando luogo ad un'opera derivata appunto.

In alcuni sistemi, la nozione di opera derivata è particolarmente ampia. Negli Stati Uniti ciò accade per volontà del legislatore stesso, il quale, nella sezione 101 del titolo 17 dello US Code, afferma che costituisce un'opera derivata ogni forma in cui un lavoro possa essere adattato.³⁴¹ Inoltre, secondo la sezione 106(2), il titolare del copyright ha il diritto esclusivo di realizzare o di autorizzare a realizzare opere derivate. Questa scelta legislativa implica l'ampliamento del controllo che il titolare del copyright può esercitare su potenzialmente qualsiasi tipo di adattamento della propria opera, anche nel caso in cui un'opera venga semplicemente trasferita su un diverso supporto materiale.³⁴²

In *Théberge*, emerge che, diversamente dagli Stati Uniti, il legislatore canadese non ha fornito una definizione ampia di opera derivata. Né possono le Corti canadesi ampliare la nozione di opera derivata in via interpretativa. Coerentemente con la concezione del

³³⁹ *Théberge*, cit, para 32.

La Corte si cimenta anche in un ragionamento di matrice economica (*Théberge*, cit, para 31): "In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them. Once an authorized copy of a work is sold to a member of the public, it is generally for the purchaser, not the author, to determine what happens to it."

³⁴⁰ *Théberge*, cit, para 42 ss.

³⁴¹ Precisamente, secondo la sezione 101 del Titolo 17 dello US Code: "A "derivative work" is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work".

³⁴² La Corte in *Théberge* (cit, para 72 ss) allude alla problematicità di un tale approccio prendendo in considerazione il caso *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341 (9th Cir. 1988) e la sua progenie. In *Mirage*, fulcro della questione è se costituisca un'opera derivata l'operazione per cui alcune stampe di un'opera protetta vengono incollate su piastrelle di ceramica. In *Mirage*, la giurisprudenza statunitense ha ritenuto che tale atto costituisce una violazione di copyright.

copyright quale creazione statutaria, la Corte ritiene di non poter estendere tale nozione³⁴³ perché ciò spetta solo al Parlamento.³⁴⁴

7. CCH e la pentologia

Dall'analisi del caso *Théberge*, emerge già chiaro il ruolo della clausola del fair dealing quale eccezione al copyright posta a baluardo del corretto bilanciamento tra copyright e diritti degli utenti. Più nel dettaglio, la sezione 29 del Copyright Act canadese³⁴⁵ afferma che non costituisce violazione di copyright il “fair dealing” con finalità di ricerca, studio privato, insegnamento, parodia e satira.³⁴⁶ Inoltre, rispettivamente in base alle sezioni 29.1 e 29.2, possono essere considerati come fair dealing anche gli usi di un'opera con finalità di critica e di informazione, purché sia menzionata la fonte e, se noto dalla fonte, il nome dell'autore.³⁴⁷ Il fair dealing, come il fair use, si caratterizza per un processo di bilanciamento che le Corti compiono alla luce di una serie di criteri. Tuttavia, contrariamente al fair use, il fair dealing non è suscettibile di ricomprendere potenzialmente qualsiasi uso non autorizzato. Infatti, l'elencazione delle tipologie d'uso contenuta nelle norme sopra indicate ha carattere esaustivo.³⁴⁸

In *CCH*,³⁴⁹ la Corte Suprema canadese ha stabilito che il vaglio sulla sussistenza del fair dealing ha una struttura bifasica.³⁵⁰ Per l'esattezza, in contrasto con il modello statunitense,³⁵¹ occorre innanzitutto verificare che l'utilizzazione non autorizzata di un'opera protetta rientri in una delle casistiche elencate in maniera esaustiva nelle sezioni 29, 29.1 e 29.2. Solo qualora il tipo di utilizzo possa essere sussunto in uno dei casi legislativamente previsti, è possibile procedere a considerare se un certo uso possa essere considerato “fair”. La Corte ha specificato che il secondo passaggio del vaglio sul fair dealing consiste in un bilanciamento che la giurisprudenza è chiamata a svolgere con riguardo alle esigenze di ogni singolo caso. Vari fattori possono ausiliare tale analisi.³⁵²

Procedendo a un'elencazione non esaustiva e attingendo esplicitamente alla giurisprudenza in materia di fair use,³⁵³ in *CCH* la Corte ha ritenuto che, ad esempio, il carattere dell'utilizzo non autorizzato vada considerato: in particolare, tende ad essere illegittima la riproduzione di molteplici copie destinate ad un'ampia diffusione. Al contrario, può qualificarsi come fair dealing il caso in cui una singola copia venga realizzata per uno scopo specifico. Va presa in considerazione anche la porzione di opera protetta utilizzata, anche se non è escluso che l'utilizzo di un'opera nella sua interezza possa in taluni casi essere ritenuto fair dealing.³⁵⁴ Inoltre, stante la necessità di effettuare un vaglio

³⁴³ La Corte Suprema canadese di smarca esplicitamente dal modello statunitense con riguardo alla nozione di opera derivata: *Théberge*, cit., para 71 ss.

³⁴⁴ *Théberge*, cit, para 73.

³⁴⁵ Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42).

³⁴⁶ Articolo 29 del Copyright Act: “Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright.”

³⁴⁷ Ex articoli 29.1 e 29.2 del Copyright Act.

³⁴⁸ GEIST, *Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use*, cit., 158.

³⁴⁹ *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13.

³⁵⁰ *CCH*, cit., para 50.

³⁵¹ Il modello canadese sembra rifiutare l'ampiezza del fair use: M.J. TAWFIK, *The Supreme Court of Canada and the "Fair Dealing Trilogy": Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law*, 51/no 1 *Alberta law review*, 191, 197 (2013).

³⁵² *CCH*, cit., para 54 ss.

³⁵³ *CCH*, cit., para 53.

³⁵⁴ È il caso, ad esempio, dell'utilizzo di un'opera con finalità di studio privato. In *CCH*, cit., para 56: “The amount taken may also be more or less fair depending on the purpose. For example, for the purpose of

sotto l'egida del principio di proporzionalità, occorre valutare che l'utilizzo non autorizzato sia necessario allo scopo perseguito e che non vi sia alternativa meno lesiva per conseguire il medesimo scopo. Anche la natura dell'opera protetta va analizzata: in particolare, se un'opera non è stata pubblicata, la sua diffusione contribuisce alla massima finalità del copyright, cioè la disseminazione delle opere. Nel caso in cui un'opera non sia stata pubblicata, dunque, l'uso deve ritenersi legittimo, purché l'autore venga menzionato e l'opera non sia confidenziale. Infine, gli effetti dell'uso sull'opera protetta vanno tenuti in considerazione: in particolare, l'uso tende ad essere considerato legittimo qualora esso non abbia l'effetto di introdurre una serie di sostituti di mercato in concorrenza con l'opera protetta.

Nel caso *CCH*, la Corte ha stabilito che non costituisca una violazione di copyright il servizio offerto dalla Biblioteca della Law Society of Upper Canada, consistente nel fornire, su richiesta di esperti di diritto, copie di decisioni giudiziali e relativi sommari, statuti o altri materiali giuridici. La Corte ha ritenuto sussistente il fair dealing, essendo l'uso legittimo in quanto finalizzato alla ricerca da parte di giudici, avvocati e altri operatori giuridici. Da questo caso, emerge l'intento da parte della giurisprudenza canadese di favorire l'accesso alle opere da parte degli utenti. Infatti, occorre notare che, in *CCH*, il soggetto che realizza in concreto la riproduzione delle opere protette è la Biblioteca, che compie l'atto per finalità di ricerca non propria ma altrui. Di conseguenza, si potrebbe argomentare che la condotta della Biblioteca non possa essere coperta da fair dealing in quanto non qualificabile come attività di ricerca in senso stretto. Nonostante ciò, la Corte ha ritenuto il fair dealing sussistente sulla base del fatto che, visto che la riproduzione svolta dalla Biblioteca avveniva su richiesta degli utenti finali, vale al dire gli esperti di diritto, l'eccezione del fair dealing poteva ritenersi applicabile.

La Corte Suprema Canadese ha dimostrato una spiccata sensibilità al tema dell'accesso alle opere da parte degli utenti anche in altre decisioni.³⁵⁵ A riprova di ciò, occorre prendere in considerazione la cosiddetta pentologia del copyright, cioè una serie di cinque decisioni, tutte emesse nel 2012, con cui la Corte Suprema ha segnato il destino del copyright negli anni successivi, improntando il sistema canadese ad un approccio aperto ai diritti degli utenti.³⁵⁶ Due decisioni rilevano precipuamente in tema di fair dealing: il caso *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v Bell Canada*³⁵⁷ e il caso *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*.³⁵⁸

Bell Canada concerne la pretesa secondo cui, in caso di comunicazione al pubblico di opere musicali su internet, il titolare del copyright ha diritto a una remunerazione anche con riguardo ai soli estratti che sono messi a disposizione dei consumatori al fine di consentire loro di ascoltare brevi parti dei brani prima di pagare per la fruizione dell'opera nella sua interezza. In presenza di tale pretesa, nodo da sciogliere è se l'attività condotta dai consumatori nella scelta delle opere da acquistare possa essere qualificata come ricerca, attività legittima in quanto coperta dalla clausola del fair dealing.

research or private study, it may be essential to copy an entire academic article or an entire judicial decision. However, if a work of literature is copied for the purpose of criticism, it will not likely be fair to include a full copy of the work in the critique.”

³⁵⁵ M. J. TAWFIK, *The Supreme Court of Canada and the "Fair Dealing Trilogy": Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law*, cit., 2013.

³⁵⁶ L. DI VALENTINO, *Comparison of Fair Dealing and Fair Use in Education Post-Pentology*, in FIMS Working Papers, 2013 << <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=fimswp>>>.

³⁵⁷ *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 SCR 326.

³⁵⁸ 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345.

Argomento addotto dalla parte attrice a sostegno della violazione del copyright è che la nozione di ricerca implichi che un'opera protetta venga fatta oggetto di una ricerca sistematica che abbia l'obiettivo di stabilire fatti e raggiungere nuove conclusioni. Secondo questa visione, solo gli usi che contribuiscono ad un processo creativo andrebbero protetti dalla clausola del fair dealing in vista del pubblico interesse.³⁵⁹ Conseguentemente, nel caso in questione, la condotta dei consumatori non potrebbe qualificarsi quale ricerca ai fini dell'applicazione della sezione 29. Prendendo le distanze da tale argomentazione, la Corte ha ammesso che, nel caso di specie, si fosse in presenza di un'attività rientrante nella nozione di ricerca. In questo modo, la Corte ha consacrato il diritto d'accesso degli utenti alle opere protette, il quale è meritevole di tutela da parte dell'ordinamento al pari del caso in cui gli utenti esprimano un gradiente di creatività con l'obiettivo di creare un'opera derivata. Del resto, il copyright compie la propria funzione sociale nel pubblico interesse quando incoraggia la disseminazione delle opere, anche quando tale disseminazione sia fine a se stessa e non sia prodromica a ulteriori contributi creativi.³⁶⁰

Sensibilità sul tema dell'accesso ad opere protette si riscontra anche nel caso *Alberta Education*, in cui la Corte Suprema è stata chiamata a decidere se fosse coperta da fair dealing la condotta degli insegnanti che distribuiscono ai propri studenti fotocopie di estratti di libri di testo. Si noti che questo caso poneva una difficoltà ulteriore rispetto a *CCH*: infatti, nodo da sciogliere stava nel fatto che l'atto di riproduzione non avveniva su richiesta degli studenti, ma su iniziativa degli insegnanti stessi, i quali, di primo acchito, sembravano svolgere un'attività con finalità di istruzione, che, al contrario dell'uso a scopo di studio privato, non è coperta da fair dealing. Tuttavia, anche in questo caso la Corte ha dichiarato la sussistenza del fair dealing. Infatti, si assisteva ad un'ipotesi di "finalità simbiotica",³⁶¹ in quanto l'attività di riproduzione svolta dagli insegnanti era parte integrante e imprescindibile del processo di studio degli studenti. Ecco che doveva essere presa in considerazione la prospettiva di questi ultimi quali utenti finali.³⁶²

8. Fair dealing e fair use a confronto

Se è vero che l'analisi sulla giurisprudenza canadese appena condotta evidenzia le vocazioni parzialmente differenti di fair use e fair dealing, è innegabile che essa abbia anche l'effetto di mettere in luce numerosi punti di contatto tra il sistema statunitense e quello canadese. Emerge chiaro, infatti, lo spirito profondamente utilitaristico che anima il copyright canadese, il quale, similmente all'omologo statunitense e diversamente dal modello europeo, si basa su una concezione integrata delle eccezioni le quali contribuiscono all'attuazione delle finalità statutarie del copyright stesso. Queste similitudini si fanno ancora più evidenti se si considera che, soprattutto alla luce delle recenti evoluzioni legislative e giurisprudenziali cui il Canada ha assistito,³⁶³ il fair dealing ha progressivamente ceduto terreno al fair use, convertendosi in un'eccezione a tutti gli effetti aperta.

³⁵⁹ *Bell Canada*, cit., para 20.

³⁶⁰ *Bell Canada*, cit., para 21: "It is true that an important goal of fair dealing is to allow users to employ copyrighted works in a way that helps them engage in their own acts of authorship and creativity. But that does not argue for permitting only creative purposes to qualify as "research" under s. 29 of the Copyright Act. To do so would ignore the fact that the dissemination of works is also one of the Act's purposes, which means that dissemination too, with or without creativity, is in the public interest."

³⁶¹ *Alberta Education*, cit. para 23.

³⁶² *Alberta Education*, ibidem.

³⁶³ M. GEIST, *The Canadian Copyright Story: How Canada Improbably Became the World Leader on Users' Rights in Copyright Law* in R. L. OKEDIJI (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, 2017, 202; L. DI VALENTINO, *Comparison of Fair Dealing and Fair Use in Education Post-Pentalogy*, cit., 1.

Innanzitutto, lo stesso legislatore canadese ha provveduto ad ampliare progressivamente il novero di usi suscettibili di essere qualificati come fair use.³⁶⁴ Se, in aggiunta a ciò, si considera che la giurisprudenza canadese propugna la necessità di interpretare estensivamente le nozioni che delineano gli usi consentiti, allora si può affermare che, in pratica, tendenzialmente ogni utilizzazione da parte degli utenti risulta idonea a superare il primo dei due vagli che concorrono all'affermazione del fair dealing da parte delle Corti. In effetti, se è vero che da un punto di vista formale il fair dealing continua ad avere una struttura bifasica, a ben vedere la fase di analisi veramente determinante è la seconda. Non a caso, in *Bell Canada*, la Corte Suprema ha affermato: “In mandating a generous interpretation of the fair dealing purposes, including “research”, the Court in CCH created a relatively low threshold for the first step so that the analytical heavy-hitting is done in determining whether the dealing was fair.”³⁶⁵

Alla luce dell'evoluzione del fair dealing, acuta dottrina ha argomentato addirittura che la clausola del fair dealing avrebbe una portata applicativa ancora più ampia della regina delle eccezioni aperte, cioè il fair use. Infatti, se è vero che l'operatività del fair dealing non presuppone la trasformatività dell'uso, requisito invece quasi ineludibilmente³⁶⁶ richiesto nell'indagine sulla sussistenza del fair use, allora si può convincentemente sostenere che l'utente che voglia giovare del fair dealing abbia un onere della prova comparativamente più facile da assolvere rispetto all'utente che voglia beneficiare della copertura del fair use.³⁶⁷ Infatti, non servirà argomentare che la fruizione dell'opera sia prodromica al suo riuso creativo. Basterà vantare un diritto di accesso che, peraltro, quale diritto dell'utente, dovrà essere interpretato estensivamente dalle Corti in ossequio al dictum in *Théberge*.

Dall'analisi della giurisprudenza canadese emerge che, similmente al fair use statunitense, è la concezione utilitaristica del copyright a porre degli argini alla vis espansiva del fair dealing che risulta, dunque, strumento flessibile ma non imprevedibile. Infatti, le Corti canadesi ragionano costantemente intorno a un punto fermo, che consiste nell'abbracciare la prospettiva dell'utente finale quale reale fruitore di una determinata opera protetta. A ben vedere, in *CCH* e *Bell Canada* sono gli utenti a dettare lo standard interpretativo utilizzato dalla Corte Suprema.³⁶⁸ Infatti, in *CCH* la Corte ritiene applicabile il fair dealing alla luce dell'utilità che gli operatori del diritto traggono dal materiale messo a disposizione dalla Biblioteca. Ciò arriva a giustificare l'interpretazione estensiva della nozione di ricerca, che consente al fair dealing di legittimare l'uso di materiale da parte della Biblioteca in quanto strumentale alla ricerca finale condotta dagli utenti. Un approccio simile si riscontra in *Bell Canada*, in cui l'interpretazione della nozione di ricerca è volta a portare a compimento l'obiettivo del copyright, cioè la disseminazione delle opere a vantaggio degli utenti. Tale standard interpretativo è necessitato dalla concezione monopolistica del copyright, che questa volta entra in gioco in modo mediato, attraverso la prospettiva degli utenti: se la finalità del copyright è la promozione del progresso culturale, allora sono gli utenti la chiave di lettura di tale pubblico interesse.

³⁶⁴ Attraverso il cosiddetto “Copyright Modernization Act” (S.C. 2012, c. 20), il legislatore ha ampliato le casistiche annoverando nell'elenco anche le finalità di parodia, satira e insegnamento.

³⁶⁵ *Bell Canada*, cit., para 27.

³⁶⁶ *Betamax* è un caso puramente eccezionale: L. DI VALENTINO, *Comparison of Fair Dealing and Fair Use in Education Post-Pentalogy*, cit., 11.

³⁶⁷ DI VALENTINO, *op. cit.*, 23.

³⁶⁸ Sul tema dei diritti degli utenti come regola di interpretazione nell'ordinamento Canadese: CHAPDELAINÉ, *Copyright users' rights*, cit., capitolo II.

9. Le eccezioni aperte e gli interessi dei titolari del copyright

I detrattori delle eccezioni aperte potrebbero argomentare che l'impiego della prospettiva dell'utente finale quale elemento di definizione dei confini applicativi delle eccezioni aperte risulti poco convincente, a fortiori alla luce della recente giurisprudenza canadese, che sembra aver usato i diritti degli utenti quale standard interpretativo al solo fine di ampliare la portata delle eccezioni e non certo con l'obiettivo di delimitare le stesse.

Questa argomentazione presta il fianco a critiche. Innanzitutto, occorre notare che l'attitudine prettamente ampliativa delle Corti non è coesistente all'adozione del punto di vista degli utenti finali quale standard di interpretazione. A ben vedere, essa si spiega rispetto all'esigenza contingente di riorientare un sistema che per lungo tempo è stato sbilanciato a favore dei titolari del copyright. Questa missione riequilibratrice intrapresa dalle Corti canadesi trova il proprio manifesto in *Bell Canada*, in cui si afferma: "Théberge reflected a move away from an earlier, author-centric view which focused on the exclusive right of authors and copyright owners to control how their works were used in the marketplace".³⁶⁹

Inoltre, si noti che quella della giurisprudenza canadese non è una brama cieca di perseguire i diritti degli utenti ad ogni costo. A riprova di ciò, si prenda in considerazione il caso *Alberta*, in cui la Corte si dichiara pronta a rintracciare i casi in cui, con intenti elusivi, i diritti degli utenti vengano utilizzati meramente come pretesto a copertura di un utilizzo in realtà illegittimo. La Corte specifica, infatti, che: "fair dealing is a "user's right", and the relevant perspective when considering whether the dealing is for an allowable purpose under the first stage of CCH is that of the user. This does not mean, however, that the copier's purpose is irrelevant at the fairness stage. If [...] the copier hides behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair, that separate purpose will also be relevant to the fairness analysis."³⁷⁰

Si potrebbe, tuttavia, argomentare che uno standard interpretativo ancorato alla prospettiva dell'utente sia di per sé eccessivamente vago, a riconferma dei timori con riguardo al rischio di ammettere eccezioni aperte nell'ambito del diritto d'autore europeo. A dire il vero, una tale critica ha poche frecce al proprio arco se si abbraccia una visione onnicomprensiva dei sistemi di proprietà intellettuale. In effetti, è dato per assodato nel panorama europeo che, nel circoscrivere i diritti esclusivi conferiti ai titolari di brevetti e marchi, la giurisprudenza possa e debba servirsi della prospettiva dell'utente, quale soggetto tipo beneficiario di quell'utilità sociale di cui brevetti e marchi sono latori. Senza pretesa di esaustività, appare proficuo volgere lo sguardo al di là del diritto d'autore.

Se si prende in considerazione il diritto dei brevetti, opinione ormai consolidata è che i brevetti, quali incentivi all'innovazione che conferiscono diritti di privativa economica ai propri titolari, sono tollerati perché i costi sociali, imposti dal regime di monopolio legale da essi instaurato, sono compensati da vari benefici, primo tra tutti il fatto che, in virtù del processo di registrazione, si garantisce la disseminazione di informazioni sull'innovazione tecnologica, informazioni che altrimenti tenderebbero a rimanere segrete³⁷¹. Non è un caso che, se si fa riferimento ai requisiti per la brevettabilità, materia armonizzata dalla

³⁶⁹ *Bell Canada*, cit., para 9.

³⁷⁰ *Alberta Education*, cit., para 22.

³⁷¹ *Ex multis*: L. BENTLY et al., *Intellectual Property Law*, Oxford, 2018.

Convenzione sul rilascio del brevetto europeo,³⁷² emerge che un'innovazione è nuova e, dunque, brevettabile se essa non rientra nello stato dell'arte³⁷³. Si noti che contribuisce alla definizione della nozione di stato dell'arte anche l'inquadramento della persona esperta nel settore di riferimento, la quale è concepita come quel soggetto tipo che mette in campo le competenze e conoscenze di cui in media sono dotati gli operatori in un determinato ambito. Ad esempio, lo stato dell'arte includerà anche tutte le informazioni che è possibile ricavare da operazioni di ingegneria inversa, se, nel settore di riferimento, la persona esperta è solita avere capacità in tal senso³⁷⁴. Ciò avviene a detrimento della brevettabilità di un'invenzione, che più difficilmente potrà essere definita come nuova. Un ragionamento simile si applica con riguardo al fatto che un'invenzione, per risultare brevettabile, deve presupporre un'attività inventiva³⁷⁵ cioè non deve risultare ovvia alla persona esperta nell'ambito di riferimento. Ancor più che con riguardo al vaglio sulla novità, l'indagine sulla non ovvietà richiede l'individuazione di un soggetto tipo,³⁷⁶ che operi in un determinato ambito³⁷⁷ dimostrando capacità non eccezionali.

Ci si volga ora ai marchi, diritti di proprietà intellettuale la cui funzione essenziale è quella di indicare la provenienza di prodotti o servizi a beneficio del consumatore.³⁷⁸ Al fine di valutare la distintività di un marchio, prerequisite per la sua registrazione,³⁷⁹ la Corte di Giustizia ha affermato che il carattere distintivo “deve essere valutato in funzione, da un lato, dei prodotti o dei servizi per i quali è stata chiesta la registrazione del marchio e, dall'altro, della percezione dei settori interessati, costituiti dai consumatori dei detti prodotti o servizi. Si tratta della percezione presunta di un consumatore medio dei prodotti o servizi in questione, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto.”³⁸⁰ I giudici nazionali devono svolgere una tale valutazione caso per caso, al fine di garantire che il marchio svolga la sua funzione essenziale.³⁸¹

Similmente, nel definire lo scopo di protezione dei marchi, la Corte di Giustizia ha affermato che, in presenza di due marchi identici o simili associati a prodotti o servizi identici o simili,³⁸² nel vagliare il rischio di confusione per il pubblico occorre prendere in considerazione il consumatore medio,³⁸³ ragionevolmente informato e attento.³⁸⁴ È chiaro, allora, che in materia di brevetti e marchi si accetta piuttosto serenamente che il monopolio legale assicurato ai titolari di diritti di proprietà intellettuale venga ritagliato in base alla prospettiva di soggetti tipo, identificati di volta in volta dalla giurisprudenza. Risulta arduo

³⁷² Convention on the grant of European patents (Convenzione sul Brevetto Europeo), conclusa a Monaco il 5 October 1973, entrata in vigore il 7 Ottobre 1977, come rivista dalla legge sulla revisione della convenzione sulla concessione di brevetti europei firmata a Monaco il 29 novembre 2000.

³⁷³ Art. 54 della Convenzione sul Brevetto Europeo.

³⁷⁴ *Thomson/ Electron tube*, T 953/90 [1998] EPOR 415; *Availability to the Public* (G1/92) [1993] EPOR 241.

³⁷⁵ Art. 56 della Convenzione sul Brevetto Europeo.

³⁷⁶ *Polymer Powders/ Allied colloids*, T 39/93 [1997] OJ EPO 134.

³⁷⁷ *Comvik/ Two identities*, T 641/00 [2003] OJ EPO 319.

³⁷⁸ C-206/01, *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed*, 12 Novembre 2002, ECLI:EU:C:2002:651, para 48.

³⁷⁹ Nella disciplina odierna, ciò è stabilito dall'articolo 4(b) Direttiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa [2015] OJ L 336/1.

³⁸⁰ C-218/01, *Henkel KGaA*, 12 febbraio 2004, ECLI:EU:C:2004:88, para 50.

³⁸¹ *Henkel*, cit., para 51.

³⁸² Cfr nella disciplina odierna articolo 5(1)(b) e articolo 10(2)(b) della Direttiva 2015/2436

³⁸³ C-251/95 *Sabel BV v Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, 11 Novembre 1997, ECLI:EU:C:1997:528, para 23.

³⁸⁴ C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co GmbH v Klijsen Handel BV*, 22 giugno 1999, ECLI:EU:C:1999:323, para 26.

argomentare in modo convincente che vi siano delle controindicazioni a svolgere un ragionamento simile in tema di diritto d'autore.

Da ultimo, occorre notare che non sembra persuasiva la tesi di coloro che, aderendo ad una logica antagonista tra autori e utenti, ritengono che l'ampliamento delle eccezioni porti immancabilmente al declino degli interessi autoriali. Infatti, anche negli ordinamenti che manifestano una notevole apertura ai diritti degli utenti, la necessità di tutelare la posizione dei titolari del copyright è considerata come ineludibile. Secondo la Corte Suprema canadese in *Théberge*, sottovalutare la necessità di ricompensare gli autori sarebbe controproducente: "In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them."³⁸⁵

E si noti che le Corti, nel maneggiare le eccezioni aperte, non si mostrano estranee alle logiche che permeano la visione del titolare del diritto d'autore, quale soggetto privato naturalmente incline giovare del sistema di incentivi promosso dal copyright. Emblematico di tale attitudine delle Corti all'immedesimazione è il caso statunitense *Google Books*,³⁸⁶ concernente la realizzazione da parte di Google di copie digitali di un enorme ammontare di opere, in larga parte coperte da copyright. Obiettivo di Google è la creazione di una piattaforma cui gli utenti possono visionare le opere riprodotte. Si badi che, con riguardo alle opere non ancora nel pubblico dominio, solo alcuni estratti sono visibili. Si noti, inoltre, che Google fornisce il link per l'acquisto delle opere messe a disposizione. I titolari del copyright, rappresentati dalla cosiddetta "Author's Guild", vedendo la propria posizione messa a repentaglio, iniziano una lunga battaglia legale, destinata a concludersi a favore di Google, la cui condotta è ritenuta coperta da fair use. È rilevante notare che, tra le considerazioni che avallano la sussistenza del fair use, la Corte non può evitare di notare che, in realtà, l'operazione compiuta da Google avvantaggia non solo gli utenti, ma anche i titolari del diritto d'autore. Infatti, questi ultimi possono giovare di una piattaforma pubblicitaria gratuita, capace di procacciare loro nuovi acquirenti per le loro opere.

10. Il fair use e il quadro internazionale: dubbi sulla compatibilità

Il discorso finora svolto ha evidenziato che le preoccupazioni in termini di imprevedibilità delle eccezioni aperte si rivelano poco aderenti alla realtà delle dinamiche giurisprudenziali. Inoltre, si è visto che, superata una concezione antagonista del rapporto tra interessi autoriali e posizione degli utenti, le eccezioni aperte sono strumento di un bilanciamento non fazioso che opera, a tutti gli effetti, nell'interesse generale. Si badi, però, che occorre rimuovere un ultimo ostacolo alla definitiva affermazione delle eccezioni aperte quale strumento immancabile nei sistemi giuridici contemporanei. A ben vedere, si tratta dell'ostacolo più ostico. Lo dimostra il fatto che esso è stato portato ad emersione anche da quella parte della dottrina che, pur intimamente convinta delle potenzialità delle eccezioni aperte, si è vista costretta ad evidenziarne le criticità de lege lata.³⁸⁷

Si allude in particolare alla questione relativa alla compatibilità delle eccezioni aperte con il quadro internazionale. Dubbi, in tal senso, si riscontrano soprattutto in riferimento alla clausola del fair use e alla sua conformità con l'articolo 9(2) della Convenzione di Berna. Si tratta del cosiddetto three-step test, il quale consente agli Stati membri

³⁸⁵ *Théberge*, cit., para 31.

³⁸⁶ *Author's Guild, Inc. v. Google Inc.*, Opinion (S.D.N.Y., No. 05 Civ. 8136 (DC), November 14, 2013).

³⁸⁷ R. L. OKEDIJI, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39/no. 1 *Columbia Journal of Transnational Law* 75 (2000).

dell'Unione di Berna di inserire delle eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione a condizione che (i) esse si applichino solo in certi casi speciali, (ii) non confliggano con lo sfruttamento normale dell'opera e (iii) non cagionino un pregiudizio irragionevole ai legittimi interessi dell'autore.

Si noti che il three-step test è stato ribadito in trattati successivi, in particolare nell'articolo 13 del trattato TRIPS del 1994. In particolare, il trattato TRIPS ne ha ampliato notevolmente la portata, specificando che il three-step test si applica alla generalità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, non solo a quelle che incidono sul diritto di riproduzione. Inoltre, si ritiene che l'accordo TRIPS abbia formulato il three-step test in modo più prescrittivo rispetto alla Convenzione di Berna. Infatti, mentre quest'ultima, con attitudine permissiva, configura una facoltà per gli Stati di introdurre eccezioni e limitazioni, l'accordo TRIPS inquadra la questione da un altro angolo visuale. La lettera della norma accentua, infatti, la necessità che gli Stati “confinino”³⁸⁸ gli spazi di libera utilizzazione mantenendoli negli argini delle condizioni previste dal three-step test stesso. Una lettura della norma fortemente aderente al testo dell'articolo 13 ha offerto sostegno alla posizione di coloro che ritengono che il three-step test sia un “limite ai limiti”,³⁸⁹ cioè un meccanismo di controllo che restringe l'applicazione di eccezioni e limitazioni che devono nascere già legislativamente limitate.

A ben vedere, tale posizione ha trovato autorevoli conferme nel corso del tempo. Nel 1999, sotto l'egida del WTO, l'allora Comunità Europea richiese una consultazione con riguardo alla Sezione 110(5) del Copyright Act statunitense, sostenendone l'incompatibilità con il trattato TRIPS.³⁹⁰ In quell'occasione, venne istituito un panel,³⁹¹ che si pronunciò, inter alia, in merito all'articolo 13 TRIPS, con l'obiettivo di darne un'interpretazione e di delinearne lo scopo. Dal report³⁹² redatto nel 2000 dal panel, emerge che presupposto per l'interpretazione è che le condizioni del three-step test devono avere tutte un proprio autonomo valore sistematico. Ciò implica che occorre interpretare ciascuna di esse in modo tale che esse non risultino inutili né ridondanti.³⁹³ Esse vanno intese come condizioni cumulative: qualora il test fallisca con riguardo ad una delle tre condizioni, occorre ritenere una determinata eccezione o limitazione illegittima.³⁹⁴

Con riguardo alla prima condizione del three-step test, cioè quella che impone che eccezioni e limitazioni possano essere previste solo per “certi casi determinati”, il report

³⁸⁸ Articolo 13 TRIPS: “Members *shall confine* limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder” (enfasi aggiunta).

³⁸⁹ J. J. CASTELLO PASTOR, *Spain Approaches Anglo-American Fair Use Doctrine: Do We Need to Reform the European System of Copyright Limitations and Exceptions?*, WIPO/WTO. Compiled by the World Trade Organization –Intellectual Property Division, 79 (2014).

³⁹⁰ United States - Section 110(5) of US Copyright Act, Request for Consultations by the European Communities and their Member States (4 Febbraio 1999) <<<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/IP/D/16.pdf&Open=True>>>.

³⁹¹ United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Constitution of the Panel Established at the Request of the European Communities (6 Agosto 1999) <<<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/160-6.pdf&Open=True>>>.

³⁹² United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Report of the Panel (15 Giugno 2000) <<<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/160R-00.pdf&Open=True>>>.

³⁹³ Report, cit., para 6.97.

³⁹⁴ Ibidem.

offre un'interpretazione fortemente aderente al significato letterale del testo della norma. Dal momento che “certo” significa “conosciuto anche se non esplicitamente definito”³⁹⁵ e “speciale” significa “dotato di applicazione e scopo limitati”,³⁹⁶ occorre inferire che l'articolo 13 richiede che eccezioni e limitazioni siano delineate chiaramente e circoscritte nello scopo.

Con riferimento al secondo passaggio del three-step test, è vitale dare un'interpretazione della nozione di “normale sfruttamento dell'opera”. Con riguardo all'aggettivo normale, occorre tenere in considerazioni due connotazioni: una di natura empirica, secondo cui normale significa “regolare”, “tipico”, “ordinario”; un'altra di natura normativa, che definisce come normale ciò che si conforma ad uno standard prestabilito.³⁹⁷ Inoltre, fondamentale chiave di lettura della nozione di normale è che, al fine di non rendere l'articolo 13 privo di ogni rilevanza pratica, occorre considerare la normalità in relazione ad un uso che non può essere assunto come pieno.³⁹⁸ Se la pienezza dell'uso venisse indentificata come standard intoccabile, è chiaro che a priori non vi sarebbe spazio per l'affermarsi di eccezioni e limitazioni. Alla luce di tali considerazioni, la nozione di normalità comporta che le eccezioni e limitazioni confliggono con lo sfruttamento normale di un'opera se il libero utilizzo della stessa comporti la creazione di suoi sostituti di mercato capaci di privare il titolare del diritto d'autore della propria fonte di profitto,³⁹⁹ in considerazione sia della situazione attuale sia del mercato potenziale.⁴⁰⁰

Con riguardo all'ultima condizione, che prevede che eccezioni e limitazioni non debbano essere irragionevolmente pregiudizievoli per i legittimi interessi di titolari del diritto d'autore, occorre partire dalla considerazione che ogni eccezione ai diritti esclusivi porta inerentemente con sé un certo grado di pregiudizio. Dunque, vero nodo da sciogliere in sede di vaglio della terza condizione è se il pregiudizio imposto non sia irragionevole.⁴⁰¹ In tal senso, il ragionamento consta di vari passaggi: innanzitutto, occorre definire quali interessi possano essere considerati legittimi; successivamente, occorre concentrarsi sulla nozione di pregiudizio irragionevole⁴⁰². Con riguardo al primo aspetto, è rilevante notare che la nozione di interesse racchiude tutto ciò che sia di qualche importanza per una persona fisica o giuridica. Si tratta dunque di un concetto che è più ampio della nozione di vantaggio economico attuale o potenziale. Inoltre, si badi che l'interesse in questione deve essere legittimo, dunque conforme alla legge, a un principio o, quantomeno, ad uno standard. Come già accennato, una volta identificato un interesse come legittimo, occorre valutare quando un pregiudizio imposto allo stesso possa essere irragionevole. Nello specifico, il panel si riferisce al caso in cui sia individuato come interesse legittimo il valore economico dei diritti di privativa riconosciuti al titolare del diritto d'autore. Con riguardo a questa specifica categoria di interessi, il pregiudizio imposto da eccezioni e limitazioni è intollerabile se impone un'irragionevole perdita di profitto al titolare del diritto d'autore.⁴⁰³

È chiaro che, se questa è l'interpretazione da dare al three-step test, la clausola del fair use risulta problematica. E si badi che la questione della compatibilità tra fair use e

³⁹⁵ Report, cit., para 6.108.

³⁹⁶ Report, cit., para 6.109.

³⁹⁷ Report, cit., para 6.166.

³⁹⁸ Report, cit., para 6.167.

³⁹⁹ Report, cit., para 6.183.

⁴⁰⁰ Report, cit., para 6.185.

⁴⁰¹ Report, cit., para 6.220.

⁴⁰² Report, cit., para 6.222.

⁴⁰³ Report, cit., para 6.226 – 6.229.

three-step test ha implicazioni non indifferenti: dall'incompatibilità del fair use con il quadro internazionale discende la violazione del principio *pacta sunt servanda*, racchiuso nell'articolo 26 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati⁴⁰⁴, e dell'articolo 36(2) della Convenzione di Berna stessa, che prescrive agli Stati contraenti di dare attuazione alla Convenzione nei rispettivi ordinamenti nazionali. A fortiori, ne consegue l'impossibilità di poter promuovere il fair use quale modello virtuoso da esportare in altri ordinamenti. Come ha rilevato autorevole dottrina,⁴⁰⁵ non basta a rimuovere i dubbi sulla compatibilità del fair use il semplice fatto che, in fase di adesione degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna nel 1989, non vi siano state evidenti e immediate reazioni contrarie da parte dei membri dell'Unione. Infatti, si ritiene che una tale accondiscendenza possa spiegarsi alla luce del peso specifico che gli Stati Uniti hanno sulla scena internazionale. Ecco che, di fronte alla possibilità che gli Stati Uniti (finalmente) aderissero alla Convenzione, gli altri Stati firmatari chiusero un occhio accettando un eventuale abbassamento della tutela degli interessi autoriali derivanti dalle peculiarità dell'ordinamento statunitense.⁴⁰⁶

Dubbi rispetto alla compatibilità tra il fair use e il three-step test si pongono con riguardo a vari angoli visuali.⁴⁰⁷ Innanzitutto, è problematica l'indeterminatezza della clausola del fair use: secondo tale visione, l'analisi che le Corti compiono sotto l'egida della sezione 107 risulta eccessivamente discrezionale, visto che si basa su considerazioni svolte caso per caso. Sempre in base a questa posizione, a poco rileva che il vaglio sia assistito da specifici fattori. La collisione è frontale con la prima condizione del three-step test, che contempla le eccezioni al diritto d'autore quali strumenti operanti solo in certi casi speciali. Inoltre, si sostiene che vi sia un contrasto, seppur meno patente, anche con le altre due condizioni del test. A sostegno di ciò, si argomenta che la giurisprudenza statunitense, soprattutto a partire da *Campbell*, ha ritenuto legittimi usi che, configurandosi come commerciali e coinvolgendo parti sostanziali di opere protette, di fatto hanno un impatto negativo sul mercato delle opere stesse.⁴⁰⁸

Secondo aspetto che milita a sfavore della compatibilità tra fair use e il quadro internazionale è l'ampiezza del fair use. Tale attributo presenta due distinte connotazioni: da un lato, esso consiste nella vocazione del fair use a legittimare potenzialmente qualsiasi uso non autorizzato di un'opera protetta; dall'altro, esso si concretizza nell'attitudine del fair use a configurarsi come un'eccezione che si applica con riguardo a ogni diritto rinvenibile nel fascio di diritti spettanti al titolare del diritto d'autore.⁴⁰⁹ Anche con riguardo a questo aspetto, si sostiene che il fair use entri in collisione con il quadro internazionale, soprattutto con riguardo alla prima condizione del three-step test.

Queste critiche al fair use appaiono ormai familiari, visto che riecheggiano le osservazioni tipiche dei detrattori del fair use. In larga parte, ad esse si è già tentato di rispondere, valorizzando come vi siano dei trend fissi nell'applicazione della clausola del fair use e che il riconoscimento del suo fondamento costituzionalizzato pone dei limiti alla sua espansione sotto l'egida del principio di proporzionalità. A ben vedere, però, il ragionamento finora condotto non esaurisce le problematiche che emergono dalla relazione tra fair use e quadro internazionale: la de facto conformità del fair use con il three-step test

⁴⁰⁴ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, adottata a Vienna 23 maggio 1969, entrata in vigore 27 gennaio 1980.

⁴⁰⁵ R. L. OKEDIJI, *Toward an International Fair Use Doctrine*, cit., 114-115.

⁴⁰⁶ OKEDIJI, *ibidem*.

⁴⁰⁷ OKEDIJI, *op. cit.*, 117.

⁴⁰⁸ OKEDIJI, *op. cit.*, 118 – 119; 130.

⁴⁰⁹ OKEDIJI, *op. cit.*, 119 - 120.

non è del tutto persuasiva per i più rigoristi. Infatti, si argomenta che non può essere ignorato che, non emendando formalmente la sezione 107, gli Stati Uniti abbiano violato i propri obblighi internazionali in contrasto con l'articolo 26 della Convenzione di Vienna e con l'articolo 36(2) della Convenzione di Berna.⁴¹⁰

11. Il three step test: una rilettura

Al fine di elidere il contrasto tra fair use e il quadro internazionale in modo più definitivo, appare indispensabile abbracciare una visione più ampia, che vada ad indagare l'effettiva portata del three-step test. In particolare, si insinua il dubbio che l'incompatibilità tra fair use e three-step test non sia ontologica, ma imposta da sovrastrutture interpretative, che hanno inquadrato l'articolo 9(2) della Convenzione di Berna e il suo omologo nell'accordo TRIPS in un'ottica forzatamente limitativa della possibilità di introdurre eccezioni e limitazioni.

Si noti che, quando nel 1996, in occasione di una procedura di revisione della legislazione nazionale avvenuta nel contesto dell'Accordo TRIPS, gli Stati Uniti vennero chiamati a rendere dichiarazioni in merito alla compatibilità tra three-step test e fair use,⁴¹¹ la posizione statunitense fu la seguente: "The fair use doctrine of US copyright law embodies essentially the same goals as Article 13 of TRIPS, and is applied and interpreted in a way entirely congruent with the standards set forth in that Article. Fair use was historically developed as a safety valve to the exclusive rights granted by copyright, permitting limited and reasonable uses without permission or payment- precisely those types of uses which do not interfere with the copyright owner's normal exploitation of the work or unreasonably prejudice his or her rights."⁴¹²

Invita a riflettere la consonanza di intenti tra fair use e three-step test individuata dagli Stati Uniti. In effetti, essa trova numerose riconferme se si procede ad una rilettura del three-step test che ne valorizzi il ruolo propulsivo⁴¹³ in termini di realizzazione di un sistema di tutela del diritto d'autore che sia autenticamente duttile di fronte alle esigenze di libera utilizzazione manifestate dagli utenti. Un tale approccio al three-step test non è una pura elaborazione teorica, ma ha dei riscontri pratici che si rinvengono sia dallo studio dell'evoluzione diacronica del test stesso sia dalla sua rilettura in conformità con i canoni interpretativi dettati dal diritto internazionale. Al netto di una tale indagine, sarà evidente

⁴¹⁰ OKEDIJI, *op. cit.*, 131: "The question is then raised whether a de facto compliance with the Berne Convention that arises from recent judicial application of the fair use doctrine is sufficient to satisfy the international obligations of the United States. It is unlikely that this can be the case with regard to the fair use doctrine, particularly given the fact that the application of fair use is determined on a case-by-case basis and that results will vary with each court. It is also unlikely that a U.S. Supreme Court decision will clarify the scope of the fair use doctrine in any significant way, since the decision of the court will be limited to the particular facts before it. Further, any general rule laid down by the Court is just as likely to be construed and applied differently by courts throughout the country. Even if the Supreme Court did specify that lower courts apply the fair use doctrine in a manner consistent with the Berne Convention, this ex post compliance does not mitigate the fact that failure to amend the fair use doctrine at the time of Berne Convention accession was inconsistent with Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Article 36(2) of the Berne Convention."

⁴¹¹ IP/Q/USA/1, Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Review of legislation on copyright and related rights (United States), 30 Ottobre 1996 <<<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/IP/Q/USA1.pdf&Open=True>>>.

⁴¹² Review, *cit.*, sez IV, para 1.

⁴¹³ C. GEIGER, D. J. GERVAIS, M. SENFLEBEN, *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, 29/no.3 *American University International Law Review*, 581 (2014): "enabling function".

che è l'interpretazione al momento dominante a costituire una deviazione rispetto al significato che può essere attribuito al three-step test.

Il three-step test è nato con la funzione di contrappeso in reazione al formale riconoscimento di un generale diritto esclusivo di riproduzione in seno alla Conferenza di Stoccolma nel 1967,⁴¹⁴ occasione in cui la Convenzione di Berna è stata rivista. Dunque, il three-step test si configura ontologicamente come la sede del bilanciamento tra vari interessi contrapposti. A ben vedere è l'inerente flessibilità e vaghezza del three-step test ad averne assicurato il successo in sede di numerose negoziazioni a livello internazionale: infatti, esso è stato ribadito non solo nell'accordo TRIPS, ma anche in altri trattati, in particolare il WCT del 1996⁴¹⁵ che fa riferimento al three-step test all'articolo 10. Obiettivo del WCT è quello di adeguare il diritto d'autore all'ambiente digitale. Si noti che le parti contraenti si sono accordate nell'interpretare l'articolo 10 quale strumento che consente sia l'estensione all'ambiente digitale delle eccezioni e limitazioni già esistenti, sia l'introduzione di nuovi spazi di libera utilizzazione, specificamente formulati con riguardo alle esigenze della rivoluzione digitale.⁴¹⁶

In questa prospettiva, il report emesso nel 2000 con riguardo alla Sezione 110(5) del Copyright Act statunitense segna una drastica e, piuttosto innaturale, inversione di rotta: il three-step test perde la sua natura propulsiva e si connota per un'attitudine prettamente restrittiva nei confronti degli spazi di utilizzazione da riservare agli utenti. Con riferimento al report del 2000, risulta particolarmente problematica l'interpretazione della nozione di "certi casi speciali" come fattore che limita la possibilità di contemplare eccezioni e limitazioni ai soli casi in cui sia il loro scopo, sia la loro applicazione siano ben circoscritti. Inoltre, è poco convincente la prospettiva fortemente economica abbracciata dal panel. Infatti, sarebbe stato opportuno svolgere considerazioni anche in termini di politica sociale e culturale.⁴¹⁷

Del resto, un approccio più ampio è necessitato dallo stesso quadro internazionale, se letto in conformità con l'articolo 31(1) della Convenzione di Vienna, secondo cui i trattati internazionali devono essere interpretati in buona fede e alla luce del loro oggetto e scopo. Da ciò discende che devono essere presi in considerazione in sede di interpretazione del three-step test gli articoli 7 e 8 del Trattato TRIPS, i quali, delineando gli scopi da perseguire attraverso la protezione dei diritti di proprietà intellettuale, stabiliscono che, attraverso il bilanciamento tra una molteplicità di interessi contrapposti, occorre promuovere il benessere economico e sociale.

Se queste devono essere le premesse interpretative del three-step test, allora bisogna accogliere positivamente l'operazione compiuta da Christophe Geiger, Reto Hilty, Jonathan

⁴¹⁴ GEIGER, GERVAIS, SENFTLEBEN, *op. cit.*, 583.

⁴¹⁵ WIPO Copyright Treaty (WCT), adottato a Ginevra il 20 Dicembre 1996, entrato in vigore il 6 Marzo 2002.

⁴¹⁶ Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty, adottato il 20 Dicembre 1996 (<<<https://wipolex.wipo.int/en/text/295456>>>), in cui, a proposito dell'articolo 10, le Parti Contraenti hanno dichiarato che: "It is understood that the provisions of Article 10 permit Contracting Parties to carry forward and appropriately extend into the digital environment limitations and exceptions in their national laws which have been considered acceptable under the Berne Convention. Similarly, these provisions should be understood to permit Contracting Parties to devise new exceptions and limitations that are appropriate in the digital network environment. It is also understood that Article 10(2) neither reduces nor extends the scope of applicability of the limitations and exceptions permitted by the Berne Convention."

⁴¹⁷ C. GEIGER, D. J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, cit., 597.

Griffiths e Uma Suthersanen, i quali hanno formulato una dichiarazione intitolata “A balanced interpretation of the three-step test’ in copyright law”.⁴¹⁸ Ai fini della presente indagine in punto di conformità delle eccezioni aperte al quadro internazionale, occorre notare che la dichiarazione offre degli spunti essenziali agli articoli 1, 3 e 6.

Infatti, la Dichiarazione esordisce evidenziando che il three-step test costituisce un’unità indivisibile. Da tale approccio integrato discende che, anche laddove una delle condizioni contenute nel test non venga soddisfatta, è ben possibile che l’eccezione in questione venga comunque ritenuta legittima alla luce di un bilanciamento che fisiologicamente deve configurarsi come onnicomprensivo.⁴¹⁹ Se si ammette ciò, risulta pienamente condivisibile l’affermazione della delegazione statunitense, cui si accennava sopra. In fondo, fair use e three-step test condividono lo stesso spirito, configurandosi come sedi privilegiate del bilanciamento tra interessi autoriali e posizione degli utenti, alla luce di un insieme di fattori applicati in modo non rigido né meccanico.⁴²⁰

Coerentemente, l’articolo 3 della Dichiarazione afferma che la legislazione nazionale può contemplare eccezioni aperte, le quali risultano pienamente in conformità con il quadro internazionale, purché la loro applicazione e il loro scopo sia ragionevolmente prevedibile. In sostanza, in risposta alle obiezioni dei più rigoristi, la Dichiarazione ammette che la compatibilità delle eccezioni aperte con il three-step test può essere anche de facto. Invero, un sufficiente livello di certezza del diritto deriva tanto dall’applicazione di trend giurisprudenziali fissi, quanto dalla previsione legislativa di eccezioni circoscritte.⁴²¹ Del resto, queste ultime sono esposte anch’esse alle fluttuazioni della giurisprudenza, dal momento che dalle Corti necessariamente sono interpretate e applicate. Infine, come chiarito dall’articolo 6 della Dichiarazione, è auspicabile che il three step test contempli gli interessi a fondamento costituzionalizzato degli utenti e persegua l’interesse generale, in particolare lo sviluppo culturale, sociale ed economico. È ragionevole ritenere che, per farlo, il three-step test, non diversamente dal fair use, debba essere dotato di un gradiente di flessibilità.

12. Verso un fair use europeo?

Al netto della trattazione finora svolta, auspicabilmente il fair use e, con esso, il modello delle eccezioni aperte dovrebbero risultare “riabilitate” anche agli occhi dell’interprete europeo abituato ad un modello di eccezione al diritto d’autore minuziosamente circoscritta e delineata. Alla luce della ricostruzione svolta, emerge che il fair use istituzionalizza la funzione propulsiva di cui il three-step test è dotato in virtù della sua formulazione aperta.⁴²² Resta ora da trovare una porta d’accesso attraverso cui le

⁴¹⁸ C. GEIGER et al., *Declaration: A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test 1(2) JIPITEC* 119 (2010) <<<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621>>>.

⁴¹⁹ C. GEIGER, D. J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, cit., 611: “Operationally, if a challenged E&L easily passes two of the steps but is slightly below the threshold for the third, then the E&L could be said to pass the test, bearing in mind that, analytically, there is some degree of overlap between the steps.”

⁴²⁰ M. SENFTLEBEN, *Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law - the Need for Horizontal Fair Use Defences*, in A. KUR e V. MIZARAS (a cura di), *The structure of intellectual property law: can one size fit all?*, Cheltenham, 2011.

⁴²¹ C. GEIGER, D. J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, cit., 614: “A sufficient degree of legal certainty thus may follow from established case law, as well as in detailed legislation.”

⁴²² M. SENFTLEBEN, *Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law - the Need for Horizontal Fair Use Defences*, cit., 136 ss.

eccezioni aperte possano fare concretamente ingresso nell'ordinamento dell'Unione Europea.

In particolare, occorre comprendere come attuare e accelerare il processo di applicazione orizzontale dei diritti fondamentali che il Capitolo I della presente trattazione ha cercato di promuovere. Invero, autorevole dottrina ha ritenuto che è già possibile ravvisare una sorta di fair use alla maniera europea laddove le Corti si occupino di bilanciare interessi autoriali e diritti fondamentali degli utenti sotto l'egida del principio di proporzionalità. Infatti, in occasione di tale bilanciamento, le Corti europee, non diversamente da quelle oltreoceano, hanno cominciato a sviluppare una serie di fattori capaci di ausiliare l'iter decisionale. Ad esempio, vengono tenuti in considerazione il tipo e lo scopo dell'utilizzo, il grado di interferenza con il diritto d'autore,⁴²³ la sussistenza di alternative meno gravose per lo stesso, lo status dell'utente.⁴²⁴ Il problema sta nel ravvisare le modalità con cui rendere un tale modello decisionario stabile, incontestabile e invariabilmente operativo.

De iure condendo, è auspicabile che il legislatore dell'Unione Europea si orienti nel senso di codificare un'eccezione aperta. In particolare, risulta allettante la prospettiva secondo cui il three-step test potrebbe fungere da paradigma per l'introduzione di modelli di fair use in maniera trasversale nei vari ordinamenti nazionali.⁴²⁵ A ben vedere, però, lo stato dell'arte non è molto rassicurante. Infatti, si riscontra di frequente che, in sede di recepimento da parte delle varie legislazioni nazionali, il three step test perda la propria natura di propulsore di eccezioni e limitazioni, configurandosi piuttosto come un meccanismo addizionale di controllo delle stesse.⁴²⁶ Se si considera che queste ultime nel panorama europeo nascono con una vis applicativa circoscritta data la loro formulazione legislativa "chiusa", è chiaro che ne risulta un sistema di eccezioni e limitazioni estremamente inflessibile.

Nel contesto dell'Unione Europea, la Direttiva Infosoc ha contribuito a questo irrigidimento. Infatti, dopo aver elencato una serie di eccezioni ben circoscritte e determinate, all'articolo 5(5) il legislatore precisa che esse "sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del

⁴²³ Si veda, ad esempio, la giurisprudenza della Corte EDU in *Affaire Ashby Donald et Autres c. France* (10 gennaio 2013, n. 36769/08) e *Neij e Sunde Kolmisoppi (Pirate Bay) v. Sweden* (19 gennaio 2013, n. 40397/12).

⁴²⁴ C. GEIGER, E. IZYUMENKO, *Towards a European 'Fair Use' Grounded in Freedom of Expression*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2019-02, 28 (2019): "These factors include: 1) the character of expression (commercial or not, artistic, etc.); 2) the purpose and nature of expression/information at stake (political, cultural, entertaining, otherwise in the general interest); 3) the status of a counterbalanced interest and the degree of interference with it; 4) availability of alternative means of accessing the information; 5) the timing/"oldness" of speech; 6) the status of the speaker/user (active or "passive," press, etc.); 7) the form of expression; 8) the medium of expression (notably, the Internet); 9) the nature and severity of the penalties; etc."

⁴²⁵ M. SENFTLEBEN, *Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law - the Need for Horizontal Fair Use Defences*, cit., 136 ss.

⁴²⁶ C. GEIGER, D. J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, cit., 617: "Finally, it is important to note that, while the three-step test can be interpreted as a flexible policy instrument, the transposition of the international three-step test into national law can fundamentally modify its operation. Specifically, when the three-step test is implemented in national law as an additional control mechanism with regard to E&Ls that have already been defined narrowly, the test is no longer performing the enabling function it has at the international level. Instead, it serves as d, further restriction imposed on national E&Ls."

titolare”.⁴²⁷ Così facendo, il legislatore del 2001 ha ribadito una scelta già adottata in precedenza, ad esempio nella Direttiva 96/9/CE in materia di database.⁴²⁸ Tale attitudine legislativa appare non solo discutibile ma anche controproducente. Infatti, il three-step test può essere invocato per restringere ulteriormente la portata delle eccezioni legislativamente previste.⁴²⁹ Al contempo, sembra che esso, forzatamente privato della sua inerente flessibilità, non possa essere usato dalle Corti quale strumento per creare spazi nuovi ed aggiuntivi di utilizzazione non autorizzata.⁴³⁰ Inoltre, si noti che, se la ratio sottostante alla previsione di sole eccezioni chiuse è la loro presunta attitudine a garantire la certezza del diritto, è evidente che tale obiettivo viene vanificato dal vaglio di compatibilità svolto sotto l’egida del three-step test. Invero, esso, ponendo costantemente in dubbio la legittimità delle eccezioni, introduce un elemento di instabilità nel sistema.⁴³¹

Ciò è testimoniato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale sembra concepire il three-step test racchiuso nell’articolo 5(5) della Direttiva Infosoc non solo come fattore di rilievo nella fase di implementazione del diritto dell’Unione Europea da parte dei legislatori nazionali, ma anche come elemento che le Corti nazionali devono tenere in conto nella concreta applicazione delle eccezioni al diritto d’autore, anche laddove non vi sia stato esplicito recepimento del three-step test nella legislazione nazionale.⁴³²

Con riguardo al primo profilo, si noti che nel caso *Painer*,⁴³³ la Corte ha affermato che, nell’implementare il diritto dell’Unione Europea, “il potere discrezionale di cui godono gli Stati membri è limitato dall’art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29.”⁴³⁴ Inoltre, la Corte di Giustizia ha escluso che il three-step test possa essere inteso dal legislatore nazionale come la porta di accesso di eccezioni diverse rispetto a quelle previste dal diritto dell’Unione Europea: “relativamente all’articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29, quest’ultimo non stabilisce eccezioni o limitazioni che gli Stati membri possano imporre ai diritti previsti, segnatamente, dall’articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva, ma si limita a precisare la portata delle eccezioni e delle limitazioni stabilite ai precedenti paragrafi di tale prima disposizione.”⁴³⁵

Con riguardo al secondo aspetto, occorre notare che la Corte di Giustizia tende a ritenere automaticamente soddisfatto il three-step test laddove ci si attenga ad un’interpretazione restrittiva delle eccezioni.⁴³⁶ È un peccato che, proprio nelle decisioni

⁴²⁷ Art. 5(5) Direttiva Infosoc.

⁴²⁸ Ci si riferisce per l’esattezza all’articolo 6(3) della Direttiva.

⁴²⁹ Così è accaduto in vari ordinamenti quale quello francese e quello olandese. Si veda: P. B. HUGENHOLTZ, M. SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-39, 19 ss (2012).

⁴³⁰ M. SENFTLEBEN, *Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law - the Need for Horizontal Fair Use Defences*, cit., 136 ss.

⁴³¹ C. GEIGER, E. IZYUMENKO, *Towards a European 'Fair Use' Grounded in Freedom of Expression*, cit., 5.

⁴³² R. ARNOLD, E. ROSATI, *Are National Courts the Addressees of the InfoSoc Three-Step Test?*, 10/no.10 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 741 (2015).

⁴³³ C-145/10, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others*, 1 Dicembre 2011, ECLI:EU:C:2011:798.

⁴³⁴ *Painer*, cit., para 110.

⁴³⁵ C-351/12, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. contro Léečbné lázně Mariánské Lázně a.s.*, 27 Febbraio 2014, ECLI:EU:C:2014:110, para 40.

⁴³⁶ C-5/08 *Infopaq*, cit, para 56 - 58: “Inoltre, ai fini dell’interpretazione di ciascuno di tali requisiti si deve rammentare che, secondo una giurisprudenza costante, le disposizioni di una direttiva che costituiscono deroghe a un principio generale sancito dalla direttiva medesima devono essere interpretate restrittivamente [...]. Ciò avviene nel caso dell’esenzione prevista dall’art. 5, n. 1, della direttiva 2001/29, che rappresenta una deroga al principio generale sancito da tale direttiva, ossia il principio della necessità di un’autorizzazione del titolare del diritto d’autore per qualsiasi riproduzione di un’opera protetta. Ciò è ancor più vero dal momento

ove la Corte ha accentuato la necessità di garantire l'effetto utile delle eccezioni, la Corte di Giustizia, nel tentativo di ridimensionare l'impatto di una tale timida e incompiuta rivoluzione in senso ampliativo della portata delle eccezioni, abbia sentito il bisogno di invocare il three-step test quale controllo aggiuntivo che le Corti nazionali sono chiamate a svolgere. Ad esempio, in *Football Association Premier League*, dopo aver ritenuto prima facie applicabile l'articolo 5(1) della Direttiva Infosoc, la Corte di Giustizia ha richiesto un ulteriore vaglio: "per poter sollevare l'eccezione prevista dalla menzionata disposizione, occorre [...] che tali atti rispondano ai requisiti di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva sul diritto d'autore."⁴³⁷

Al fine di promuovere un'inversione di rotta, autorevole dottrina si è cimentata nella stesura di possibili formulazioni di una norma che codifichi un modello europeo di eccezione aperta. Con l'obiettivo di rivedere il sistema di tutela del diritto d'autore, nel 2002 venne istituito il "Progetto Wittem"⁴³⁸ che ha visto la collaborazione di una serie di esperti provenienti da varie realtà dell'Unione Europea. Risultato di tale sinergia di intenti e di menti è il cosiddetto "European Copyright Code":⁴³⁹ Il codice non è stato pensato come la dichiarazione di una serie di principi, ma è stato concepito dai suoi redattori come una serie dettagliata di norme.⁴⁴⁰ In sostanza, il codice fornisce un insieme di concreti strumenti legislativi potenzialmente "già pronti". Ciò risulta particolarmente significativo, dal momento che rimuove la sensazione secondo cui le eccezioni aperte sono destinate a rimanere ineludibilmente ed invariabilmente un corpo estraneo nel panorama dell'Unione Europea. Invero, esse possono essere formulate alla maniera europea.

E si badi che è lo stesso three-step test il varco prediletto attraverso cui le eccezioni aperte possono entrare nell'ordinamento dell'Unione Europea. Non a caso, l'articolo 5.5 del Codice del diritto d'autore europeo, dopo aver delineato una serie di eccezioni "chiuse", introduce una clausola di ampio respiro così formulata: "Any other use that is comparable to the uses enumerated in art. 5.1 to 5.4(1) is permitted provided that the corresponding requirements of the relevant limitation are met and the use does not conflict with the normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author or rightholder, taking account of the legitimate interests of third parties." La proposta contenuta nell'articolo 5.5 promuove l'avvicinamento del sistema al

che tale esenzione dev'essere interpretata alla luce dell'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29, secondo cui tale esenzione è applicata esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare." C-302/10, *Infopaq International A/S Contro Danske Dagblades Forening (Infopaq II)*, 17 Gennaio 2012, ECLI:EU:C:2012:16, para 55 - 56: "il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29 debba essere interpretato nel senso che gli atti di riproduzione temporanea compiuti nel corso di un procedimento di raccolta dati, come quelli di cui alla causa principale, soddisfano il requisito secondo cui gli atti di riproduzione non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera né arrecare ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare del diritto. A tale riguardo, è sufficiente rilevare che se detti atti di riproduzione soddisfano tutti i requisiti di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte, deve ritenersi che essi non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera né arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare del diritto."

⁴³⁷ Cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association*, cit., para 181; similmente, si veda: C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd contro Newspaper Licensing Agency Ltd e altri*, 5 Giugno 2014, ECLI:EU:C:2014:1195, para 53; para 60 – 63.

⁴³⁸ European Copyright Code – Introduction (26 Aprile 2010): <<<https://www.ivir.nl/copyrightcode/introduction/>>>.

⁴³⁹ European Copyright Code – Testo: <<<https://www.ivir.nl/copyrightcode/european-copyright-code/>>>.

⁴⁴⁰ European Copyright Code – Introduction.

paradigma del fair use, dando cittadinanza all'applicazione analogica delle eccezioni nell'ordinamento dell'Unione Europea.

È un dato di fatto che il legislatore dell'Unione Europea non ha dato seguito a tale proposta. Si è dimostrato refrattario al cambiamento anche in sede di formulazione della Direttiva 2019/790, che configura una serie di eccezioni in linea con il trend legislativo precedente e allude al three-step test nel considerando 6, il quale ribadisce che, se è vero che eccezioni e limitazioni sono al cuore del bilanciamento tra interessi autoriali e posizione degli utenti, esse possono essere applicate solo in conformità con le condizioni del three-step test stesso. E si badi che il three-step test non è solo guida all'interpretazione: esso viene dotato di contenuto precettivo dall'articolo 7 della Direttiva 2019/790, il quale richiama espressamente l'articolo 5(5) della Direttiva Infosoc, rendendolo applicabile a tutte le eccezioni e limitazioni previste nel Titolo I della Direttiva 2019/790 stessa. Alla luce di tale recente occasione persa, si insinua il dubbio che un'opportunità di riforma del sistema delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore non si riproporrà in tempi brevi.

Appare, allora, opportuno ragionare su come introdurre fattori di flessibilità nel sistema del diritto d'autore UE senza mutazione del quadro legislativo. De iure condito, occorre richiamare il già citato articolo 5(5) della Direttiva Infosoc. In particolare, occorre chiedersi se tale articolo possa essere letto soltanto come un meccanismo di controllo addizionale e come un fattore di irrigidimento del sistema. A ben vedere, una chiave di lettura diversa può essere usata per comprendere la portata dell'articolo 5(5). Dà spunti in tal senso la giurisprudenza nazionale, in particolare l'arresto della Corte Suprema spagnola nel caso *Megakini.com v. Google Spain*.⁴⁴¹ Tale controversia è nata quando il titolare del dominio *www.megakini.com* ha citato in giudizio Google per due ragioni: da un lato, perché Google aveva riprodotto e messo a disposizione del pubblico frammenti di alcuni contenuti presenti nella pagina web *www.megakini.com*; dall'altro perché Google realizzava copie cache della medesima pagina.

In quella occasione, la Corte Suprema spagnola ha formulato la cosiddetta dottrina del “ius usus inocui” in virtù di un'interpretazione flessibile del three-step test, racchiuso nell'articolo 40 bis del “Texto refundido de la ley de propiedad intelectual”.⁴⁴² Infatti, sebbene la condotta di Google non potesse essere coperta da nessuna delle eccezioni previste dalla legge, bisognava escludere che essa si qualificasse come una violazione del diritto d'autore. Invero, la Corte spagnola ha asserito che il three-step test non presentasse esclusivamente un'attitudine negativa. Invero, esso andava inteso anche in senso positivo o, per dirlo con la dottrina più progressista, *propulsivo*. Concentrandosi in particolare sul tema del normale sfruttamento di un'opera protetta e sul requisito della legittimità degli interessi vantati dal titolare del diritto d'autore, la Corte Suprema ha concluso che l'uso da parte di Google si configurava come innocuo, in quanto non concretamente lesivo della posizione del titolare del diritto d'autore. Quest'ultimo ha abusato del proprio diritto,⁴⁴³ ignorando la

⁴⁴¹ S.T.S., Apr. 3, 2012 (R.A.J., No. 172).

⁴⁴² Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

⁴⁴³ Il tema dell'abuso del diritto è di particolare pregnanza con riguardo ai diritti di proprietà intellettuale. Parte della dottrina ha evidenziato come gli attuali sistemi di proprietà intellettuale accordino diritti di esclusiva che sono oggetto di un fenomeno di “abuso cronico”: P. MOYSE, *L'Abus de droit: l'anténorme — Partie I*, 57/no. 4 *McGill LJ* 859, 863 (2012). A fronte di tale approccio patologico, la dottrina dell'abuso del diritto funge da auspicabile correttivo in mano alla giurisprudenza, la quale è chiamata a relativizzare la portata di quei diritti che, riconosciuti e tutelati dalla legge, vengono fatti oggetto di comportamenti arbitrari e

natura inerentemente limitata del proprio diritto di proprietà e agendo in contrasto con il principio generale di buona fede.⁴⁴⁴

Alla luce di tale approdo della Corte Suprema spagnola, non sorprende che autorevole dottrina abbia sostenuto che, in fondo, l'Europa abbia già una sua clausola del fair use che trova accesso passando attraverso la “porta”⁴⁴⁵ del three-step test. Come risulta evidente dalla giurisprudenza spagnola, ciò può avvenire senza particolari traumi: il three-step test infatti funge solo da schema ordinatorio di una serie di categorie e principi, quale quello di buona fede, che appartengono ampiamente alla forma mentis del giudice europeo. In particolare, non deve sfuggire che la Corte Suprema ha adottato una soluzione interpretativa propulsiva anche se il three-step test spagnolo, proprio perché codificato su impulso del diritto europeo,⁴⁴⁶ ha una formulazione letterale prima facie esclusivamente restrittiva rispetto all'applicazione di eccezioni e limitazioni.⁴⁴⁷ In sostanza, sembra che la Corte spagnola si sia avvalsa proprio di quel mandato ad effettuare un doppio controllo che la Corte di Giustizia ha formulato in *Football Association Premier League*. La Corte Suprema spagnola, però, ha preso in carico tale compito in un modo che la stessa Corte di Giustizia non aveva previsto. A ben vedere, si tratta di un mirabile processo di contestazione bottom-up della rigidità del three-step test come letto dalla Corte di Giustizia.

antisociali da parte dei loro titolari: MOYSE, *op. cit.*, 868. Ciò è *a fortiori* vero per quei diritti come la proprietà intellettuale che offrono una protezione temporanea e dai confini sfumati. A tal proposito si veda MOYSE, *op. cit.*, 874: “Il est fort peu probable qu'un droit, qui n'offre que le réconfort temporaire d'un bénéfice vague, puisse fournir une quelconque immunité à celui commettant sous son chef une activité répréhensible. [...] La propriété intellectuelle connaît bien la difficulté. S'agissant d'intangibles, de quels droits veut-on bien parler? [...] Voilà un droit dont on a bien du mal à imaginer la nature et, pour ainsi dire, les termes de son détournement. Ainsi, le mot droit devient-il la procuration de toutes les revendications?”. In tal senso, va valorizzato l'articolo 8(2) dell'Accordo TRIPS che allude alla necessità di adottare misure appropriate a prevenire l'uso abusivo dei diritti di proprietà intellettuale. Così per P. MOYSE, *L'Abus de droit: l'anténorme — Partie II*, 58/no. 1 *McGill LJ* 1, 42 (2012). Inoltre, devono essere accolti positivamente gli arresti giurisprudenziali che si facciano carico di contrastare comportamenti abusivi, soprattutto laddove ciò avvenga in ordinamenti che hanno tradizionalmente meno familiarità con la dottrina dell'abuso del diritto. Per un ampio excursus sul tema dell'abuso del diritto nei sistemi di civil law e di common law, si veda: P. MOYSE, *L'Abus de droit: l'anténorme — Partie I*, cit. Con riferimento alle intersezioni tra abuso del diritto e copyright in Canada e in merito alla dottrina statunitense del “copyright misuse”, si veda: P. MOYSE, *L'Abus de droit: l'anténorme — Partie II*, cit., 49 ss.

⁴⁴⁴ J. J. CASTELLO PASTOR, *Spain Approaches Anglo-American Fair Use Doctrine: Do We Need to Reform the European System of Copyright Limitations and Exceptions?*, cit.

⁴⁴⁵ R. XALABARDER, *Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine... and a Flexible Reading of Copyright Statutes?*, 3 (2012) *JIPITEC* 162, para 28: “One may, then, wonder whether any fair use clause is needed at all in Europe to afford for a balanced application of the statutory provisions to future unknown uses and means of exploitation. After all, the general principles of the law – such as the abuse of right and good faith – and the property doctrine of the *ius usus inoqui* (which the Supreme Court compared to what could be seen as a fair use that the property owner must tolerate) may also have a role to play for copyright purposes, as they have always had in legal history. And perhaps the three-step test, as pointed out by the Spanish Supreme Court, may be the door to allow for it.”

⁴⁴⁶ L'articolo 40 bis risulta dall'implementazione della Direttiva 96/9/CE per tramite dell'art. 4.3 della legge 5/1998. Esso recita: “Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.” In sostanza, esso ricalca l'articolo 6(3) della Direttiva 96/9/CE. La traduzione in inglese è la seguente: “sections of this chapter shall not be interpreted in such a way as to allow its application to cause an unjustified prejudice to the author's legitimate interests or be contrary to the normal exploitation of the works” (traduzione in CASTELLO PASTOR, *Spain Approaches Anglo-American Fair Use Doctrine: Do We Need to Reform the European System of Copyright Limitations and Exceptions?*, cit., 78.

13. Notazioni conclusive

È ora tempo di definire cosa ci si debba augurare per il futuro del diritto d'autore nell'ordinamento dell'Unione Europea. Innanzitutto, si auspica che il legislatore e la giurisprudenza dimostrino un'attitudine più flessibile e più intellettualmente onesta. È stato dimostrato che le ragioni per cui le eccezioni aperte sono bandite dal sistema giuridico dell'Unione Europea sono scarsamente convincenti.

Da un lato, è ormai chiaro che l'applicazione del fair use e del fair dealing non risulta irrimediabilmente imprevedibile. Una volta riconosciuto il diritto d'autore quale creazione statutaria, vari standard interpretativi si impongono sulla scena a definire gli spazi di libera utilizzazione degli utenti. Laddove si sia in presenza di un uso trasformativo, entra in gioco il potere ordinatorio del principio di proporzionalità che trova manifestazione tangibile nei vari fattori che coadiuvano il vaglio sulla sussistenza delle eccezioni aperte. Con riguardo alla tutela del solo diritto d'accesso, la prospettiva degli utenti stessi funge da chiave di lettura dell'interesse generale cui la tutela del diritto d'autore deve orientarsi.

Dall'altro lato, si è visto come il raggiungimento della certezza del diritto nei sistemi improntati ad eccezioni "chiuse" è più presunta che reale. Gli ordinamenti europei continentali, che tradizionalmente aderiscono a tale modello di eccezioni, non optano puntualmente ed ineludibilmente per la certezza del diritto. E tantomeno lo fanno nell'ambito del diritto d'autore, laddove addirittura accentuano il controproducente vaglio del three-step test quale elemento di costante messa in discussione della legittimità delle eccezioni legislativamente previste. Alla luce di tali considerazioni, si invita a rivalutare la portata del three-step test quale strumento propulsivo e sede privilegiata dell'appropriato bilanciamento tra diritti degli utenti e titolari del diritto d'autore. Non si può escludere che una spinta in tal senso possa provenire dal basso, ad opera delle Corti nazionali.

CAPITOLO III

IL SETTORE GLAM NELL'UNIONE EUROPEA: UNA LETTURA IN CHIAVE DI APERTURA ALLA LUCE DELL'EMERGENZA COVID

1. La Direttiva 2019/790

È ora opportuno tentare di applicare a livello pratico gli esiti del ragionamento finora condotto alla luce di una lettura comparatistica ed evolutiva del diritto d'autore. Un terreno fertile su cui appare fruttuoso compiere tali sforzi è la Direttiva 2019/790, la quale, tra continuità e discontinuità, ha di recente toccato alcuni punti nevralgici della disciplina del diritto d'autore. Infatti, con tale intervento legislativo, l'Unione Europea ha raccolto le sfide della digitalizzazione, inserendo il copyright nel quadro del cosiddetto "mercato unico digitale". Precipuo obiettivo della Direttiva è l'armonizzazione orizzontale del diritto d'autore. In ciò, la Direttiva 2019/790 si propone come erede della Direttiva Infosoc, la cui obsolescenza alla luce dello sviluppo digitale ha richiesto un nuovo intervento da parte del legislatore europeo.⁴⁴⁸

Già nel 2008, nel Green Paper intitolato "Copyright in the Knowledge Economy",⁴⁴⁹ la Commissione Europea si interrogava su come promuovere la disseminazione di contenuti nell'ambiente digitale. Emblematicamente, essa definiva la libera circolazione della conoscenza come la quinta libertà da proteggere nel mercato interno.⁴⁵⁰ In tale ottica, la Commissione identificava come fattore determinante l'appropriata individuazione di eccezioni e limitazioni al copyright. Rilevava che, se era vero che la Direttiva Infosoc si era mossa nella direzione di limitare i diritti di esclusiva garantiti dal diritto d'autore, essa aveva il difetto di fornire una lista esaustiva di eccezioni la cui implementazione era, nella maggior parte dei casi, meramente opzionale.⁴⁵¹

A Maggio 2015, nella Comunicazione intitolata "A Digital Single Market Strategy for Europe",⁴⁵² la Commissione sottolineava la necessità di promuovere un mercato unico digitale, definito come quel mercato "in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali".⁴⁵³ La Commissione ravvisava la necessità di rimuovere gli ostacoli all'instaurazione del mercato unico digitale. Individuando il copyright tra le barriere più ostiche, in una Comunicazione risalente a

⁴⁴⁸ F. FERRI, *The dark side(s) of the EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market*, *China-Eu Law Journal*, sez. I (2020); per una disamina delle maggiori sfide poste dalla digitalizzazione subentrate dopo la Direttiva Infosoc, si veda: M. MARTIN-PRAT, *The Future of Copyright in Europe*, 38 *COLUM. J.L. & Arts* 29, 38 ss (2014): "after about a decade, Directive 2001/29/EC was no longer fit to carry out its mission in an efficient way, since it failed to consider many new or upcoming aspects brought by the evolution of the internet-based environment."

⁴⁴⁹ Green Paper Copyright in the Knowledge Economy COM (2008) 466 final, 16 July 2008.

⁴⁵⁰ Green Paper Copyright in the Knowledge Economy, cit, 3.

⁴⁵¹ Green Paper Copyright in the Knowledge Economy, cit, 5.

⁴⁵² Communication A Digital Single Market Strategy for Europe COM (2015) 192 final, 6 May 2015.

⁴⁵³ Communication A Digital Single Market Strategy for Europe, cit, para 1.

Dicembre 2015, la Commissione annunciava proposte legislative volte a promuovere una “disciplina moderna e più europea del diritto d'autore”⁴⁵⁴ all’insegna di una maggiore certezza del diritto e di un’armonizzazione più profonda e coerente. Nel 2016, giungeva la proposta per una nuova direttiva⁴⁵⁵ destinata ad essere approvata nel 2019.⁴⁵⁶

Autorevole dottrina ha rilevato che, con la Direttiva 2019/790, il legislatore non ha affrontato i problemi generati dalla mancanza di flessibilità e dalla facoltatività delle eccezioni della Direttiva Infosoc.⁴⁵⁷ Il legislatore, infatti, si è limitato a prevedere nuove eccezioni, in aggiunta a quelle già esistenti, le quali sono rimaste immutate. Inoltre, come già accennato, nel 2019 il legislatore ha riproposto un modello di eccezione chiusa che sottostà al filtro del three-step test. Tuttavia, parte della dottrina evidenzia che, a ben vedere, un notevole passo in avanti ci sarebbe stato all’insegna di una maggiore tutela dell’utente finale:⁴⁵⁸ le nuove eccezioni, infatti, sarebbero animate da uno spirito diverso rispetto alle omologhe contenute nella Direttiva Infosoc. In particolare, esse avrebbero perso la propria natura derogatoria e sarebbero ora concepite come strumenti attuativi delle finalità che lo stesso copyright persegue. Si tratterebbe di un approccio che, come si è già rilevato, è tipico dei sistemi d’oltreoceano e che è rimasto per lungo tempo estraneo alla mentalità europea.

Per Dussolier, questo cambiamento di paradigma si riscontra soprattutto in relazione agli spazi di libera utilizzazione che progressivamente sono stati concessi alle istituzioni culturali.⁴⁵⁹ Testimonierebbe questo passaggio il fatto che, mentre la Direttiva Infosoc prevede dei diritti esclusivi e delle eccezioni che ne limitano la portata, nell’ultimo decennio vi sono stati degli interventi legislativi che hanno trovato la propria ragion d’essere nella sola definizione di spazi di libera utilizzazione. Spicca in tal senso la Direttiva 28/2012/UE, volta a identificare gli usi consentiti di opere orfane da parte, tra l’altro, di biblioteche, musei e archivi. Secondo Dussolier,⁴⁶⁰ la Direttiva 2019/790 si pone sul solco di questi interventi legislativi, consacrando l’importanza vitale delle eccezioni attraverso un duplice meccanismo: da un lato, traendo lezioni dal passato,⁴⁶¹ ha reso la loro implementazione obbligatoria per gli Stati membri; dall’altro, ha escluso, nella maggior parte dei casi, la loro derogabilità tramite contratto.

⁴⁵⁴ European copyright framework COM (2015) 626 final, 9 December 2015.

⁴⁵⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale COM (2016) 593 final, 14 Settembre 2016.

⁴⁵⁶ Per un excursus più approfondito riguardo ai passaggi che dalla prima decade del terzo millennio hanno portato all’emanazione della Direttiva 2019/790 si veda: C. SGANGA, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the CDSM Directive and the Trio of the Grand Chamber of the CJEU*, 21 *ERA Forum*, 311 (2020).

⁴⁵⁷ C. SGANGA, *op. cit.*, 326.

⁴⁵⁸ G. PRIORA, *Dall’armonizzazione all’interlegalità: la tutela dell’utente finale nella disciplina europea del diritto d’autore*, in E. CHITI, A. DI MARTINO, G. L. PALOMBELLA (a cura di), *L’età della interlegalità*, 2021.

⁴⁵⁹ S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, 57/no. 4 *Common Market Law Review* 979, 991 (2020): “The case of uses of copyrighted works by cultural heritage institutions is a perfect illustration of the gradual shift from a logic of exception to a scheme of enabling privileges”.

⁴⁶⁰ S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, *cit.*, 983.

⁴⁶¹ C. SGANGA, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the CDSM Directive and the Trio of the Grand Chamber of the CJEU*, *cit.*, 326.

E si noti che numerose eccezioni e limitazioni previste dalla Direttiva 2019/790 sono proprio volte ad “assicurare più ampio respiro ad enti ed istituzioni culturali”.⁴⁶² Ciò si evince dall’articolo 3, eccezione volta a legittimare le procedure di Text and Data Mining condotte da istituti posti a tutela del patrimonio culturale, e dall’articolo 6, che prevede un’eccezione a copertura degli usi di opere protette volti alla conservazione del patrimonio culturale. Inoltre, all’articolo 8, spicca la volontà del legislatore di favorire l’uso di opere fuori commercio. Da ultimo, è rilevante notare che l’articolo 14 è baluardo del pubblico dominio con riguardo alle opere dell’arte visiva.

Le suggestioni di parte della dottrina, in merito all’approccio innovativo che avrebbe caratterizzato la recente Direttiva in relazione all’attività delle istituzioni culturali, invita a focalizzare la presente analisi proprio sull’atteggiarsi del diritto d’autore nel cosiddetto settore GLAM, acronimo che sta per “galleries, libraries, archives and museums”. In particolare, dopo un breve inquadramento dello stato dell’arte nel settore GLAM, si cercherà di vagliare l’appropriatezza delle disposizioni contenute nella Direttiva 2019/790 che più da vicino hanno un impatto sulle attività delle istituzioni culturali. Di volta in volta, si proporrà un approccio evolutivo che tragga spunto dall’inquadramento del diritto d’autore quale monopolio legale sulla scia dei sistemi d’oltreoceano. Si vedrà che una tale rilettura, necessaria in generale, è resa impellente dalle dure lezioni impartite dall’emergenza sanitaria scatenata dalla diffusione del ben noto virus Covid-19.

2. Inquadramento generale del settore GLAM

Le gallerie, le biblioteche, gli archivi e i musei mirano a collezionare, preservare e mettere a disposizione del pubblico il patrimonio culturale e il sapere scientifico, custodendoli per le generazioni presenti e future.⁴⁶³ Una sostanziosa parte delle loro collezioni è generalmente costituita da materiale protetto da copyright. Non sempre le istituzioni culturali sono esse stesse titolari del diritto d’autore sulle opere interessate. Ben più spesso, tali enti si configurano come utenti delle opere o come intermediari attraverso cui le opere possono essere fruite dagli utenti finali.

Le istituzioni culturali compiono varie attività che tendono ad impattare su un ampio novero di diritti di esclusiva. Innanzitutto, esse procedono alla creazione di una collezione, generalmente acquistando o ricevendo in donazione delle opere. Tendenzialmente, in questo frangente non si riscontrano possibili violazioni del diritto d’autore, dal momento che solitamente non si dà luogo ad atti di riproduzione, di comunicazione al pubblico o di distribuzione. Fa eccezione il caso in cui le istituzioni culturali acquisiscano una risorsa in formato digitale scaricandola. Il processo di download, infatti, implica atti di riproduzione o di comunicazione al pubblico.⁴⁶⁴

Una volta creata una collezione, le istituzioni culturali mirano a preservare le opere che la compongono. In particolare, tali enti sono votati alla riparazione di lavori danneggiati o alla preservazione di opere fragili. Questi atti implicano la riproduzione di opere in parte o nella loro interezza. Inoltre, alla luce della digitalizzazione, si può riscontrare l’esigenza di cambiare il formato dell’opera, atto che ne richiede inevitabilmente la riproduzione.⁴⁶⁵

⁴⁶² G. PRIORA, *Dall’armonizzazione all’interlegalità: la tutela dell’utente finale nella disciplina europea del diritto d’autore*, cit., sez. II.

⁴⁶³ J. P. TRAILLE et al, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and the related right in the information society (the “Infosoc Directive”)*, 2013, 258 << <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/9ebb5084-ea89-4b3e-bda2-33816f11425b>>>.

⁴⁶⁴ TRAILLE et al, *op. cit.*, 259.

⁴⁶⁵ TRAILLE et al, *op. cit.*, 260.

Chiaramente, le potenzialità della rivoluzione tecnologica incoraggiano a digitalizzare opere conservate in formato analogico anche a prescindere dalla necessità di preservazione. Infatti, è attraente la prospettiva di procedere alla digitalizzazione massiva della collezione al fine di metterla a disposizione del pubblico.⁴⁶⁶

Del resto, come già sottolineato, le istituzioni culturali hanno anche il ruolo fondamentale di facilitare la fruizione delle opere da parte dell'utente finale. Ad esempio, si può ipotizzare che, su richiesta degli utenti, un archivio invii copie di opere per e-mail integrando un atto di comunicazione al pubblico. Infine, si può supporre che un'istituzione culturale metta a disposizione del pubblico opere digitalizzate o su terminali dedicati o, addirittura, consultabili da remoto.⁴⁶⁷ È chiaro, dunque, che gli enti culturali hanno la quotidiana esigenza di capire quali di questi atti siano conformi alla disciplina del diritto d'autore.

L'ampia varietà di attività condotte dalle istituzioni culturali spiega perché lo stato dell'arte nel settore GLAM sia particolarmente complesso.⁴⁶⁸ Il legislatore europeo arbitra i conflitti tra i diritti di esclusiva e gli usi svolti dalle istituzioni culturali attraverso un massiccio impianto di eccezioni e limitazioni al copyright le quali, come riscontra acuta dottrina,⁴⁶⁹ sono la diretta progenie del three-step test, dal momento che, nella Convenzione di Berna, si riscontra l'assenza di un'eccezione dedicata specificamente al settore GLAM. In tale prospettiva, la Direttiva 790/2019 è solo l'ultimo filo aggiunto a una matassa estremamente intricata.

In particolare, questo recente intervento legislativo aggiunge un nuovo tassello al quadro di diritti esclusivi e di eccezioni previsti dalla Direttiva 96/9/CE, dalla Direttiva 2001/29/EC (cosiddetta Infosoc), dalla Direttiva 2009/24/EC e dalla Direttiva 2012/28/UE. In via prodromica rispetto alla trattazione del recente intervento legislativo del 2019, appare utile dare brevemente conto dei tratti salienti di queste Direttive, le cui disposizioni, più o meno intensamente, impattano sugli usi svolti dagli enti culturali. Una premessa è d'obbligo: le varie Direttive menzionate coesistono.⁴⁷⁰ Infatti, la Direttiva Infosoc, la quale si propone di armonizzare il diritto d'autore in senso orizzontale, specifica che le sue disposizioni non compromettono l'applicazione delle norme contenute nelle altre Direttive, le quali invece hanno un approccio cosiddetto verticale,⁴⁷¹ in quanto intervengono su uno specifico settore, quale l'ambito dei software o quello dei database.⁴⁷²

⁴⁶⁶ TRAILLE et al, *op. cit.*, 260.

⁴⁶⁷ TRAILLE et al, *op. cit.*, 261; K. D. CREWS, *Copyright Exceptions and Statutory Diversity: The WIPO Study of Exceptions for Libraries and Archives*, prepared for the Proceedings of the Annual Congress of the International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (2008), 2009, 18.

⁴⁶⁸ Per un'ampia disamina, anche con riguardo alle recenti misure già introdotte dalle legislazioni nazionali a seguito della Direttiva 2019/790: R. CASO, G. DORE, M. ARISI, *D5.1 Report on the existing legal framework for Galleries and Museums (GM) in EU*, in *Zenodo*, 2021; G. PRIORA, C. SGANGA, *D5.2 Report on the existing legal framework for Libraries and Archives (LA) industries in EU*, in *Zenodo*, 2021.

⁴⁶⁹ K. D. CREWS, *Copyright Exceptions and Statutory Diversity: The WIPO Study of Exceptions for Libraries and Archives*, cit., 18.

⁴⁷⁰ J. P. TRAILLE et al, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and the related right in the information society*, 246.

⁴⁷¹ TRAILLE et al, *ibidem*.

⁴⁷² Art. 1(2) Direttiva Infosoc.

2.1. La Direttiva 2001/29/CE

Con la Direttiva Infosoc, il Legislatore europeo ha inteso armonizzare i diritti esclusivi di riproduzione,⁴⁷³ di comunicazione al pubblico (che include il diritto di messa a disposizione del pubblico)⁴⁷⁴ e di distribuzione⁴⁷⁵ alla luce dell'avvento della società dell'informazione. Il precipuo obiettivo della Direttiva è palesato dal considerando 14, il quale ammette che la Direttiva “dovrebbe promuovere l'apprendimento e la cultura proteggendo le opere e altro materiale protetto, ma autorizzando al tempo stesso alcune eccezioni o limitazioni nell'interesse del pubblico a fini educativi e d'insegnamento.”⁴⁷⁶ Come ormai noto, tali eccezioni e limitazioni sono contenute all'articolo 5, che racchiude una lista esaustiva di usi consentiti che gli Stati Membri hanno la facoltà di implementare. L'unica eccezione obbligatoria è prevista dall'articolo 5 paragrafo 1, che concerne gli atti di riproduzione temporanea.

È rilevante notare che il paragrafo 2 dell'articolo 5 è dedicato alle eccezioni concernenti il diritto di riproduzione. Al contrario, il paragrafo 3 contempla eccezioni sia al diritto di riproduzione che a quello di comunicazione al pubblico. In base al paragrafo 4, nei casi in cui gli Stati Membri possano prevedere eccezioni al diritto di riproduzione, essi possono introdurre anche eccezioni o limitazioni al diritto esclusivo di distribuzione. Tra le eccezioni previste dal legislatore, ve ne sono due che fanno esplicito riferimento al settore GLAM, in particolare a “biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto”.⁴⁷⁷ Una è prevista dall'articolo 5(2)(c), l'altra dall'articolo 5(3)(n). Inoltre, le istituzioni culturali possono giovarsi, a seconda dei casi, anche delle eccezioni che non le vedono come specifiche destinatarie.

L'articolo 5(2)(c) consente alle istituzioni culturali di svolgere atti di riproduzione specifica per finalità non commerciali. Si tratta di una disposizione scarna che non chiarisce per quali obiettivi tale eccezione venga riconosciuta. In base ai lavori preparatori,⁴⁷⁸ si evince che essa è stata concepita per consentire alle istituzioni culturali di riprodurre le opere per fini di archiviazione e conservazione. Tuttavia, tali fini non sono stati esplicitati nella versione finale della Direttiva. È, dunque, possibile ritenere che anche usi con altre finalità possano trovare copertura.⁴⁷⁹ Si noti, però, che l'individuazione di tali ulteriori usi è ardua. Infatti, l'articolo 5(2)(c) va letto in congiunzione con il considerando 40, il quale afferma che tale eccezione “non dovrebbe comprendere l'utilizzo effettuato nel contesto della fornitura "on-line" di opere o altri materiali protetti”.⁴⁸⁰

Al di là della possibilità di includere altri usi, occorre notare che incertezze applicative sorgono anche in relazione all'ampiezza della nozione di preservazione. Per esempio, non è chiaro se una biblioteca possa realizzare copie destinate alla consultazione, qualora sia meglio non permettere agli utenti di maneggiare l'opera riprodotta per evitare che si

⁴⁷³ Art. 2 Direttiva Infosoc.

⁴⁷⁴ Art. 3 Direttiva Infosoc.

⁴⁷⁵ Art. 4 Direttiva Infosoc.

⁴⁷⁶ Considerando 14 Direttiva Infosoc.

⁴⁷⁷ Art. 5(2)(c) Direttiva Infosoc.

⁴⁷⁸ Report on the Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, COM (97) 0628 final – COD 97/0359, European Parliament, 28 January 1999.

⁴⁷⁹ J. P. TRAILLE et al, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and the related right in the information society (the "Infosoc Directive")*, cit., 266.

⁴⁸⁰ Considerando 40, secondo periodo, Direttiva Infosoc.

deteriori.⁴⁸¹ Oppure, non è fuori di dubbio che l'articolo 5(2)(c) legittimi a cambiare il formato dell'opera qualora esso sia divenuto obsoleto.⁴⁸² Quello che sembra certo è che lo scopo di preservazione non copre la digitalizzazione dell'intera collezione detenuta da un'istituzione culturale. Osta a ciò la lettera della norma che consente solo “atti di riproduzione specifici”.⁴⁸³

L'eccezione contenuta dall'articolo 5(3)(n) consente alle istituzioni culturali sopra menzionate di comunicare o mettere a disposizione a singoli individui, per finalità di ricerca o di studio privato, i materiali presenti nelle loro collezioni che non siano soggetti a vincoli di vendita o di licenza. Si richiede che la fruizione avvenga nei terminali dedicati siti nei locali delle istituzioni. È evidente che questa eccezione mira a consentire la consultazione di opere in formato digitale. Si noti che tale consultazione viene assimilata al processo di fruizione di un'opera su supporto analogico: infatti, l'applicazione dell'eccezione incontra stringenti limiti spaziali e tecnici dal momento che la fruizione richiede la presenza fisica dell'utente nei locali delle istituzioni culturali.⁴⁸⁴ Ciò implica che tale eccezione non è stata pensata per soddisfare le crescenti richieste di quegli utenti che mirano a consultare l'opera online da remoto.⁴⁸⁵

2.2. La Direttiva 96/9/CE

La Direttiva 96/9/CE offre tutela giuridica alle banche dati, ove per banca dati si intende “una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo”.⁴⁸⁶ La tutela accordata alle banche dati si articola in due forme. Da un lato, a norma dell'articolo 3, i database sono protetti dal diritto d'autore se “per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore”.⁴⁸⁷ Dall'altro, a norma dell'articolo 7, il costituente di una banca dati gode di un diritto “sui generis” qualora egli abbia investito in maniera rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo al fine di conseguire, verificare e presentare il contenuto di una banca dati.

Quest'ultima forma di tutela accorda forti prerogative pseudo-proprietarie ai costitutori delle banche dati.⁴⁸⁸ Infatti, esso si applica a prescindere dalla proteggibilità della banca dati o del suo contenuto da parte del diritto d'autore.⁴⁸⁹ Accordando tale diritto, il legislatore ha minato alle fondamenta la dicotomia idea-espressione,⁴⁹⁰ cui ha deliberatamente anteposto la protezione degli investimenti.⁴⁹¹ In particolare, preoccupa il caso in cui il costituente di una banca dati sia il solo ad avere il diritto di raccogliere e distribuire certi dati. Ciò accade, ad esempio, quando l'istituzione o la società che produce i

⁴⁸¹ TRAILLE et al, *op. cit.*, 266.

⁴⁸² TRAILLE et al, *op. cit.*, 265 ss.

⁴⁸³ TRAILLE et al, *op. cit.*, 270.

⁴⁸⁴ TRAILLE et al, *op. cit.*, 307.

⁴⁸⁵ TRAILLE et al, *ibidem*.

⁴⁸⁶ Articolo 1(2) Direttiva 96/9/CE.

⁴⁸⁷ Articolo 3(1) Direttiva 96/9/CE.

⁴⁸⁸ X. WU, E.C. *Database Directive* Berkeley, 17/no. 1 *Technology Law Journal*, 571, 576 (2002).

⁴⁸⁹ Art 7(4) Direttiva 96/9/CE.

⁴⁹⁰ C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di diritto industriale*, 2020, II, 159.

⁴⁹¹ V. FALCE, *L'“insostenibile leggerezza” delle regole sulle banche dati nell'unione dell'innovazione*, in *Rivista di Diritto Industriale* 2018, IV, 377.

dati li trasferisce soltanto a tale individuo e non ad altri.⁴⁹² A tal proposito, conforta che tale diritto sui generis duri “solo” quindici anni dal completamento della banca dati.⁴⁹³

La tutela delle banche dati ha un impatto notevole sulle attività delle istituzioni culturali. Si pensi al caso in cui un ente culturale voglia svolgere l'analisi automatizzata di database su cui insistano diritti di esclusiva. Tale ente non potrà farlo se non nei limiti delle eccezioni previste rispettivamente per il diritto d'autore e per il diritto sui generis sulle banche dati. Inoltre, si noti che gli enti culturali spesso raccolgono immagini e dati relativi alle loro collezioni realizzando, a seconda dei casi, database coperti dal diritto d'autore o dal diritto sui generis. Ciò implica che, i terzi che vogliono usare le banche dati, sono chiamati a farlo nel rispetto dei diritti di esclusiva accordati dalla Direttiva 96/9/CE.⁴⁹⁴ Per la precisione, differenti fasci di diritti esclusivi discendono dall'applicazione dell'articolo 3 e dell'articolo 7, cui si correlano eccezioni diverse.

L'autore di una banca dati protetta ex articolo 3 gode di una serie di diritti elencati all'articolo 5, tra cui spiccano il diritto esclusivo alla riproduzione, distribuzione, comunicazione, modificazione e adattamento della banca dati. In base all'articolo 6, tali usi possono essere svolti senza autorizzazione dall'utente legittimo qualora siano “necessari per l'accesso al contenuto della banca dati e per l'impiego normale di quest'ultima”.⁴⁹⁵ In aggiunta, l'articolo 6 prevede la facoltà per gli Stati Membri di introdurre eccezioni per scopi specifici, quali la riproduzione per fini privati (in relazione ai soli database non elettronici), l'impiego per finalità didattiche, di ricerca, di pubblica sicurezza o in occasione di procedimenti amministrativi e giudiziari.⁴⁹⁶

Inoltre, l'articolo 6 consente agli Stati Membri di prevedere altre eccezioni al diritto sui database purché su tratti di “deroghe al diritto d'autore tradizionalmente contemplate dal diritto interno”.⁴⁹⁷ Se tale norma viene costruita in senso restrittivo, essa consente solo l'applicazione di quelle eccezioni relative ai database previste dagli Stati Membri prima dell'adozione della Direttiva. Sembra preferibile accedere ad una interpretazione più ampia, la quale ammette che le legislazioni nazionali possano prevedere delle eccezioni al diritto sui database attingendo dal bacino di usi che sono consentiti, ad esempio, dalla Direttiva Infosoc.⁴⁹⁸

Il diritto sui generis, invece, attribuisce al suo titolare il diritto di vietare l'estrazione e il reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca dati. A tal proposito, il legislatore invita a svolgere una valutazione sia qualitativa che quantitativa.⁴⁹⁹ A fini antielusivi, la norma specifica che ripetuti e sistematici usi di parti non sostanziali ammonta comunque a una violazione del diritto sui generis. Con riguardo alle attività svolte dalle istituzioni culturali, è rilevante specificare che, per volontà legislativa, il prestito

⁴⁹² H. VON HIELMCRONE, *Copyright in the EU from the Perspective of Libraries*, 16/no. 3 *Consumer Policy Review* 90 (2006).

⁴⁹³ Art 10 Direttiva 96/9/CE.

⁴⁹⁴ Si veda, a tal proposito, l'interessante trattazione, comprensiva di numerosi esempi pratici, condotta in materia di database museali in: F. MINIO, *Banche dati museali, diritto d'autore, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2020, III <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2020/3/minio.htm>>>.

⁴⁹⁵ Articolo 6(1) Direttiva 96/9/CE.

⁴⁹⁶ Articolo 6(2) (a)-(c) Direttiva 96/9/CE.

⁴⁹⁷ Articolo 6(2)(d).

⁴⁹⁸ J. P. TRAILLE et al, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and the related right in the information society (the “Infosoc Directive”)*, cit., 247.

⁴⁹⁹ Art 7(1) Direttiva 96/9/CE.

pubblico non rientra nella definizione di estrazione o reimpiego.⁵⁰⁰ Si noti che l'utente legittimo può estrarre e reimpiegare parti qualitativamente o quantitativamente non sostanziali della banca dati.⁵⁰¹ Inoltre, a norma dell'articolo 9, all'utente legittimo, in presenza di certe condizioni, è consentita l'estrazione per fini privati (in relazione ai soli database non elettronici), didattici, di ricerca, di pubblica sicurezza o per l'effetto di procedimenti amministrativi o giudiziari.

Dall'analisi appena condotta, emerge chiaramente che la Direttiva 96/9/CE non ha previsto delle eccezioni che abbiano come specifiche destinatarie le istituzioni culturali che vogliono utilizzare senza autorizzazione un database protetto. Se si richiama l'esempio svolto supra, occorre notare che, in base alla Direttiva 96/9/CE, non era chiaro se le istituzioni culturali potessero svolgere l'analisi automatizzata di banche dati, attività che, come si vedrà meglio di seguito, presuppone atti di riproduzione e di estrazione di database.⁵⁰² Non è un caso che il legislatore del 2019, per colmare questa e altre lacune della Direttiva 96/9/CE, abbia previsto delle nuove eccezioni dedicate agli usi consentiti delle banche dati da parte delle istituzioni culturali.

2.3. La Direttiva 2009/24/EC

La Direttiva 2009/24/EC⁵⁰³ stabilisce che i programmi per elaboratori, purché originali,⁵⁰⁴ sono protetti dal diritto d'autore.⁵⁰⁵ La tutela giuridica dei software viene in gioco in relazione alle attività delle istituzioni culturali in casi piuttosto limitati, ma in continua espansione. Si prenda, ad esempio, il caso di musei dedicati ai videogame.⁵⁰⁶ In situazioni come questa, è importante capire quali usi dei software siano consentiti. Innanzitutto, si noti che la Direttiva 2009/24/EC, a norma dell'articolo 4, stabilisce che i titolari del diritto d'autore hanno il diritto esclusivo di effettuare o autorizzare la riproduzione, la traduzione, l'adattamento, l'adeguamento e la modifica dei programmi per elaboratore protetti fino alla prima vendita della copia del programma stesso.

La Direttiva prevede, quale eccezione derogabile tramite contratto, la possibilità di effettuare senza autorizzazione gli atti appena menzionati purché essi siano "necessari per un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente, nonché per la correzione di errori".⁵⁰⁷ Inoltre, l'utente legittimo del software può studiare il funzionamento del programma, onde capirne i principi.⁵⁰⁸ Infine, è consentita a certe condizioni la decompilazione del software.⁵⁰⁹ Alla luce del tenore delle norme appena citate, sembra che le istituzioni culturali siano sprovviste di copertura nelle loro ordinarie attività. Ad esempio, non sembra che, in base alla Direttiva 2009/24/EC, un museo dedicato ai videogame possa riprodurre i programmi con l'obiettivo di preservarli.

⁵⁰⁰ Art 7(2) Direttiva 96/9/CE.

⁵⁰¹ Art 8 (1) Direttiva 96/9/CE.

⁵⁰² DI COCCO C., *Tutela delle banche di dati: patrimonio culturale e mercato unico digitale*, in *Aedon*, 2020, III <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2020/3/dicocco.htm>>>.

⁵⁰³ Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

⁵⁰⁴ Art. 1(3) Direttiva 2009/24/CE.

⁵⁰⁵ Art. 1(1) Direttiva 2009/24/CE; sui dubbi tra tutela dei software e dicotomia idea-espressione si veda: C. SGANGA, *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, cit.

⁵⁰⁶ J. P. TRAILLE et al, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and the related right in the information society (the "Infosoc Directive")*, cit., 269.

⁵⁰⁷ Art. 5(1) Direttiva 2009/24/CE.

⁵⁰⁸ Art. 5(3) Direttiva 2009/24/CE.

⁵⁰⁹ Art. 6 Direttiva 2009/24/CE.

2.4. La Direttiva 2012/28/UE

La Direttiva 2012/28/UE⁵¹⁰ risponde a uno degli aspetti più problematici dell'utilizzo di opere protette nel settore GLAM.⁵¹¹ Si allude alla questione delle opere orfane, cioè quelle opere rispetto alle quali non è individuabile o non è rintracciabile il titolare del diritto d'autore.⁵¹² L'intervento legislativo del 2012 mira a riconoscere alcuni usi consentiti che delle opere orfane possano svolgere alcune istituzioni, tra cui biblioteche, musei ed archivi. In particolare, questi enti sono chiamati a svolgere in buona fede una ricerca diligente del titolare del diritto d'autore su una certa opera.⁵¹³ Qualora, a seguito di tali sforzi, non sia possibile identificare o reperire il titolare del copyright, le istituzioni interessate godono di un'eccezione prevista dall'articolo 6 della Direttiva.

Tale eccezione consente loro di mettere le opere orfane a disposizione del pubblico o di svolgere atti di riproduzione al fine di digitalizzare, mettere a disposizione, catalogare, indicizzare o preservare le opere.⁵¹⁴ Si tratta di usi che devono avvenire in conformità con la missione di interesse pubblico svolta dalle istituzioni culturali, le quali possono generare entrate in relazione a tali usi con il solo scopo di coprire i costi.⁵¹⁵ È rilevante notare che, qualora lo status di opera orfana venga interrotto, al titolare del diritto d'autore spetta solo l'equo compenso per l'utilizzo della sua opera.⁵¹⁶

La Direttiva 2012/28/UE ha senz'altro il merito di offrire soluzioni concrete ad un problema che attanaglia la quotidiana attività delle istituzioni culturali. Alla luce del fatto che la circoscritta applicazione delle eccezioni previste dalla Direttiva Infosoc impedisce la digitalizzazione massiccia delle collezioni custodite da biblioteche, archivi e musei, è chiaro che tali enti debbano ricorrere allo strumento della licenza, qualora vogliano attivare progetti di digitalizzazione. Il problema sta nel fatto che la negoziazione di licenze è a priori preclusa nel caso in cui sia impossibile individuare o rintracciare il titolare del diritto d'autore.

Di fronte a tale cortocircuito del sistema, la Direttiva subordina l'uso al requisito della cosiddetta "ricerca diligente". Senza dubbio, si tratta di una soluzione. Purtroppo, però, all'atto pratico, tale strategia si rivela una strada non facilmente percorribile dalle istituzioni culturali per una serie di ragioni. Innanzitutto, spicca lo smarrimento degli enti culturali nella comprensione dello standard di diligenza sufficiente a scampare una violazione del diritto d'autore. La Direttiva dispone che gli Stati Membri debbano stabilire le fonti appropriate sulla base delle quali gli enti possano condurre la ricerca. Se si considera che in alcune realtà nazionali sono state fornite liste di fonti solamente indicative, è difficile per le istituzioni culturali predire quando la ricerca condotta possa considerarsi sufficientemente diligente.⁵¹⁷ Inoltre, occorre specificare che il requisito imposto dal legislatore europeo comporta un dispendio di energie e risorse non indifferente. Del resto,

⁵¹⁰ Direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, su taluni utilizzi consentiti di opere orfane.

⁵¹¹ M. TERRAS, *Opening Access to Collections: The Making and using of Open Digitised Cultural Content*, 39/no.5 *Online Information Review* 733, 747 (2015).

⁵¹² Art. 2 Direttiva 2012/28/UE.

⁵¹³ Art. 3 Direttiva 2012/28/UE.

⁵¹⁴ Art. 6(1) Direttiva 2012/28/UE.

⁵¹⁵ Art. 6(2) Direttiva 2012/28/UE.

⁵¹⁶ Art. 6(5) Direttiva 2012/28/UE.

⁵¹⁷ S. SCHROFF et al, *The impossible quest – problems with diligent search for orphan works*, 48 *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 286, 290 (2017).

se le fonti da controllare non sono in formato digitale, in sostanza si richiede alle istituzioni culturali di svolgere una lunga e ardua ricerca cartolare.⁵¹⁸

Tali difficoltà sono esacerbate dal fatto che, in alcune circostanze, la Direttiva richiede di effettuare la ricerca in Stati Membri diversi rispetto a quello in cui è collocata l'istituzione interessata. Infatti, a norma dell'articolo 3, la ricerca va svolta nello Stato di prima pubblicazione o trasmissione dell'opera. Se l'opera in questione non è stata né mai trasmessa né mai pubblicata, occorre svolgere la ricerca nello Stato ove ha sede l'organizzazione che ha reso l'opera pubblicamente accessibile. Ancora più problematica è la clausola aperta secondo cui si deve estendere la ricerca a ogni Stato in cui si ritiene di poter reperire informazioni pertinenti.⁵¹⁹

È solo parzialmente confortante il fatto che viga il principio del mutuo riconoscimento dello status di opera orfana, sistema che implica che, laddove un'opera venga riconosciuta come orfana in un determinato Stato Membro, automaticamente essa è tale anche negli altri ordinamenti nazionali. In effetti, al fine di facilitare tale mutuo riconoscimento ed evitare la duplicazione delle ricerche, la Direttiva dispone la creazione di una banca dati unica che contenga le informazioni relative alle ricerche diligenti di volta in volta condotte dalle istituzioni culturali. Purtroppo, tale database contiene un numero di opere troppo esiguo per poter considerare tale iniziativa riuscita.⁵²⁰

3. Il Covid-19: un'occasione per riflettere sul settore GLAM

Al netto del quadro legislativo appena delineato, la necessità di vagliare l'appropriatezza delle misure legislative, che la Direttiva 2019/790 ha introdotto con l'obiettivo di garantire ulteriori spazi di libera utilizzazione da parte delle istituzioni culturali, si fa ancora più stringente se si ragiona alla luce dell'emergenza sanitaria scatenata dalla diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2, noto ai più come Covid-19. Nel contesto pandemico, gli enti posti a tutela del patrimonio culturale vengono in rilievo da due precipi angoli visuali. Innanzitutto, spicca il loro ruolo quali immensi collettori di conoscenza scientifica. In secondo luogo, emerge l'indispensabilità delle istituzioni culturali per l'attuazione del diritto di accesso alla cultura.⁵²¹

3.1. L'invito alla scienza aperta

Se si pensa alle biblioteche e al sapere scientifico che si annida tra i loro scaffali, emerge chiaro che esse possono giocare un ruolo strategico nel dare accesso e diffondere conoscenze chiave che, una volta nelle mani di ricercatori e studiosi, possono essere decisive nello sconfiggere un virus tenace e insidioso quale il Covid-19. Ciò è vero, a fortiori, alla luce della rivoluzione tecnologica che, consentendo la digitalizzazione dei contenuti, permette la loro rapida e facile disseminazione. All'atto pratico, però, le biblioteche incontrano ostacoli nell'attuare la naturale vocazione della conoscenza, che nasce per mettersi a disposizione di chi ne ha sete. Imbrigliato da diritti di esclusiva, il sapere è gestito con timore dalle istituzioni culturali, le quali, ostaggi del diritto d'autore,

⁵¹⁸ Sul problema dell'accessibilità delle risorse: SCHROFF et al, *op. cit.*, 295.

⁵¹⁹ Art. 3(4) Direttiva 2012/28/UE.

⁵²⁰ S. SCHROFF et al, *The impossible quest – problems with diligent search for orphan works*, *cit.*, 296.

⁵²¹ F. VIOLA, *Da attrattori ad attivatori culturali*, in *Territori della Cultura*, 2020, XLII, 230 <<<https://www.univeur.org/cuebc/index.php/it/territori-della-cultura/archvio-neri/1154-territori-della-cultura-42>>> ; in riferimento allo scossone che il Covid dovrebbe dare si veda: M.MODOLO, *Reinventare il patrimonio: il libero riuso dell'immagine digitale del bene culturale pubblico come leva di sviluppo nel post Covid*, in *Territori della Cultura*, 2020, XLII, 210 <<<https://www.univeur.org/cuebc/index.php/it/territori-della-cultura/archvio-neri/1154-territori-della-cultura-42>>>.

spesso rinunciano a digitalizzare e a mettere a disposizione i contenuti, onde evitare a priori il rischio di possibili conseguenze.⁵²²

In particolare, le biblioteche incontrano due ordini di problemi nel perseguimento del loro fine istituzionale di diffusione del sapere. Innanzitutto, esse sono vittime del sistema di eccezioni chiuse propugnato dal legislatore europeo, il quale preconfeziona liste esaustive di usi consentiti. Ciò ha comportato, ad esempio, che, fino all'avvento della Direttiva 790/2019, fosse preclusa l'analisi computazionale di testi e dati contenuti nelle biblioteche a detrimento della ricerca scientifica. In seconda battuta, occorre notare che, anche laddove siano state previste delle eccezioni, non sempre le biblioteche vi ricorrono serenamente. Le potenzialità degli usi consentiti, infatti, sono frustrate dall'incertezza sui confini applicativi delle eccezioni stesse.

Ciò emerge chiaramente se si considera l'artificiosa distinzione tra ricerca a fini commerciali e non commerciali. Si prenda ad esempio il caso dell'articolo 5(2)(a), in cui il legislatore offre copertura ad usi non autorizzati soltanto laddove essi siano strumentali all'attività di ricerca condotta in ambito non commerciale. È evidente quanto sia arduo tracciare un confine netto: ad esempio, bisogna chiedersi se la ricerca condotta da ricercatori universitari, ma finanziata in parte da società farmaceutiche, possa considerarsi come legittima o meno.⁵²³ Di fronte ad una tale incertezza, le istituzioni culturali preferiscono rifugiarsi nello strumento più sicuro, cioè le licenze concesse dai titolari del copyright. Tuttavia, bisogna specificare che nemmeno questa risulta una via facilmente percorribile. Infatti, le opere potrebbero essere orfane o fuori commercio, oppure una singola opera potrebbe avere vari autori o titolari del copyright. Infine, bisogna considerare che non tutte le istituzioni culturali sono dotate delle risorse e dell'expertise necessarie per gestire un ampio portfolio di licenze.⁵²⁴

Se questi sono gli ostacoli che la ricerca incontra quotidianamente, è essenziale notare che l'emergenza Covid-19 ha avuto l'effetto di acuire il disappunto verso i profili problematici di un sistema scricchiolante. Ad esacerbare la situazione contribuisce il fatto che l'attuale disciplina del diritto d'autore europeo non offre copertura ad usi dettati da situazioni emergenziali. A onor del vero, la Direttiva Infosoc presenta un'eccezione che legittima l'impiego di un'opera protetta per finalità di pubblica sicurezza. Tuttavia, la declinazione che di tale eccezione ha dato la giurisprudenza della Corte di Giustizia ne mortifica l'effetto utile. Dà prova di ciò il caso *Painer*, che verte proprio sull'interpretazione

⁵²² Risolve a prescindere il problema la scelta di quei membri della comunità scientifica che, mossi da incentivi diversi rispetto a quelli prodotti dal riconoscimento di diritti di esclusiva, decidono di pubblicare le loro opere in Open Access. Per una disamina sulle potenzialità dell'Open Access si veda: R. CASO, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati*, in *Zenodo*, 2021, 315 ss <<<https://zenodo.org/record/4955061#.YVrW85pBzIV>>>.

⁵²³ *Limitations and exceptions in EU copyright law for libraries, educational and research establishments: a basic guide*, preparato per la "Ligue des Bibliothèques Européennes de Recherche", 2016, 11 <<<https://libereurope.eu/article/a-basic-guide-to-eu-copyright-limitations-and-exceptions-for-libraries-educational-and-research-establishments/>>>.

⁵²⁴ H. VON HIELMCRONE, *Copyright in the EU from the Perspective of Libraries*, cit., 94: "The probable consequences of this is that development of copyright in the digital age may come to a halt, and be replaced by licensing contracts. This development presents libraries and their patrons with two major practical problems. Firstly, it may be quite difficult for libraries to manage a great variety of contracts. The terms specified have somehow to fit into the daily routines and the general pattern of access given to all patrons. Secondly, it is usually impossible to get in contact with the author or rightsowner in order to get a permission or make a contract. When it comes to multimedia this gets even worse. A single work may have many authors and other rightsowners."

di tale eccezione, racchiusa nell'articolo 5(3)(e) della Direttiva Infosoc. Dal dictum in *Painer*, emerge che, dal momento che non vi è una precisa definizione della nozione di pubblica sicurezza nella Direttiva Infosoc, spetta agli Stati Membri definirne la portata.⁵²⁵

A ben vedere, se i giudici nazionali prendessero in considerazione la giurisprudenza europea in senso olistico, essi sarebbero tentati ad abbracciare una nozione ampia di pubblica sicurezza, la quale, a detta della Corte di Giustizia, viene minacciata, inter alia, nel caso in cui la sopravvivenza della popolazione sia a repentaglio.⁵²⁶ Alla luce di tale approccio, di primo acchito sembra che l'emergenza sanitaria scatenata dalla diffusione del Covid-19 sia suscettibile di rientrare nella definizione di sicurezza pubblica e, quindi, di giustificare l'applicazione dell'articolo 5(3)(e) della Direttiva Infosoc a beneficio delle biblioteche che vogliono diffondere materiale scientifico oltre i ristretti spazi di libera utilizzazione garantiti dalle eccezioni ad esse dedicate nella Direttiva Infosoc.

All'atto pratico, però, l'eccezione in questione a poco gioverebbe in situazioni emergenziali quale quella cagionata dal Covid-19, almeno allo stato dell'arte dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia. Infatti, dal caso *Painer* emerge che la libera utilizzazione di materiale protetto per ragioni di pubblica sicurezza non possa avvenire per scelta discrezionale degli utenti. Infatti, sono esigenze giustificative dell'uso solo quelle che si inquadrano in una decisione o in un'attività delle autorità competenti alla preservazione della sicurezza pubblica.⁵²⁷ Questo approccio restrittivo si spiega alla luce della necessità di garantire certezza del diritto agli autori con riguardo al livello di protezione delle loro opere. Inoltre, si noti che la discrezionalità degli Stati Membri nel definire la nozione di pubblica sicurezza deve sottostare al filtro del three-step test contenuto dall'articolo 5(5) della Direttiva Infosoc. È difficile immaginare che, in presenza di tali paletti, al culmine della pandemia Covid, una biblioteca potesse affidarsi all'articolo 5(3)(e) nel diffondere materiale scientifico, nella mera speranza che la situazione emergenziale potesse giustificare l'applicazione dell'eccezione in esso contenuta.

È auspicabile che la Corte di Giustizia riveda la propria giurisprudenza con riguardo all'articolo 5(3)(e) in senso ampliativo. Questo approccio sarebbe in linea con la necessità di un profondo cambiamento invocata da quella parte della dottrina che ritiene che il Covid-19 possa essere una lezione di condivisione e di solidarietà che galvanizzi un ripensamento del sistema⁵²⁸ alla luce del diritto alla scienza consacrato dall'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei diritti umani.⁵²⁹ Non soddisfano le iniziative, squisitamente private, che hanno temporaneamente consentito l'accesso aperto a risorse essenziali per la lotta al Covid-19.⁵³⁰ La "scienza aperta"⁵³¹ deve diventare regola di default, a prescindere da scelte frammentarie. Del resto, la posta in gioco è molto alta: "dal punto di vista dei diritti umani si tratta di dare attuazione al diritto alla scienza, anche nell'accezione di diritto di accedere

⁵²⁵ C-145/10, *Eva-Maria Painer*, cit., para 101-102.

⁵²⁶ *Ex multis*: C145/09 *Land Baden-Württemberg contro Panagiotis Tsakouridis*, 23 November 2010, ECLI:EU:C:2010:708, para 44; si tratta di un orientamento risalente: C-72/83, *Campus Oil et al*, 10 luglio 1984, ECLI:EU:C:1984:256, para 34-35.

⁵²⁷ C-145/10, *Eva-Maria Painer*, cit., para 113.

⁵²⁸ R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il Covid-19?*, in *Zenodo*, 2020.

⁵²⁹ F. BINDA, R. CASO, *Il diritto umano alla scienza aperta*, in *Trento Lawtech Paper Series*, 2020 <<<https://zenodo.org/communities/trentolawtechgroup/>>>.

⁵³⁰ J. L. CONTRERAS, M. EISEN, A. GANZ et al, *Pledging Intellectual Property for COVID-19*, 38/no. 10 *Nature Biotechnology* 1146 (2020).

⁵³¹ F. BINDA, R. CASO, *Il diritto umano alla scienza aperta*, cit.

in modalità aperta ai risultati della scienza, e di metterlo in connessione con il diritto alla salute.”⁵³²

3.2. L'accesso al patrimonio culturale digitalizzato

L'emergenza sanitaria ha chiamato in causa le istituzioni culturali non solo come depositarie del sapere scientifico, ma anche come custodi del patrimonio culturale inteso in senso ampio. Infatti, in quel periodo buio comunemente noto come lockdown, alcuni enti, sfruttando le potenzialità della rivoluzione tecnologica, hanno attivato delle virtuose iniziative⁵³³ volte a consentire la fruizione di opere da parte degli utenti direttamente da casa. Nel momento in cui pc, smartphone e tablet diventavano le uniche finestre sul mondo esterno, il digitale perdeva definitivamente la sua natura sussidiaria per diventare canale indispensabile.

Del resto, le misure di contenimento del virus non hanno risparmiato musei, biblioteche, gallerie e archivi, che hanno chiuso i battenti per mesi.⁵³⁴ L'inviolabilità del diritto di accesso e fruizione della cultura⁵³⁵ implica, come corollario, il fatto che l'attuazione di tale diritto non può conoscere pause né interruzioni, laddove vi siano mezzi idonei a garantirne l'effettività. Proprio nel frangente in cui il digitale diveniva mezzo imprescindibile per l'attuazione del diritto alla cultura, la collisione tra diritti fondamentali degli utenti e copyright diveniva frontale.

Gli ostacoli incontrati dalle biblioteche nella digitalizzazione dei contenuti sono stati già affrontati. Essi si ripropongono in maniera sostanzialmente invariata anche in relazione alla digitalizzazione di opere dal contenuto ricreativo e non scientifico. Similari profili problematici si individuano anche in relazione ad altre istituzioni culturali. Se ci si volge verso la realtà museale, si rileva che la difficile gestione di opere orfane, fuori commercio o dallo status incerto implica che i musei rinuncino a priori al loro utilizzo. Inoltre, l'incertezza applicativa delle eccezioni porta i musei a preferire la negoziazione di licenze con i titolari del copyright. Infine, si noti che il sistema di eccezioni predisposto dal legislatore europeo si rivela particolarmente inadeguato di fronte alle esigenze della digitalizzazione.

Alla luce del caso *Ulmer*,⁵³⁶ l'estesa digitalizzazione del patrimonio culturale non trova cittadinanza nell'ordinamento dell'Unione Europea. La Corte di Giustizia, infatti, richiamando l'articolo 5(2)(c) della Direttiva Infosoc, ha sottolineato la legittimità dei soli “atti di riproduzione specifica” che siano funzionali alla comunicazione al pubblico di singole opere. Inoltre, sembra che la fruizione delle opere digitalizzate possa avvenire solo per scopi predefiniti nei terminali dedicati situati presso le istituzioni culturali. Ancora più scoraggiante è il fatto che nemmeno l'utilizzo di opere non più coperte da copyright risulta esente da problematicità e incertezze. A riprova di ciò si consideri che, almeno fino all'avvento dell'articolo 14 della Direttiva 790/2019, era addirittura dubbio lo status delle riproduzioni non originali delle opere dell'arte visiva in pubblico dominio. Per la precisione, non era chiaro se le riproduzioni fossero esse stesse coperte da copyright.

⁵³² R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il Covid-19?*, cit., 4.

⁵³³ A. MERATI, *Musei online da visitare restando a casa: le migliori iniziative in Italia e nel mondo*, in *Il Corriere della Sera*, 29 Marzo 2020 <<<https://viaggi.corriere.it/eventi/visitare-musei-online-in-italia-e-nel-mondo-tour-virtuali/>>>.

⁵³⁴ A. CIERVO, *La chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura pubblici durante l'emergenza sanitaria*, in *Aedon*, 2020, II <<*Aedon* 2/2020, Ciervo, *La chiusura dei musei* (mulino.it)>>.

⁵³⁵ Articolo 27 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.

⁵³⁶ C-117/13, *Ulmer*, cit.

4. Il settore GLAM nella Direttiva 2019/790

Le riflessioni appena svolte delineano l'angolo visuale da cui è opportuno guardare alla recente riforma del diritto d'autore nell'Unione Europea. In particolare, si vaglierà l'appropriatezza delle misure adottate per modernizzare il copyright e si proporrà un'interpretazione evolutiva delle eccezioni e limitazioni con cui la Direttiva 2019/790 garantisce spazi di libera utilizzazione agli "istituti di tutela del patrimonio culturale", nozione che, per volontà legislativa, comprende le biblioteche accessibili al pubblico, i musei, gli archivi o gli istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro.⁵³⁷

Inoltre, si tenterà di capire cosa si sarebbe dovuto fare e non è stato fatto. Tale spirito critico muove dalle impressioni di quella parte della dottrina che ritiene che il recente intervento legislativo abbia innovato sulla disciplina delle eccezioni e limitazioni al copyright in modo timido e incompiuto. Sintetizza bene tale posizione Maria Chiara Pievatolo, la quale rileva che le eccezioni e limitazioni sarebbero state "per lo più formulate in modo da riprendere con una mano quanto concedono con l'altra".⁵³⁸ Infatti, il legislatore avrebbe perso l'occasione di affermare in maniera definitiva che l'esclusiva è l'eccezione e il pubblico dominio la norma, accontentandosi "delle briciole cadute dal tavolo da gioco di monopoli vecchi e nuovi".⁵³⁹

4.1. Text and data mining

L'analisi computazionale di testi e dati, altrimenti nota come text and data mining (TDM), porta a compimento le immense potenzialità del digitale nel settore della ricerca. Infatti, la rivoluzione tecnologica, rendendo possibile la sconfinata disseminazione della conoscenza, consente il potenziale accesso ad un ampio bacino di informazioni e dati, che viene rimpinguato continuamente. A fronte di tali possibilità, è fondamentale che i ricercatori siano concretamente messi nelle condizioni di localizzare e analizzare le informazioni rilevanti disperse tra l'immenso ammasso di risorse disponibili. A questo proposito, emerge la vitale importanza del TDM, che, attraverso l'analisi automatizzata di grandi quantità di dati e testi, consente di estrarne informazioni.⁵⁴⁰ Chiaramente, ciò implica che il TDM è massimo strumento attuativo del diritto umano alla scienza.

Alla luce dei benefici di cui il TDM può farsi latore, sembrerebbe logico e ragionevole che i sistemi giuridici rimuovano gli ostacoli che ne osteggiano l'applicazione. Non si è mossa in tal senso la disciplina del diritto d'autore, dal momento che si ritiene che il TDM condotto su materiale protetto sia in conflitto con i diritti di esclusiva garantiti ai titolari del copyright. Infatti, solitamente l'analisi computazionale implica la creazione di una copia delle opere coinvolte e, dunque, necessita dell'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, salva l'eventuale applicazione di un'eccezione.⁵⁴¹ Inoltre, il TDM può dare luogo ad atti di comunicazione al pubblico quando gli esiti della ricerca siano essi stessi

⁵³⁷ Art 2(3) Direttiva 2019/790.

⁵³⁸ M.C. PIEVATOLO, *L'età del privilegio. Il diritto d'autore nel mercato unico digitale europeo*, in Mulino, 2019 <<<https://archiviomarini.sp.unipi.it/826/>>>.

⁵³⁹ PIEVATOLO, *ibidem*.

⁵⁴⁰ M. A. HEARST, 'Text data mining', MITKOV (ed), *The Oxford handbook of computational linguistics*, Oxford, 2003, 616.

⁵⁴¹ Il Considerando 9 della Direttiva 2019/790 cita l'articolo 5(1) della Direttiva Infosoc. Riguardo ai limiti di tale eccezione con riguardo al TDM si veda: R. DUCATO, A. STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to Machine Legibility*, 50/no.6 *International review of intellectual property and competition law* 649 (2019); Con riguardo alla possibile applicazione di altre eccezioni e ai loro limiti si veda: E. ROSATI, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, 2018, 9 ss.

protetti da copyright. Ciò è chiaro, ad esempio, nel settore dell'elaborazione del linguaggio, in cui i risultati dell'analisi computazionale di testi può risultare in una serie di parole. Alla luce dello standard di originalità declinato dalla Corte di Giustizia nel caso *Infopaq*, da cui risulta che anche una successione di undici parole può costituire espressione proteggibile dal diritto d'autore, sembrerebbe che gli studiosi non possano liberamente condividere l'esito delle loro ricerche, qualora esso consista in una serie di parole.⁵⁴²

La Direttiva 2019/790 specifica che “l'estrazione di testo e di dati può essere effettuata anche in relazione a semplici fatti o dati non tutelati dal diritto d'autore, nel qual caso non è richiesta alcuna autorizzazione in base alla legislazione sul diritto d'autore.”⁵⁴³ Alla luce della recente espansione del copyright, pare che la Direttiva alluda a casi meramente residuali. Del resto si è già accennato a come la Corte di Giustizia abbia aderito ad uno standard di originalità irrisorio. Inoltre, si è visto come, con la Direttiva a tutela delle banche dati, la dicotomia idea-espressione sia stata frustrata. La protezione accordata dalla Direttiva 96/9/CE implica, infatti, che sono precluse la riproduzione di database protetti da copyright e l'estrazione non autorizzata di contenuti dalle banche dati su cui insiste il cosiddetto “diritto sui generis”.

4.1.2. Gli articoli 3 e 4 della Direttiva 2019/790

La prima occasione in cui il legislatore europeo ha disciplinato il fenomeno del TDM è la Direttiva 2019/790. Lo ha fatto per tramite di due distinte norme. La prima è l'articolo 3, che contiene un'eccezione ai diritti esclusivi di riproduzione di opere protette,⁵⁴⁴ di riproduzione delle banche dati coperte da copyright,⁵⁴⁵ di estrazione e reimpiego del contenuto di banche dati.⁵⁴⁶ Inoltre, tale eccezione si applica anche all'articolo 15 della stessa Direttiva 2019/790, che conferisce agli editori di giornali i diritti di riproduzione e di messa a disposizione del pubblico delle pubblicazioni a carattere giornalistico nei confronti dei prestatori di servizi nella società dell'informazione. L'eccezione di cui all'articolo 3 è sottoposta a vari limiti applicativi dal momento che copre solo gli usi, per scopi di ricerca scientifica, compiuti da organismi di ricerca e da istituti di tutela del patrimonio culturale che abbiano legalmente accesso ad un'opera protetta.

Con specifico riferimento al settore GLAM, il vincolo di scopo imposto da questa eccezione non deve essere accolto positivamente. Infatti, esso potrebbe scoraggiare l'applicazione a tutto tondo delle potenzialità del TDM da parte delle istituzioni culturali. Innanzitutto, infatti, occorre notare che l'analisi computazionale può esplicitare le proprie potenzialità per plurime finalità, tra cui la ricerca scientifica è solo quella più evidente.⁵⁴⁷

⁵⁴² T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *The text and data mining exception in the proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: why it is not what EU copyright law needs*, 2018 <<<https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/>>>.

⁵⁴³ Considerando 9 Direttiva 2019/790.

⁵⁴⁴ Articolo 2 Direttiva Infosoc.

⁵⁴⁵ Articolo 5(a) Direttiva 96/9/CE.

⁵⁴⁶ Articolo 7(1) Direttiva 96/9/CE; Sul TDM e le banche dati: C. DI COCCO, *Tutela delle banche di dati: patrimonio culturale e mercato unico digitale*, cit.

⁵⁴⁷ E. ROSATI, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects*, 2018, 3; a dire il vero, il problema sembra essere a monte. Infatti, se si dà lettura al considerando 12 della Direttiva, emerge che l'eccezione contenuta nell'articolo 3 non dovrebbe trovare applicazione nei casi di partenariati pubblico-privati. In effetti, molte delle applicazioni del TDM al di fuori della pura ricerca scientifica sembrano correlate alla dimensione di soggetti privati che impiegano il TDM nell'ambito di attività commerciali complesse. Non per questo, però, si tratta di attività necessariamente lontane dal perseguimento di interessi a beneficio della collettività. Si pensi all'applicazione del TMD nel

Inoltre, si noti che l'articolo 3, limitando gli scopi del TDM, introduce un elemento di instabilità che potrebbe pregiudicare l'applicazione del TDM anche nel settore della ricerca scientifica stessa. Infatti, tale articolo prevede, quale requisito per il godimento dell'eccezione in questione, il fatto che le istituzioni culturali debbano avere legalmente accesso alle opere oggetto di TDM. Supponiamo che una biblioteca abbia accesso al materiale tramite una licenza concessa per il solo fine di uso a scopo di insegnamento. È chiaro che, in casi come questi, è dubbio se la biblioteca possa giovare dell'eccezione di cui all'articolo 3 o se debba pagare per ottenere una licenza che la autorizzi all'uso svolto per finalità di ricerca scientifica.⁵⁴⁸

Non appare di applicazione così circoscritta la seconda eccezione prevista dalla Direttiva 2019/790 con riguardo al TDM. Essa è contenuta nell'articolo 4, il quale non specifica per quali scopi l'uso di materiale protetto debba essere svolto né la natura dei soggetti utenti. Inoltre, oltre agli usi sopra elencati, l'eccezione di cui all'articolo 4 si applica anche ai diritti esclusivi di riproduzione e modifica di software.⁵⁴⁹ Non specificando la Direttiva quali siano i beneficiari dell'eccezione di cui all'articolo 4, è auspicabile che se ne possano giovare anche le istituzioni culturali, a fortiori visto che esse godono dell'eccezione di applicazione più limitata prevista dall'articolo 3. Un tale approccio è desiderabile dal momento che consentirebbe di superare i vincoli di scopo dell'eccezione di cui all'articolo 3.

Tuttavia, non si può evitare di sottolineare che all'atto pratico l'applicazione dell'articolo 4 potrebbe giovare ben poco alle attività condotte dalle istituzioni culturali. Infatti, l'articolo 4 prevede che l'eccezione in esso racchiusa si applichi “a condizione che l'utilizzo delle opere e di altri materiali [...] non sia stato espressamente riservato dai titolari

contesto bancario al fine di impostare sistemi di mitigazione del rischio finanziario (a tal proposito e con riferimento ad altri esempi si veda: ROSATI, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects*, cit., 3). Oppure, si pensi alle potenzialità del TDM nell'ambito della tutela del consumatore (come ben illustrato in: DUCATO, STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to 'Machine Legibility'*, cit.). Da ultimo, si consideri il caso di quelle società che si avvalgono del TDM per realizzare modelli per l'uso sostenibile delle risorse naturali (si prenda ad esempio la società Treemetrics << <https://www.treemetrics.com/>>>). Alcuni esempi di implementazione nazionale prevedono ipotesi di inapplicabilità dell'articolo 3 nel caso di partenariati pubblico-privati. È il caso della Francia. Si veda a tal proposito: A. BENSAMOUN, Y. BOUQUEREL, *Rapport de mission: transposition des exceptions de fouille de textes et de données: enjeux et propositions*, commissionato dal Consiglio superiore per la proprietà letteraria e artistica (Conseil Supérieur de la Propriété littéraire et artistique), 2020, 60-61 <<<https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-exceptions-de-fouille-de-textes-et-de-donnees-text-and-data>>>.

⁵⁴⁸ E. ROSATI, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, cit., 22. In alcune realtà nazionali, si ritiene necessario chiarire la nozione di accesso legittimo onde definire i confini applicativi dell'articolo 3. È il caso della Francia, in cui si è considerato di affidare ad un decreto del Consiglio di Stato la definizione di tale concetto: BENSAMOUN, BOUQUEREL, *Rapport de mission: transposition des exceptions de fouille de textes et de données: enjeux et propositions*, cit., 87.

⁵⁴⁹ Art. 4(1)(a) e (b) della Direttiva 2009/24/CE; nel corso dell'implementazione degli articoli 3 e 4 in Belgio, è stato discusso se l'assenza di un riferimento ai software nell'articolo 3 fosse frutto di un errore. Il Consiglio per la Proprietà Intellettuale (Conseil de la Propriété intellectuelle) tende ad escludere tale ipotesi. A tal proposito si veda: *Avis du Conseil de la Propriété intellectuelle du 19 juin 2020 concernant la transposition en droit belge de la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, 14 <<<https://economie.fgov.be/fr/themes/propriete-intellectuelle/institutions-et-acteurs/conseil-de-la-propriete/avis/avis-du-19-juin-2020-du>>>.

Si è mosso nello stesso senso il processo di implementazione in Francia: BENSAMOUN, BOUQUEREL, *Rapport de mission: transposition des exceptions de fouille de textes et de données: enjeux et propositions*, cit., 53.

dei diritti in modo appropriato”.⁵⁵⁰ Si tratta di una disposizione a cui non sottostà l’articolo 3, il quale non è derogabile tramite contratto⁵⁵¹ e prevede soltanto che, nei limiti dello stretto necessario, “i titolari dei diritti sono autorizzati ad applicare misure atte a garantire la sicurezza e l’integrità delle reti e delle banche dati in cui sono ospitate le opere o altri materiali.”⁵⁵²

Come l’articolo 3, anche l’articolo 4 richiede che gli utenti, che si servono di materiale protetto al fine di svolgerne l’analisi computazionale, devono avere legalmente accesso allo stesso.⁵⁵³ Ciò implica che il TDM non si affranca dagli ostacoli che ad esso possono porre i titolari del diritto d’autore, i quali possono negare a priori l’accesso al materiale su cui insiste il loro diritto.⁵⁵⁴ Inoltre, si noti che tale requisito discrimina tra i vari utenti sulla base del loro potere di mercato. Si pensi al caso di una biblioteca che voglia svolgere l’analisi computazionale di database. È chiaro che solo le biblioteche con più risorse potranno pagare per l’accesso ad un’ampia gamma di banche dati o, comunque, potranno garantirsi l’accesso con sacrifici comparativamente minori.⁵⁵⁵

Altro limite che accomuna le eccezioni previste rispettivamente dagli articoli 3 e 4 è il novero di diritti esclusivi cui esse si applicano. Nessuna delle due disposizioni, infatti, dispone che gli Stati Membri debbano prevedere un’eccezione o limitazione al diritto esclusivo di comunicazione al pubblico. Dunque, resta problematica la condivisione dei

⁵⁵⁰ Art. 4(3) Direttiva 2019/790. Nel corso dell’implementazione della Direttiva da parte della Francia, è emerso il dubbio se il potere di opt-out riservato ai titolari del diritto d’autore nell’articolo 4 sia totalmente lasciato alla discrezionalità privata o se, invece, sia possibile imporre ai titolari del diritto d’autore di motivare le ragioni legittime che giustificano l’opt-out di fronte ad un’autorità nazionale indipendente. Tale seconda opzione va accolta positivamente nell’ottica di evitare che le eccezioni siano lasciate in balia di velleità private. Tuttavia, si noti che la Francia sembra propendere per l’adesione alla prima opzione. A tal proposito si veda: BENSAMOUN, BOUQUEREL, *Rapport de mission: transposition des exceptions de fouille de textes et de données: enjeux et propositions*, cit., 74. Va accolto positivamente che, in Francia, si ritiene che l’opt-out non infici la liceità del TDM relativo a dati raccolti prima del suo esercizio: BENSAMOUN, BOUQUEREL, *Rapport de mission*, cit., 75. Inoltre, si è ritenuto correttamente di non dover imporre ai beneficiari dell’eccezione la necessità di effettuare una ricerca preventiva per verificare che non sia intervenuto un opt-out. Ciò, infatti, pregiudicherebbe eccessivamente la portata applicative dell’articolo 4: BENSAMOUN, BOUQUEREL, *Rapport de mission*, cit., 76. Nei Paesi Bassi, l’articolo 4 è stato implementato attraverso l’inserimento dell’articolo 15o nella Legge sul Diritto d’Autore del 23 Settembre 1912, come successivamente modificata (*Auteurswet*). L’implementazione da parte dei Paesi Bassi con riguardo all’articolo 4 è stata molto aderente al dato letterale della Direttiva. Si noti, ad esempio, che l’articolo 15o suggerisce, ricalcando l’articolo 4, che la riserva da parte dei titolari del diritto d’autore, con riguardo ai contenuti disponibili online, può avvenire tramite l’uso di strumenti che consentono una lettura automatizzata. Anche l’implementazione tedesca dà particolare rilievo all’uso di tali strumenti: si veda a tal proposito l’articolo 44b nella legge sul diritto d’autore tedesca (*Urheberrechtsgesetz*).

⁵⁵¹ Art. 7(1) Direttiva Infosoc.

⁵⁵² Art.3(3) Direttiva 2019/790.

⁵⁵³ In sede di implementazione della Direttiva in Belgio, ci si è chiesti se abbia legalmente accesso ad un’opera chi acceda ad un’opera in virtù della Direttiva 2019/1024 relativa all’apertura dei dati e al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico. Si tratta di una questione irrisolta lasciata nelle mani della giurisprudenza: così ha detto il Consiglio per la Proprietà Intellettuale (Conseil de la Propriété intellectuelle) in *Avis du Conseil de la Propriété intellectuelle du 19 juin 2020 concernant la transposition en droit belge de la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, 14.

⁵⁵⁴ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 2017, 4: “Exceptions reflect policy choices and values. Their benefit should not be dependent on the market decisions of copyright owners, particularly for exceptions grounded in fundamental rights or public interests like research and education.”

⁵⁵⁵ E. ROSATI, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, cit., 22.

risultati della ricerca condotta tramite TDM, qualora essa abbia dato luogo a un esito il cui contenuto sia protetto da copyright.⁵⁵⁶ Alla luce dell'emergenza Covid,⁵⁵⁷ che ha evidenziato la vitale importanza della cooperazione nell'ambito della ricerca scientifica, emerge chiaro che, nell'ambito del TDM, il legislatore europeo ha compiuto una rivoluzione timida e incompiuta.⁵⁵⁸

4.1.3. Un approccio evolutivo

Dall'analisi appena condotta risulta che il recente intervento del legislatore europeo in materia di TDM è apprezzabile ma non totalmente soddisfacente. Infatti, per molti aspetti, il copyright resta un ostacolo per le istituzioni culturali che vogliano procedere all'analisi computazionale di testi e dati. Parte della dottrina⁵⁵⁹ rileva che tale insoddisfazione non dipende dal contingente assetto realizzato dal legislatore europeo tramite la Direttiva 2019/790. In altri termini, non è la specifica declinazione degli articoli 3 e 4 il problema insormontabile. L'aspetto più critico sta nel fatto che l'approccio del legislatore europeo sarebbe aprioristicamente sbagliato dal momento che esso si fonderebbe su premesse erranee.

Per comprendere tale critica mossa da parte della dottrina, appare proficuo recuperare quanto detto in merito alla rilettura del pensiero kantiano da parte di Drassinower, il quale teorizza che la violazione del diritto d'autore debba essere ristretta alle

⁵⁵⁶ Nel processo di implementazione, la Francia ha prestato attenzione al caso in cui il risultato ottenuto grazie al TDM possa essere oggetto di diritti di proprietà intellettuale, compreso il caso di registrazione brevettuale: A. BENSAMOUN, Y. BOUQUEREL, *Rapport de mission: transposition des exceptions de fouille de textes et de données: enjeux et propositions*, cit, 65.

⁵⁵⁷ Riguardo all'importanza del TDM nell'ambito dell'emergenza Covid si veda: T. HACKETT, *Covid and copyright: the right to research*, in *EIFL Blog*, 2020 << <https://www.eifl.net/blogs/covid-and-copyright-right-research>>>: "The modern research technique of text and data mining is as much part of the toolbox in the fight against coronavirus as face coverings or contact tracing. Not only should TDM be universally allowed, it should be encouraged. Everywhere. We owe it to the scientists who are working around the clock to find a cure to this terrible disease that is wreaking havoc around the world."

⁵⁵⁸ R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, Trento LawTech Research Paper nr. 38, 2020; è apprezzabile che, in sede di implementazione nazionale, si stia cercando di ampliare la portata applicativa delle eccezioni di cui agli articoli 3 e 4. In Belgio, ad esempio, il Consiglio per la Proprietà Intellettuale (Conseil de la Propriété intellectuelle) ha correttamente rilevato che le riproduzioni realizzate per finalità di analisi computazionale ex articolo 3 possono essere conservate per la successiva verifica degli esiti della ricerca scientifica (si veda, a tal proposito: *Avis du Conseil de la Propriété intellectuelle du 19 juin 2020 concernant la transposition en droit belge de la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, Allegato I, art. 191/1 comma 7). In Francia, è stata presa in considerazione la necessità di affidare la conservazione delle riproduzioni a specifiche infrastrutture pubbliche. Tale conservazione deve avvenire anche al fine di mettere le copie a disposizione di altri ricercatori. Infatti, la nozione di conservazione al fine di ricerca scientifica deve essere interpretata estensivamente: A. BENSAMOUN, Y. BOUQUEREL, *Rapport de mission: transposition des exceptions de fouille de textes et de données: enjeux et propositions*, cit, 71. Da questo punto di vista, va accolta positivamente la posizione assunta dalla Germania nell'implementazione dell'articolo 3 tramite l'articolo 60d della Legge sul Diritto d'Autore del 9 Settembre 1965, come successivamente modificata (*Urheberrechtsgesetz*). Infatti, il legislatore tedesco ha specificato che le riproduzioni possono essere soggette a comunicazione al pubblico nel caso in cui si sia in presenza di una ricerca scientifica condotta in team o nel caso in cui terzi siano chiamati a verificare la qualità della ricerca. Per garantire l'effetto utile di tale specificazione da parte del legislatore tedesco, sembra indispensabile che i risultati stessi del processo di TDM possano essere comunicati.

⁵⁵⁹ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, cit., 5; T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *The text and data mining exception in the proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: why it is not what EU copyright law needs*, cit.; DUCATO, STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to 'Machine Legibility'*, cit.

sole occasioni in cui si configuri un caso di “compelled speech”, cioè quando l’utente parli in nome dell’autore senza averne l’autorizzazione. L’adesione a tale visione implica che l’analisi computazionale di materiale protetto non possa essere qualificata come violazione del copyright, anche qualora essa non sia stata autorizzata. Infatti, nel processo di TDM, l’utente non si appropria del discorso pubblico che l’autore intende veicolare tramite la sua opera. Infatti, quando quest’ultima viene sottoposta ad un’analisi automatizzata, essa non viene usata nelle sue vesti di espressione dell’autore, ma solo come un insieme di informazioni, fatti e dati.⁵⁶⁰ Secondo tale visione, la collisione tra TDM e copyright è inesistente.

Tramite l’applicazione della clausola del fair use, il sistema statunitense aderisce alla concezione secondo cui il TDM non fa uso dell’opera in quanto tale. Infatti, il TDM viene considerato dalle Corti statunitensi come un uso trasformativo del materiale protetto.⁵⁶¹ Tale approccio ha delle conseguenze non indifferenti nel settore GLAM, dal momento che ha l’effetto di legittimare la digitalizzazione e l’analisi computazionale delle collezioni di cui le istituzioni culturali sono depositarie.

A tal proposito, si prenda ad esempio il caso *Authors Guild v. Google Books*,⁵⁶² concernente l’immensa opera di digitalizzazione di libri da parte di Google. Più nello specifico, Google ha scansionato milioni di libri appartenenti alla collezione di molteplici biblioteche. Lo ha fatto senza l’autorizzazione dei titolari del copyright, sebbene molte delle opere in questione fossero ancora protette. A fronte della digitalizzazione dei libri, Google ha creato uno strumento di ricerca che consente agli utenti di verificare quali libri contengano le parole prescelte dagli utenti stessi. Inoltre, gli utenti possono visualizzare i frammenti di testo in cui è contenuto il termine ricercato. Si noti che Google fornisce agli utenti anche informazioni riguardo alla frequenza dell’uso di una certa parola consentendo, dunque, l’individuazione di trend con riguardo all’utilizzo di determinati termini nel corso del tempo.

In *Authors Guild v. Google Books*, i titolari del diritto d’autore lamentano la violazione dei loro diritti esclusivi sulle opere protette. In risposta, Google invoca l’applicazione della clausola del fair use, asserendo che la digitalizzazione di opere protette al fine di fornire agli utenti un prezioso strumento di ricerca consista in un uso trasformativo. Si orienta in tal senso la decisione in *Google Books*, la quale conferma che l’uso effettuato da Google è trasformativo, dal momento che esso contribuisce alla disseminazione della conoscenza senza creare sostituti di mercato delle opere protette.

Questa decisione attinge abbondantemente al caso *Authors Guild, Inc. v. Hathitrust*,⁵⁶³ concernente l’iniziativa di un insieme di Università che hanno unito le forze per creare una biblioteca digitale scansionando le opere contenute nelle loro collezioni. Tale progetto è nato per consentire agli utenti di cercare termini nei testi contenuti in tale deposito digitale, senza che nessuna porzione delle opere in questione fosse mostrata. In *Hathitrust*, la Corte ha dichiarato che la creazione di un database, il cui contenuto può essere sottoposto a una tale analisi automatizzata, è un uso essenzialmente trasformativo. A detta della Corte,

⁵⁶⁰ MARGONI, KRETSCHMER, *ibidem*. “It is important to note that TDM is a type of “non consumptive use” of copyright material. The work is not used as a work, but only the information, ideas, facts contained therein are used.”

⁵⁶¹ *Ex multis: A.V. v. iParadigms, LLC* (4 th Cir. 2009); *Perfect 10 v. Amazon*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

⁵⁶² *Authors Guild v. Google, Inc.* - 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

⁵⁶³ 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

infatti, il risultato della ricerca così condotta è differente nello scopo, nel carattere e nel significato dalla pagina del libro da cui esso è ricavato.

Nel caso *Google Books*, emerge un ulteriore nodo da sciogliere rispetto al caso *Hatitrust*. In particolare, esso pone la questione se sia legittimo che Google consenta agli utenti di visualizzare frammenti di opere protette. In *Google Books*, la Corte risolve la questione in senso positivo e asserisce che, così facendo, Google contribuisce all'attuazione del proposito trasformativo⁵⁶⁴ che è proprio dell'analisi computazionale dei testi coinvolti. Infatti, la possibilità di visualizzare frammenti mette gli utenti nelle condizioni di scegliere quali risultati siano di loro interesse. Tali frammenti non costituiscono un sostituto di mercato dell'opera protetta dal momento che ne costituiscono parti irrisorie e discontinue.

L'approccio statunitense appare nettamente più largheggiante di quello europeo. Da un lato, la riproduzione di opere nel contesto del TDM non incontra limiti di scopo e di beneficiari, né sottostà alle eventuali riserve di uso che i titolari del copyright possano eventualmente disporre. D'altro lato, l'applicazione della clausola del fair use elide la collisione tra TDM e diritto esclusivo di comunicazione al pubblico: infatti, in *Google Books*, la visualizzazione di frammenti di testo da parte degli utenti viene considerato come un fattore concorrente alla realizzazione del fine sociale cui è volto il TDM. Non è d'ostacolo a ciò il fatto che i frammenti di testo che costituiscono l'esito della ricerca condotta dagli utenti siano essi stessi coperti da copyright.

L'esempio statunitense invita a riconsiderare le premesse sulla base delle quali il legislatore europeo del 2019 ha ritenuto sussistente la collisione tra TDM e copyright e ha cercato di arbitrare tale conflitto per tramite di eccezioni chiuse. Il modo più immediato per affrontare tale cortocircuito del diritto d'autore europeo consiste nel valorizzare le potenzialità della dicotomia idea-espressione.⁵⁶⁵ Chiave di volta in tal senso è il fatto che il TDM non usa l'opera in quanto tale, ma come un insieme di fatti, di dati e di informazioni non protette dal diritto d'autore. Si noti, però, che tale soluzione non elide il conflitto tra diritto esclusivo di comunicazione al pubblico e TDM, ad esempio nel caso in cui il processo di TDM dia luogo ad una serie di parole protette da copyright.

A tal proposito, su ispirazione statunitense, sembra auspicabile rendere le eccezioni dedicate al TDM più flessibili. Si è già visto come un fair use alla maniera europea può ritenersi racchiuso nel three-step test, che viene richiamato dalla stessa Direttiva 2019/790 all'articolo 7(2). Se si abbraccia una visione evolutiva del three-step test, allora è possibile sostenere che esso possa integrare le lacune degli articoli 3 e 4 e promuoverne l'applicazione analogica in tutti quei casi in cui, nonostante un uso non sia a rigore coperto dalle eccezioni legislativamente previste, l'uso in questione comunque non sia in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera e non arrechi un irragionevole pregiudizio agli interessi del titolare del copyright. Una tale applicazione del three-step test implicherebbe che quasi ineludibilmente gli atti di riproduzione e di comunicazione al pubblico connessi al

⁵⁶⁴ Il caso *Google Books* consolida la nozione di uso trasformativo. Si veda a tal proposito: G. PASCUZZI, R. CASO, *Il diritto d'autore dell'era digitale*, cit., 207.

⁵⁶⁵ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, cit., 5: "The Society is of the opinion that TDM should be permitted, first, on the ground of the idea/expression dichotomy and, second, because TDM has no impact on the normal exploitation of works or other protected content. We therefore regret the fact that the Directive proposes to limit the benefits of the exception to "research organisations", as narrowly defined in the Directive. In our view, data mining should be permitted for non-commercial research purposes, for research conducted in a commercial context, for purposes of journalism and for any other purpose."

TDM siano considerati legittimi.⁵⁶⁶ Infatti, non sembra plausibile che essi possano costituire sostituti di mercato dell'opera originale lesivi dei legittimi interessi del titolare del diritto d'autore.

4.2. L'articolo 6 e la conservazione del patrimonio culturale

La Direttiva 2019/790 introduce all'articolo 6 un'eccezione obbligatoria e non derogabile tramite contratto⁵⁶⁷ che consente alle istituzioni culturali di compiere atti di riproduzione volti alla conservazione delle opere presenti nelle loro collezioni. L'articolo 6 non pone limiti applicativi all'eccezione con riguardo alla tipologia delle opere protette, essendo la realizzazione di copie consentita in relazione a qualunque opera, purché essa sia presente nelle collezioni degli enti culturali in maniera permanente. Inoltre, l'articolo 6 lascia ampia discrezionalità con riguardo al tipo di formato o supporto che sia opportuno adottare. Infine, si noti che esso si applica a un ampio novero di diritti esclusivi,⁵⁶⁸ riconoscendo la necessità di preservazione anche in relazione a database⁵⁶⁹ e software.

Con questa norma, il legislatore dimostra di valorizzare la missione delle istituzioni culturali che sono preposte alla "conservazione delle loro raccolte per le generazioni future".⁵⁷⁰ Si riconosce, così, l'imprescindibilità degli enti culturali nell'attuazione del diritto fondamentale di accesso alla cultura. A fronte della rilevanza degli interessi in gioco, ci si deve augurare che la giurisprudenza interpreti estensivamente la nozione di conservazione, rimuovendo definitivamente i dubbi che sono sorti in merito all'applicazione dell'articolo 5(2)(c) della Direttiva Infosoc. Ad esempio, dovrebbero essere ritenuti legittimi anche quegli atti di conservazione che siano volti a prevenire il futuro deperimento di opere fragili. Inoltre, dovrebbe essere fuori di dubbio che la riproduzione di una certa opera sia legittima al fine di cambiarne il formato a fronte di un caso di obsolescenza tecnologica.⁵⁷¹

L'assenza del requisito della specificità degli atti di riproduzione lascia presumere che, a differenza dell'articolo 5(2)(c) della Direttiva Infosoc, non vi siano limiti con riguardo al numero di opere che possono essere riprodotte. Dunque, sembra che, potenzialmente, le istituzioni culturali possano legittimamente procedere alla digitalizzazione della loro intera collezione. Si noti, però, che, al contrario dell'articolo 5(2)(c) della Direttiva Infosoc, il fine della conservazione è vincolante. Addirittura sembra che l'articolo 6 richieda alle Corti di svolgere uno specifico scrutinio volto a vagliare che la realizzazione di copie di materiale protetto avvenga solo "nella misura necessaria" alla loro conservazione.⁵⁷² Ciò è confermato dal considerando 27, il quale afferma che "gli atti di riproduzione compiuti dagli istituti di tutela del patrimonio culturale a fini diversi dalla conservazione delle opere o altri materiali presenti nelle loro collezioni permanenti dovrebbero continuare a essere

⁵⁶⁶ E. ROSATI, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, cit., 16: "Among endless applications, an opening clause would make TDM research possible according to the three-step test and the impact of the use on the legitimate interest of the users, being limited by any prejudice on the potential market of the rightholder, if any exists."

⁵⁶⁷ Art. 7(2) Direttiva 2019/790.

⁵⁶⁸ Precisamente, l'eccezione si applica all' articolo 5 (a) e all'articolo 7(1) della Direttiva 96/9/CE; all'articolo 2 della direttiva 2001/29/CE; all'articolo 4(1)(a) della Direttiva 2009/24/CE; all'articolo 15(1) della Direttiva 2019/790.

⁵⁶⁹ Con riguardo alla preservazione dei database si veda: Di COCCO, *Tutela delle banche di dati: patrimonio culturale e mercato unico digitale*, cit.

⁵⁷⁰ Considerando 25 Direttiva 2019/790.

⁵⁷¹ Considerando 27 Direttiva 2019/790.

⁵⁷² Secondo il testo dello stesso articolo 6 Direttiva 2019/790. Si tratta di una specificazione ripresa fedelmente nelle implementazioni nazionali. Si consideri il caso dei Paesi Bassi, che hanno implementato l'articolo 6 tramite l'articolo 16n della legge sul diritto d'autore (*Auteurswet*).

soggetti all'autorizzazione dei titolari dei diritti, a meno che non siano consentiti da altre eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione".⁵⁷³

Questa specificazione svolta dal legislatore porta ad emersione il fatto che, con riguardo alla consultazione online di materiale protetto da parte degli utenti, la Direttiva non ha apportato sostanziali variazioni rispetto all'assetto definito in *Ulmer* dalla Corte di Giustizia. In particolare, sulla base di una lettura letterale della norma, sembrerebbe che le istituzioni culturali possano digitalizzare senza autorizzazione un'opera protetta e inserirla in un database a fini conservativi.⁵⁷⁴ Invece, sembrerebbe fuori dalla portata dell'articolo 6 il caso in cui un'istituzione culturale, che abbia digitalizzato l'opera con l'obiettivo della sua conservazione, la carichi su una banca dati accessibile al pubblico.⁵⁷⁵ A rigore, infatti, si tratterebbe di un atto di comunicazione al pubblico non coperto dall'eccezione di cui all'articolo 5(3)(n) della Direttiva Infosoc né dall'articolo 6 della Direttiva 2019/790.

4.2.1. Verso la disseminazione del patrimonio culturale

Se si concepisce il copyright come una creazione statutaria strumentale alla disseminazione della cultura, l'articolo 6 appare privo di ambizione. Infatti, questa disposizione sembrerebbe posta a presidio di un patrimonio culturale preservato, ma sostanzialmente inaccessibile da parte degli utenti. A detta degli stakeholders, è auspicabile che i legislatori nazionali, nell'implementazione dell'articolo 6, consentano la comunicazione al pubblico delle copie realizzate a fini di conservazione.⁵⁷⁶ Si pensi, ad esempio, ai vantaggi che deriverebbero dalla possibilità per gli utenti di consultare le riproduzioni da remoto. Se le legislazioni degli Stati Membri non si muoveranno in tal senso,⁵⁷⁷ ci si deve augurare che un maggiore slancio possa essere conferito all'articolo 6 da parte della giurisprudenza la quale, sulle orme di *Ulmer*, potrebbe introdurre in via pretoria un'eccezione che possa garantire l'effetto utile dell'articolo 6. Si tratterebbe di un approccio capace di valorizzare la prospettiva dell'utente in materia di accesso al patrimonio culturale.

Se ci si volge al quadro internazionale, si è visto come il sistema canadese si caratterizzi per una giurisprudenza attenta alla centralità dell'utente nel processo di ponderazione tra copyright e portata delle eccezioni. In particolare, attraverso il varco del fair dealing, l'ordinamento canadese contempla la creazione giurisprudenziale di eccezioni. Si richiami, ad esempio, il caso *Alberta Education*, in cui la Corte Suprema canadese ha di fatto dato vita ad una nuova eccezione alla luce della simbiosi che esiste tra l'attività di insegnamento e quella di studio. Tale operazione è legittimata dalla necessità di assicurare agli utenti l'utilità sostanziale che ad essi deriva dall'instaurazione del monopolio legale incarnato nel copyright.

Una simile simbiosi si rinviene tra l'attività di conservazione e la messa a disposizione del pubblico di opere protette. Anzi, sembrerebbe che la riproduzione a fini conservativi trovi la propria unica ragion d'essere nella fruizione del materiale da parte degli utenti stessi. È auspicabile, quindi, che in via interpretativa la giurisprudenza riallinei l'eccezione di cui

⁵⁷³ Questo considerando denota un grosso limite applicativo: C. SGANGA, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the CDSM Directive and the Trio of the Grand Chamber of the CJEU*, cit., 329.

⁵⁷⁴ F. MINIO, *Banche dati museali, diritto d'autore, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit.

⁵⁷⁵ MINIO, *op. cit.*, nota 40.

⁵⁷⁶ V. PROUDMAN et al, *Transposing the Directive on Copyright in the Digital Single Market, A guide for libraries and Library Association*, 2019, 18, <<<https://zenodo.org/record/3552203#.YVsxHZpBzIU>>>.

⁵⁷⁷ È il caso dei Paesi Bassi: si veda, a tal proposito, l'articolo 16n della legge sul diritto d'autore (*Auteurswet*), che contempla solo ipotesi di riproduzione.

all'articolo 6 alla finalità sociale del copyright, consistente precipuamente nella disseminazione della cultura. In concreto, può farlo garantendo la possibilità alle istituzioni culturali di giovare di un'eccezione accessoria che consenta loro di comunicare al pubblico le opere precedentemente riprodotte per fini conservativi.

La lettura dell'articolo 6 oltre i confini letterali della norma è legittimata da un approccio evolutivo al three-step test, il quale, richiamato dall'articolo 7 della Direttiva 2019/790, potrebbe essere riletto come un fair use alla maniera europea. In effetti, l'introduzione di un'eccezione accessoria avverrebbe al solo fine di attuare al massimo lo scopo di disseminazione delle opere che è proprio del copyright e sarebbe limitata allo specifico caso in cui un'opera sia riprodotta a fini conservativi. L'ampliamento della portata applicativa dell'articolo 6 appare a fortiori auspicabile alla luce dell'emergenza Covid. Legittimando la riproduzione in formato digitale delle opere, l'articolo 6 prepara le istituzioni culturali a reagire prontamente in quei momenti storici in cui il digitale diviene non un'opzione ma una scelta ineludibile per l'attuazione del diritto di accesso alla cultura.

Alcuni dubbi possono nascere in relazione alla compatibilità tra l'introduzione di un'eccezione accessoria all'articolo 6 e la necessità che non vi sia contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera e che non si arrechi un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare del diritto d'autore. In effetti, si vedrà come, con riferimento all'utilizzo non autorizzato di opere fuori commercio, possa soccorrere un'eccezione dedicata. Inoltre, con riguardo alle opere in pubblico dominio, si vedrà come una lettura ampliativa dell'articolo 14 possa legittimare l'uso di ogni riproduzione non originale di opere non più protette da copyright. Ciò implica che una rilettura evolutiva dell'articolo 6 avrebbe precipuamente un impatto su opere tendenzialmente ancora foriere di profitti per i titolari del copyright.

Onde evitare di svuotare eccessivamente la funzione del copyright quale incentivo alla creazione, appare opportuno che l'articolo 6 non copra il caso in cui l'impiego delle riproduzioni fedeli realizzate al fine di conservare opere protette sia volto a introdurre sostituti di mercato dell'opera protetta, in contrasto con la funzione incentivante propria del copyright. Ad esempio, non sembra eccessivamente lesiva per gli interessi dei titolari del diritto d'autore la possibilità per gli utenti di consultare da remoto un database contenente le riproduzioni non scaricabili dei quadri riprodotti da un museo a fini conservativi. Infatti, appare difficile argomentare che tali riproduzioni possano agire come sostituti di mercato dei quadri in questione, i quali tendono ad essere pezzi unici. Diversamente, sembra più problematico il caso in cui gli utenti abbiano accesso senza limiti a libri digitalizzati nella loro interezza. Infatti, gli utenti potrebbero essere scoraggiati dall'acquistare libri dai consueti canali commerciali, minando così il sistema di incentivi cui il copyright è preposto.

4.3. L'eccezione per le opere fuori commercio

L'articolo 8 racchiude un'eccezione al diritto d'autore che consente alle istituzioni culturali di usare senza autorizzazione le opere fuori commercio, cioè quelle opere che, a seguito di sforzi ragionevoli volti a determinarne la disponibilità sul mercato, risultano non disponibili al pubblico attraverso i consueti canali commerciali.⁵⁷⁸ Tale eccezione si applica ad un ampio novero di diritti esclusivi, che comprende il diritto di riproduzione e il diritto di comunicazione al pubblico di opere⁵⁷⁹ e di database⁵⁸⁰ protetti dal diritto d'autore, il

⁵⁷⁸ Art. 8(5) Direttiva 2019/790.

⁵⁷⁹ Art. 2 e 3 Direttiva Infosoc.

⁵⁸⁰ Art. 5 (a), (b), (d), (e) Direttiva 96/9/CE.

diritto di estrazione e di rimpiego di banche dati protette dal diritto sui generis⁵⁸¹ e i diritti di riproduzione, modifica e distribuzione di programmi per elaboratore.⁵⁸² Tale eccezione è volta a consentire alle istituzioni culturali di mettere a disposizione del pubblico opere e materiali fuori commercio su siti web non commerciali, purché, ove possibile, venga indicato il nome dell'autore.

Tale intervento legislativo va accolto positivamente visto che rappresenta una importante presa di coscienza del fatto che al copyright non vada accordata aprioristicamente un'elevata protezione.⁵⁸³ Riorientando il copyright verso le sue finalità sociali,⁵⁸⁴ il legislatore ha riconosciuto che l'ipertrofica tutela delle opere fuori commercio è a detrimento del pubblico interesse, dal momento che essa si concreta nell'assegnazione di diritti esclusivi che non svolgono il loro ruolo di incentivo alla creazione. La protezione di tali opere, dunque, risulta un nonsense: da un lato, il pubblico non può giovare della fruizione del materiale protetto; dall'altro, i titolari del copyright non ricavano un vantaggio economico dalle loro opere.⁵⁸⁵

Vi sono alcuni elementi che portano ad emersione lo sforzo legislativo di valorizzare la portata applicativa dell'eccezione in questione. Innanzitutto, il legislatore europeo aderisce ad una nozione ampia di opera fuori commercio, includendo in tale categoria anche quelle opere che non sono mai state disponibili sul mercato⁵⁸⁶ o che non siano mai state destinate alla commercializzazione.⁵⁸⁷ Inoltre, si noti che la qualificazione di opera fuori commercio è subordinata al solo requisito dello "sforzo ragionevole" nel determinare che l'opera non è disponibile nei consueti canali commerciali.⁵⁸⁸ Si tratta di una condizione che sembra meno rigorosa della "ricerca diligente" richiesta dalla Direttiva 2012/28/UE relativa agli usi consentiti delle opere orfane. Non sfugge ad acuta dottrina che vi sono delle sostanziose intersezioni tra la nozione di opera fuori commercio e la categoria delle opere orfane. Ciò implica che, con il recente intervento del 2019, il legislatore ha alleggerito gli

⁵⁸¹ Art. 7(1) Direttiva 96/9/CE.

⁵⁸² Art. 4 (1) Direttiva 2004/29/CE

⁵⁸³ Considerando 9 Direttiva Infosoc.

⁵⁸⁴ S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, cit., 996: "The limitation of exclusive rights for out-of-commerce works may be a pragmatic solution, but is also a normative one as it does not apply to all prospective exploiters of out-of-commerce works but to non-for-profit institutions. Therefore, it is not a mechanism of market facilitation, but a device enabling use by privileged institutions pursuing a public interest."

⁵⁸⁵ G. GEIGER et al, *Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola's Dream a Reality in the European Union*, 9 (3) *JIPITEC* para 2 (2018) <<<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-3-2018/4803>>>: "In this scenario, digitisation does not conflict with the exploitation of works protected by copyright law, thus undermining potential remuneration of rightholders. Instead, when works are unavailable on the market, such as in the case of out-of-commerce works, there is no benefit to rightholders, creators or the public at large."

⁵⁸⁶ Considerando 37 Direttiva 2019/790; si tratta di un approccio apprezzato dalla dottrina: GEIGER et al, *op. cit.*, para 31.

⁵⁸⁷ Come si deduce dal considerando 30 della Direttiva 2019/790; a livello nazionale si riscontra una tendenza ad aderire ad una nozione ampia di opera fuori commercio. Si consideri, a tal proposito, il caso dei Paesi Bassi, Stato Membro il cui legislatore, nell'articolo 44 co 4 della legge sul diritto d'autore (*Auteurswet*), ha specificato che un'opera è fuori commercio se, dopo uno sforzo ragionevole, si può in buona fede assumere o che l'opera non sia in commercio o che non sia più disponibile nei canali commerciali.

⁵⁸⁸ Art. 8(5) Direttiva 2019/790

oneri a carico delle istituzioni culturali che vogliono utilizzare opere orfane che siano anche fuori commercio.⁵⁸⁹

A tale facilitazione contribuiscono anche altri fattori. Infatti, l'articolo 8 consente di qualificare come fuori commercio un insieme di opere nel suo complesso qualora sia "lecito presumere che lo siano tutte le opere o altri materiali."⁵⁹⁰ Oltre a ciò, si consideri che il legislatore del 2019 impone oneri di pubblicità relativamente poco stringenti in capo alle istituzioni culturali che vogliono servirsi di opere fuori commercio. Infatti, le informazioni utili per l'identificazione delle opere fuori commercio devono essere inserite in un portale unico gestito dall'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale almeno sei mesi prima della distribuzione o della comunicazione al pubblico delle opere stesse.⁵⁹¹ Con questa disposizione, viene superato il rigido approccio assunto dalla Corte di Giustizia nel caso *Soulier & Doke*,⁵⁹² che richiedeva un meccanismo di informazione individualizzata a beneficio degli autori delle opere fuori commercio, che dovevano essere messi nelle condizioni di essere singolarmente informati al fine di reagire contro l'utilizzo delle loro opere.⁵⁹³

A ben vedere, però, l'assetto realizzato dall'articolo 8 scricchiola in alcuni punti. Per l'esattezza, al paragrafo 5 il legislatore europeo consente agli Stati Membri di subordinare l'applicazione dell'eccezione a determinati requisiti scelti a livello nazionale. L'opzione suggerita dalla norma consiste nella possibilità per le singole legislazioni nazionali di stabilire una data limite per determinare se l'eccezione possa essere applicata rispetto ad una certa opera. Si tratta di una disposizione che si ispira ad alcune esperienze nazionali. Ad esempio, già prima della Direttiva del 2019, il sistema tedesco prevedeva dei meccanismi volti a consentire l'utilizzo di opere fuori commercio pubblicate prima del 1966.⁵⁹⁴ La possibilità per gli Stati Membri di stabilire un simile requisito non sembra auspicabile da due precisi angoli visuali: da un lato, la previsione di diverse date limite da parte dei vari Stati Membri produce una forte incertezza applicativa con riguardo all'utilizzo delle opere fuori commercio;⁵⁹⁵ dall'altro, si noti che, se la data limite è lontana nel tempo, allora l'effetto utile dell'eccezione in questione potrebbe essere mortificato.⁵⁹⁶

Inoltre, se è vero che l'applicazione dell'eccezione dedicata alle opere fuori commercio è sottoposta a delle condizioni meno rigide rispetto all'omologa prevista per

⁵⁸⁹ S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, cit., 994: "It is worth noting that as an orphan work is generally out-of-commerce too, it could equally benefit from the application of this new provision, whose conditions are less rigid; As in the Orphan Works Directive, a requirement of some search is a key factor for the declaration of out-of-commerce status. However, the notion of "reasonable efforts" seems less stringent and burdensome than the "diligent search" required for orphan works and the scheme put in place is far more flexible and agile than for orphan works".

⁵⁹⁰ Art. 8(5) Direttiva 2019/790.

⁵⁹¹ Art. 10(1) Direttiva 2019/790.

⁵⁹² C-301/15, *Marc Soulier, Sara Doke contro Premier ministre, Ministre de la Culture et de la Communication*, 16 novembre 2016, ECLI:EU:C:2016:878 (si noti che il caso non concerne un'eccezione al diritto d'autore ma un meccanismo di licenze collettive volto a facilitare l'utilizzo di opere fuori commercio).

⁵⁹³ C-301/15, *Soulier & Doke*, cit., para 43.

⁵⁹⁴ Questo e altri esempi disponibili in: Commission Staff Working Document, Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, 14 September 2016, SWD (2016) 301 final, Part 3/3, 131 <<<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-modernisation-eu-copyright-rules>>>.

⁵⁹⁵ C. GEIGER et al, *Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola's Dream a Reality in the European Union*, cit., para 7

⁵⁹⁶ V. PROUDMAN et al, *Transposing the Directive on Copyright in the Digital Single Market, A guide for libraries and Library Association*, cit., 21.

L'utilizzo delle opere orfane, non deve passare inosservato che, mancando di fare tesoro degli errori passati, il legislatore europeo ha riproposto un requisito vago e di difficile definizione. In particolare, ci si deve chiedere quando le istituzioni culturali possano serenamente ritenere di aver compiuto uno “sforzo ragionevole”.⁵⁹⁷ Nei consideranda, il legislatore ha dato delle indicazioni onde facilitare l'attività delle istituzioni culturali in alcuni casi dubbi.⁵⁹⁸ È apprezzabile che un'opera possa essere qualificata come fuori commercio nonostante la disponibilità sul mercato di suoi adattamenti o traduzioni.⁵⁹⁹ Né preclude tale qualifica il fatto che l'opera sia disponibile in negozi di seconda mano.⁶⁰⁰ Inoltre, viene specificato che lo sforzo nel verificare la presenza di un'opera nei consueti canali commerciali non deve essere ripetuta nel tempo.⁶⁰¹ In relazione ad insiemi di opere considerati nel loro complesso, la verifica dello status di opera fuori commercio può avvenire con meccanismi facilitati, quali il campionamento. Tuttavia, a detrimento della certezza applicativa dell'eccezione, il legislatore specifica che, in alcune circostanze, può essere opportuno tenere in considerazione anche la futura disponibilità sul mercato delle opere. Inoltre, in certi casi, le istituzioni culturali sono chiamate a svolgere una verifica transfrontaliera.⁶⁰²

Infine, si noti che l'equilibrio tra i vari interessi in gioco viene assicurato dal legislatore per tramite dell'articolo 8(4), che consente ai titolari dei diritti di escludere le loro opere dall'applicazione dell'eccezione in qualsiasi momento. A ben vedere, si tratta di un equilibrio illusorio che si traduce nel conferimento ai titolari del diritto d'autore di una prerogativa che, in contrasto con le finalità sociali del copyright, non si spiega alla luce del pubblico interesse consistente nella garanzia di incentivi alla creazione. Infatti, non sembra che il meccanismo di opt-out garantito dall'articolo 8 implichi che il titolare del diritto d'autore, una volta sottratta la propria opera dal novero di materiali fuori commercio, ne faccia un utilizzo che ne favorisca la disseminazione. Sembra allora che, nel recente intervento del 2019, il legislatore abbia perso la preziosa occasione di applicare correttivi a fronte del lungo periodo di protezione accordato al diritto d'autore, secondo una tecnica legislativa che manca di verificare se, in un'ottica empirica,⁶⁰³ abbia senso, in termini di incentivi alla creazione, accordare tutele ad opere il cui sfruttamento commerciale, nella maggior parte dei casi, non è destinato fisiologicamente a durare settant'anni.⁶⁰⁴

⁵⁹⁷ C. GEIGER et al, *Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola's Dream a Reality in the European Union*, cit., para 8.

⁵⁹⁸ Il problema di definire in cosa consista la nozione di “sforzo ragionevole” si è posto nel corso dell'implementazione della Direttiva in Belgio. A tal proposito il Consiglio per la Proprietà Intellettuale (Conseil de la propriété intellectuelle) ha ritenuto che non spetti al legislatore nazionale definirlo dal momento che si tratta di un “concetto europeo”. A tal proposito si veda: *Avis du Conseil de la Propriété intellectuelle du 19 juin 2020 concernant la transposition en droit belge de la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, 33.

⁵⁹⁹ Considerando 37 Direttiva 2019/790.

⁶⁰⁰ Considerando 38 Direttiva 2019/790.

⁶⁰¹ Considerando 37 Direttiva 2019/790.

⁶⁰² Considerando 38 Direttiva 2019/790.

⁶⁰³ Sulla mancanza di una verifica empirica dell'efficacia di una legislazione che accresca il periodo di protezione accordato ad opere protette dal diritto d'autore si veda: W. PATRY, *A Few Observations about the State of Copyright Law*, in R. L. OKEDIJI (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, 2017, 85.

⁶⁰⁴ Così si spiega il paradosso per cui vi sono sul mercato più opere risalenti ai primi del Novecento rispetto ad opere più attuali: R. J. ROSEN, *The Hole in Our Collective Memory: How Copyright Made Mid-Century Books Vanish*, in *The Atlantic*, 2013 <<<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/07/the-hole-in-our-collective-memory-how-copyright-made-mid-century-books-vanish/278209/>>>.

4.3.1. L'eccezione per le opere fuori commercio: un piano B

Nonostante l'approccio abbastanza largheggiante appena evidenziato, non deve sfuggire che il legislatore ha concepito l'eccezione di cui all'articolo 8 come una soluzione secondaria, dal momento che la sua applicazione è subordinata all'impossibilità di negoziare una licenza.⁶⁰⁵ Difatti, il legislatore ha stabilito come regola di default che, con riguardo alle opere fuori commercio, gli organismi di contrattazione collettiva, che siano sufficientemente rappresentativi⁶⁰⁶ della categoria dei titolari del copyright, individuati in relazione al tipo di opere e alla tipologia di diritti oggetto della licenza, possano rilasciare licenze che si applicano anche a quei diritti i cui titolari non hanno conferito mandato in tal senso agli organismi di contrattazione collettiva stessi.

A seconda della scelta effettuata dai singoli Stati Membri, la concessione di tali licenze può basarsi alternativamente o sul meccanismo delle licenze collettive estese o su quello della presunzione di rappresentanza,⁶⁰⁷ purché siano soddisfatti alcuni requisiti: innanzitutto, vi è la necessità che, sulla base dei mandati ricevuti, gli organismi di contrattazione siano sufficientemente rappresentativi; inoltre, deve essere garantita la parità di trattamento tra i titolari dei diritti, senza distinzione tra soggetti rappresentati e non rappresentati;⁶⁰⁸ infine, va garantita ai titolari dei diritti la possibilità di fare opt-out in ogni momento.⁶⁰⁹

Evidentemente, tale forzatura nelle dinamiche classiche di contrattazione delle licenze inerenti ai diritti d'autore si giustifica alla luce di facilitare la missione delle istituzioni culturali in relazione ad opere rispetto alle quali è difficile esigere l'autorizzazione dei singoli titolari del diritto d'autore. Infatti, le opere fuori commercio sono spesso datate. Inoltre, come già evidenziato, può trattarsi di opere mai sfruttate commercialmente e, talvolta, nemmeno destinate ad un uso commerciale. Da ultimo, si noti che l'utilizzo di opere fuori commercio spesso avviene in relazione a massicce opere di digitalizzazione: il grande numero di opere coinvolte rende arduo per le istituzioni culturali richiedere l'autorizzazione ai singoli titolari del diritto d'autore.⁶¹⁰

Esclusivamente laddove non esista un organismo di contrattazione collettiva sufficientemente rappresentativo,⁶¹¹ le istituzioni culturali possono avvalersi dell'eccezione che consente loro di utilizzare le opere fuori commercio senza autorizzazione. Il favor del legislatore nei confronti del meccanismo della licenza risulta discutibile. Se è vero che, pur

⁶⁰⁵ Art. 8(3) della Direttiva 2019/790.

⁶⁰⁶ Sulla rappresentatività degli organismi di contrattazione collettiva si veda: L. GUIBAULT, S. SCHROFF, *Extended Collective Licensing for the use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Rights Holders*, 49/no. 8 *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 916 (2018).

⁶⁰⁷ Come si evince dal considerando 32 della Direttiva 2019/790; Sulla differenza tra questi due meccanismi si veda: Commission Staff Working Document, *Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*, cit., 130; Sul meccanismo della licenza collettiva e la sua ispirazione si veda: R. TRYGGVADÓTTIR, *The EU proposal to ensure wider access to content in cultural heritage institutions*, in *KU LEUVEN CiTiP Blog*, 2017 <<<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eu-proposal-to-ensure-wider-access-to-content-in-cultural-heritage-institutions/>>>.

⁶⁰⁸ Commission Staff Working Document, *Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*, cit., 130: "if they do not opt out, non-members are entitled to receive remuneration for the use of their works, as per the agreed licence and under the same rules that apply to members, in furtherance of the general principle of non-discrimination."

⁶⁰⁹ Art. 8(4) Direttiva 790/2019.

⁶¹⁰ Considerando 30 Direttiva 790/2019.

⁶¹¹ Art. 8(3) Direttiva 2019/790; è incluso il caso in cui non siano affatto previste prassi di gestione collettiva di diritti in relazione a un dato tipo di opera (si veda a tal proposito il considerando 32 della Direttiva 2019/790).

non trattandosi a rigore di un'eccezione o limitazione al diritto d'autore,⁶¹² il meccanismo della licenza collettiva risulta una soluzione pragmatica per facilitare l'utilizzo di opere fuori commercio,⁶¹³ non bisogna mancare di rilevare che si tratta dell'ennesima situazione in cui il legislatore europeo ha rimesso il destino dell'interesse pubblico nelle mani di soggetti privati.

La difficoltà concettuale di accettare il meccanismo delle licenze collettive come regola di default per l'utilizzo di opere fuori commercio è esacerbata dal fatto che il legislatore ha specificato che “la mancanza di un accordo sulle condizioni della licenza non dovrebbe essere interpretato come una mancata disponibilità di soluzioni basate sulla concessione di licenze.”⁶¹⁴ Da ciò discende che l'eccezione di cui all'articolo 8 non sembra applicabile al di fuori del caso in cui non ci sia un organismo di contrattazione sufficientemente rappresentativo. Ciò implica che, qualora, all'esito delle contrattazioni, un'istituzione culturale sia posta di fronte ad un rifiuto⁶¹⁵ di concessione di una licenza collettiva relativa ad opere fuori commercio, nessuna eccezione potrebbe soccorrerla nel suo conseguimento del pubblico interesse a che le opere fuori commercio siano disseminate.⁶¹⁶

Proprio alla luce delle soluzioni offerte dalla Direttiva 2019/790 in relazione all'utilizzo di opere fuori commercio, vi è più che mai la sensazione che il legislatore si sia davvero limitato a raccogliere le briciole di monopoli rimasti ben saldi. A fronte dell'emergenza Covid-19, che ha portato ad emersione la vitale rilevanza del digitale quale strumento di attuazione del diritto umano all'accesso alla cultura, appare difficile ritenere soddisfacente l'introduzione di un'eccezione che sottostà agli alterni umori di velleità private. Di fatto, nonostante il recente intervento legislativo, le operazioni di massiccia

⁶¹² Per un'approfondita disamina del meccanismo delle licenze estese collettive in relazione alle opere fuori commercio si veda: G. GEIGER et al, *Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola's Dream a Reality in the European Union*, cit.

⁶¹³ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of the Extended Collective Licensing Rules (Arts. 8 and 12) of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 2020.

⁶¹⁴ Considerando 32 Direttiva 2019/790.

⁶¹⁵ È apprezzabile che in Italia il legislatore sembri propenso a subordinare il rifiuto al configurarsi dell'ipotesi in cui i beneficiari dell'eccezione non abbiano svolto correttamente l'indagine onde verificare lo status fuori commercio delle opere coinvolte. Tuttavia, è fatta salva l'eventuale opposizione alla concessione della licenza da parte dei titolari. Si veda, a tal proposito, la *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, recante attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE*, 10 <<<https://www.camera.it/leg18/682?atto=295&tipoAtto=Atto&idLegislatura=18&tab=2#inizio>>>.

⁶¹⁶ B. WHITE, *Digital Single Market Directive - Articles 8-11: Checklist for Determining When This Exception for Mass Digitisation of Out-of-Commerce Works Can Be Used*, in *Zenodo* 2019 <<<https://zenodo.org/record/3549394#.YUNsDrgzbIV>>>; a livello di implementazione nazionale, non si riscontra la tendenza a smarcarsi da questa scelta del legislatore europeo: in Belgio, il progetto di implementazione della Direttiva non si orienta in tal senso nell'articolo 192/2 (si veda *Avis du Conseil de la Propriété intellectuelle du 19 juin 2020 concernant la transposition en droit belge de la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, Allegato I);

nei Paesi Bassi, che hanno implementato l'articolo 8 tramite l'articolo 18c della legge sul diritto d'autore (*Auteurswet*), il legislatore ha nettamente escluso l'applicazione dell'eccezione nel caso in cui esista un organismo di contrattazione sufficientemente rappresentativo, senza apporre nessun correttivo. In Italia, l'eccezione per le opere fuori commercio si applica solo alle banche dati e ai programmi per elaboratore, sulla base dell'assunto che per le altre tipologie di opere esistono organismi sufficientemente rappresentativi. Si veda, a tal proposito, la *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, recante attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019*, cit., 10.

digitalizzazione che le istituzioni culturali vogliono eventualmente condurre restano tuttora attività non esenti da criticità, senza che vi sia necessariamente un corrispondente beneficio conseguito dagli autori in termini di incentivi alla creazione.

A ben vedere, infatti, è lo stesso meccanismo della licenza ad essere a priori inadeguato a rispondere al dilemma costituito dallo sfruttamento delle opere fuori commercio. Infatti, tendenzialmente, in tale contesto la concessione di una licenza si concretizza in una allocazione inefficiente di risorse.⁶¹⁷ Il meccanismo della licenza impone uno spostamento di ricchezza che risulta ingiustificato nel caso di opere fuori commercio, dal momento che si tratta di materiale da cui il titolare del copyright non ricaverebbe comunque una remunerazione, stante il mancato sfruttamento dell'opera diretto da parte del titolare o indiretto da parte di suoi eventuali licenziatari.

4.3.2. L'articolo 8: criticità e opportunità

Se si volge lo sguardo verso il sistema statunitense, si evince che la collisione tra la protezione accordata alle opere fuori commercio e la disseminazione della cultura può essere a priori elisa tramite la valorizzazione degli usi trasformativi delle opere resi legittimi per tramite dell'applicazione della clausola aperta del fair use. A tal proposito, si richiami il caso *Google Books*, in cui l'operazione di digitalizzazione compiuta da Google al fine di fornire al pubblico un prezioso strumento di ricerca automatizzato è stata ritenuta come coperta dal fair use. Si noti che, tra i milioni di opere digitalizzate da Google, vi erano numerose opere orfane⁶¹⁸ o fuori commercio.

Diverso è il caso in cui non si sia in presenza di un uso spiccatamente trasformativo di opere fuori commercio. In particolare, ci si deve chiedere se il fair use possa ritenersi applicabile anche in quei casi in cui la riproduzione e messa a disposizione di opere fuori commercio sia solo finalizzata a non farle cadere nell'oblio. Generalmente, infatti, la fruizione di materiale protetto avviene in due modalità, a seconda dello stadio della vita dell'opera: in un primo momento, il pubblico, che voglia avere accesso ad una certa opera protetta, è chiamato a pagare; in una seconda fase, la fruizione diviene libera dal momento che le opere entrano nel pubblico dominio. Alla luce della lunga durata della protezione del diritto d'autore, nello iato che divide l'iniziale successo commerciale e l'ingresso delle opere nel pubblico dominio, molto materiale rischia di perdersi.⁶¹⁹

E si noti che, proprio alla luce del digitale, le opere fuori commercio rischiano sempre più di cadere in modo definitivo e irreversibile nel dimenticatoio. Infatti, non restano a darne testimonianza polverosi tomi sugli scaffali o lunghe pile di videocassette. Se diffuse solo in formato digitale e fruite senza necessità di download, molte opere rischiano di sparire senza lasciare traccia, una volta ritirate dai canali commerciali.⁶²⁰ Di fronte alle immense potenzialità della rivoluzione digitale, la caduta nell'oblio di opere fuori

⁶¹⁷ Ciò è ancora più evidente nel caso di licenze in relazione ad opere orfane: J. URBAN, *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, 27/no 3 *Berkeley Technology Law Journal* 1379, 1404 (2012).

⁶¹⁸ Con riguardo all'applicazione del fair use come soluzione agli ostacoli che il copyright pone all'utilizzo delle cosiddette opere orfane: C. S. REED, *Orphan works and mass digitization*, in C. S. REED, *The Unrealized Promise of the Next Great Copyright Act*, Cheltenham, 2019.

⁶¹⁹ M. A. LEMLEY, *Disappearing content*, 101 *Boston University Law Review* 1255, 1269 (2021).

⁶²⁰ È particolarmente esemplificativo il fenomeno dello streaming su piattaforme quali Netflix. L'utente fruisce di contenuti senza mai veramente acquisirli tramite download. Se si pensa che molte piattaforme tendono a mettere a disposizione dei contenuti per periodi limitati di tempo, è chiaro che molte opere, anche relativamente recenti, sono destinate a cadere nell'oblio: LEMLEY, *op. cit.*, 1260 ss.

commercio è una deriva intollerabile,⁶²¹ se si richiama alla mente il fatto che la missione del copyright consiste nell'incoraggiare la creazione di opere con l'obiettivo che queste vengano fruite dal pubblico.

Accorciando le distanze tra il sistema statunitense e quello canadese, ardita dottrina propone che il fair use dovrebbe essere baluardo per l'accesso alle opere fuori commercio senza che sia requisito indispensabile che delle opere si faccia un uso spiccatamente trasformativo. Infatti, ci sono alcuni usi non trasformativi che dovrebbero comunque trovare cittadinanza tra gli usi consentiti dal fair use solo ed esclusivamente alla luce dei benefici di cui l'accesso alle opere protette è latore in termini di promozione del progresso culturale.⁶²² Con riguardo alle opere di digitalizzazione condotta da parte delle istituzioni culturali, la non commercialità dell'uso potrebbe militare a favore del fair use sotto l'egida del primo fattore. Secondo la dottrina, ancora più determinanti nel supportare l'applicazione del fair use in relazione alle opere fuori commercio sarebbero il secondo e il quarto fattore.⁶²³ Alla luce dell'indagine complessivamente condotta, risulterebbe poco rilevante che, nel corso della digitalizzazione delle loro collezioni, le istituzioni culturali tendono a copiare l'opera nella sua interezza, integrando una condotta che di solito scoraggia l'operatività del fair use.

In effetti, la qualifica di opera fuori commercio è un elemento che senz'altro è pertinente nell'indagine riguardante la natura dell'opera protetta oggetto di uso non autorizzato.⁶²⁴ Del resto, il fatto che un'opera non sia disponibile nei canali commerciali indica che essa persegue poco efficacemente il proprio ruolo nella disseminazione della conoscenza. Dunque, risulta meno meritevole di protezione rispetto ad opere che riescano a realizzare la loro missione più pienamente. Ugualmente, tale ragionamento è applicabile alle opere orfane, che spesso diventano tali alla luce della loro scarsa disponibilità sul mercato.⁶²⁵ Si noti, inoltre, che talune opere orfane sono tali perché non sono state a priori pensate per la commercializzazione. Ciò legittima a fortiori l'applicazione del fair use, dal momento che il creatore di quelle opere non è stato a prescindere animato dagli incentivi forniti dal copyright.⁶²⁶

Con riguardo al quarto fattore, si noti che appare arduo che il titolare del diritto d'autore su un'opera fuori commercio possa lamentare convincentemente un danno al mercato attuale o potenziale della sua opera. Infatti, se è vero che la copia digitale, che non sia volta ad un uso trasformativo di un'opera protetta, può fungere da sostituto di mercato dell'originale, non si può lamentare un danno laddove l'opera in questione a priori non sia presente nel mercato e non sia stata data in licenza a terzi. A detta della dottrina, una tale interpretazione del quarto fattore implicherebbe una penalità per quei titolari dei diritti che pigramente non si adoperino a diffondere l'opera. Sotto la minaccia che la mancata commercializzazione di un'opera possa legittimare parti terze a copiare, comunicare e

⁶²¹ LEMLEY, *op. cit.*, 1269: "We no longer need giant libraries to store physical artifacts. It is feasible to have all the world's content available to people who want to get it. Yet at the very time that it is easier to make out-of-print works available to everyone, those works are in fact becoming harder to find, since removing streaming content doesn't leave behind old copies of works people can find in libraries or used record stores (or internet archives)."

The law should respond to that technological change."

⁶²² LEMLEY, *op. cit.*, 1270 ss.

⁶²³ J. URBAN, *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, cit., 1392.

⁶²⁴ *Harper & Row*, cit., 553.

⁶²⁵ URBAN, *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, cit., 1395 ss.

⁶²⁶ URBAN, *op. cit.*, 1394.

distribuire materiale protetto senza autorizzazione, i titolari del diritto d'autore sono infatti incoraggiati ad essere loro stessi gli artefici della disseminazione delle loro opere. Tale interpretazione del quarto fattore è particolarmente confacente alla natura del fair use quale clausola che trova il proprio fondamento costituzionalizzato nella Copyright Clause. Infatti, una tale declinazione del fair use rimpingua ex post la dose di incentivi che il copyright è chiamato a conferire ex ante.

Alla luce delle riflessioni appena condotte, non resta che prendere atto che è poco soddisfacente l'assetto realizzato dal legislatore europeo, il quale, nel risolvere il problema delle opere fuori commercio, assegna indebitamente un ruolo preminente alla concessione di licenze collettive. Si tratta di una scelta legislativa netta che risulta difficile da aggirare in via interpretativa. Per attenuarne le conseguenze negative, ci si deve augurare che l'eccezione di cui all'articolo 8 della Direttiva 2019/790 venga interpretata estensivamente. In particolare, al fine di sottrarre il pubblico interesse dalla disponibilità di soggetti privati, essa deve essere ritenuta applicabile anche in tutti i quei casi in cui le istituzioni culturali vedano rifiutarsi una licenza da parte degli organismi di contrattazione collettiva.

Inoltre, sulle orme della dottrina statunitense, sembra opportuno innestare interpretativamente nell'articolo 8 una penalità per quei titolari del diritto d'autore che non abbiano a tempo debito sfruttato economicamente l'opera. In tal senso, sembrerebbe opportuno che, per giovare dell'opt-out previsto dall'articolo 8(4), i titolari del diritto d'autore siano chiamati a dimostrare che un'opera è stata ritenuta erroneamente fuori commercio. Senza l'onere di questa dimostrazione, i titolari del diritto d'autore sarebbero messi nelle condizioni di sottrarre arbitrariamente le opere alla disseminazione nel pubblico interesse, magari dopo aver intravisto modalità di sfruttamento alla luce degli sforzi svolti dalle istituzioni culturali che si siano adoperate alla diffusione di una certa opera.⁶²⁷

Questo approccio appare legittimato da una visione evolutiva del three-step test che, come già visto, appare consonante con lo spirito del fair use. Infatti, tale eccezione si applica ad una tipologia "speciale" di opere, cioè le opere fuori commercio. Essa non confligge con lo sfruttamento dell'opera, dal momento che, per definizione, l'opera fuori commercio non permette al titolare del diritto d'autore di realizzare un profitto. Né, appare ingiustificato il pregiudizio che arreca la mancata retribuzione, la quale deriverebbe ai titolari dei diritti per l'inoperatività del meccanismo della licenza nei casi in cui venga opposto un rifiuto da parte degli organismi di contrattazione collettiva. Del resto, la licenza

⁶²⁷ Non si muove in tale direzione il processo di implementazione in Belgio. Nella proposta di articolo XI 192.2 si specifica che l'opt-out può essere esercitato anche quando l'utilizzo di un'opera da parte delle istituzioni culturali è già iniziato. Si veda a tal proposito: *Avis du Conseil de la Propriété intellectuelle du 19 juin 2020 concernant la transposition en droit belge de la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE*, Allegato I; In Italia, sono fatti salvi gli utilizzi svolti dalle istituzioni culturali prima della comunicazione dell'opt-out. Resta la possibilità per il titolare dei diritti sulle opere usate di richiedere un indennizzo. Si veda, a tal proposito, la *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, recante attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, cit.*, 10. Inoltre, occorre ammettere che, a ben vedere, è la stessa Direttiva a definire la possibilità di opt-out in maniera largheggiante, senza imporre nessun onere al titolare dei diritti. Infatti, l'opt-out è ammesso, secondo l'articolo 8 co.4, "in casi generali o specifici, ivi compreso dopo la conclusione di una licenza o l'inizio dell'utilizzo interessato." In alcune situazioni, l'implementazione nazionale ha ricalcato perfettamente tale approccio largheggiante. Ciò è accaduto a Malta, che ammette l'opt-out sia in casi generali che in casi specifici. Si veda l'articolo 9(4) delle cosiddette *Copyright and related rights in the Digital Single Market Regulations 2021* (S.L. 415.08 pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18 Giugno 2021 <<<https://legislation.mt/eli/sl/415.8/eng>>>).

garantirebbe una remunerazione che altrimenti sarebbe a priori inesistente, stante la natura stessa delle opere fuori commercio.

4.4. L'articolo 14, il varco per il riuso

Tra le norme più acclamate della Direttiva 2019/790,⁶²⁸ l'articolo 14 stabilisce che le riproduzioni non originali di opere dell'arte visiva in pubblico dominio non possono essere oggetto di protezione né del copyright né dei diritti connessi. Tale disposizione è strumentale alla libera circolazione di riproduzioni fedeli di opere in pubblico dominio al fine di favorire l'accesso alla cultura e di promuovere il progresso culturale.⁶²⁹ In particolare, l'articolo 14 si propone come baluardo del pubblico dominio,⁶³⁰ evitando che la possibilità di utilizzare liberamente le opere non protette da copyright venga elisa dalla sussistenza di diritti di esclusiva sulle riproduzioni non originali delle stesse. Si tratta di un cortocircuito del sistema a lungo legittimato dallo stesso diritto⁶³¹ e di cui le istituzioni culturali spesso hanno approfittato.⁶³² Tale disfunzione diviene particolarmente evidente se si considerano le potenzialità del digitale⁶³³ nel favorire la libera circolazione delle opere e il loro riutilizzo.

Al fine di comprendere il fulcro del problema cui l'articolo 14 tenta di rispondere, si consideri, ad esempio, il contenuto iconografico delle banche dati dei musei. Ci si deve chiedere se sia possibile, per gli utenti che abbiano accesso a tali database, estrarre le immagini e riutilizzarle. La risposta è tendenzialmente negativa.⁶³⁴ Nel caso di opere contemporanee, l'utente incontra due ordini di ostacoli: da un lato, i diritti sull'opera riprodotta; dall'altro i diritti sulla riproduzione della stessa. Nel caso di opere in pubblico dominio, l'utente si scontra solo con il secondo degli impedimenti appena individuati, dal momento che è chiamato a tenere conto dei diritti accordati al soggetto che abbia effettuato la riproduzione, che, a seconda che sia originale o meno, può essere protetta o dal copyright o dai diritti connessi. L'articolo 14 si propone di rimuovere parzialmente tale ostacolo per gli utenti, escludendo la sussistenza di diritti esclusivi sulle riproduzioni non

⁶²⁸ P. KELLER, *Implementing the Copyright Directive: Protecting the Public Domain with Article 14*, in *Communia*, 2019 <<<https://www.communia-association.org/2019/06/25/implementing-copyright-directive-protecting-public-domain-article-14/>>>: "Article 14 is one of the very few unambiguously good provisions of the new EU copyright directive."

A. GIANNOPOULOU, *The New Copyright Directive: Article 14 or when the Public Domain Enters the New Copyright Directive*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2019

<<<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/27/the-new-copyright-directive-article-14-or-when-the-public-domain-enters-the-new-copyright-directive/>>>: "This article constitutes a welcome addition to the otherwise heavily criticised text of the new Directive."

⁶²⁹ Considerando 53 Direttiva 790/2019.

⁶³⁰ In effetti, è proprio l'articolo 14 ad esplicitare per la prima volta la nozione di pubblico dominio nell'ambito del diritto d'autore dell'Unione Europea: M. ARISI, *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio: l'articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, in *Aedon*, 2021, I <<<http://aedon.mulino.it/archivio/2021/1/arisi.htm>>>.

⁶³¹ P. KELLER, *Implementing the Copyright Directive: Protecting the Public Domain with Article 14*, cit.: "While at first glance it seems counterintuitive that a museum should be able to control the rights for artworks of long dead artists, such claims do have a basis in existing law. In general, for a work to be protected under copyright it needs to show "the author's own intellectual creation." However, there is another category of copyright-like rights (also called "related rights") that exist in a number of EU Member States."

⁶³² R. DE MEO, *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II) 2019, III, 669.

⁶³³ Considerando 53 Direttiva 2019/790.

⁶³⁴ F. MINIO, *Banche dati museali, diritto d'autore, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit.

originali di opere dell'arte visiva in pubblico dominio. In questo modo, tale disposizione spiana la strada ad una più serena e consapevole "cultura del riuso".⁶³⁵

L'articolo 14 non costituisce una rivoluzione in tutti i Paesi dell'Unione. Infatti, a discapito della portata letterale della norma, la precipua novità di cui l'articolo 14 è foriero consiste nell'esclusione del riconoscimento di diritti connessi sulle riproduzioni fedeli di opere in pubblico dominio.⁶³⁶ Infatti, non è esclusa la protezione del diritto d'autore su quelle riproduzioni che costituiscono "una creazione intellettuale propria dell'autore".⁶³⁷ L'articolo 14 allude allo standard di originalità che, in forza di *Infopaq*⁶³⁸ e della sua progenie,⁶³⁹ è il presupposto minimo che consente di ritenere un'opera proteggibile dal copyright. Da ciò discende che diretti destinatari dell'articolo 14 sono solo quegli Stati Membri che hanno accordato protezione alle riproduzioni non originali. Spicca, a tal riguardo, il caso delle riproduzioni fotografiche, le quali possono essere oggetto di diritti connessi.

In particolare, occorre specificare che alcuni Stati Membri offrono tutela alle riproduzioni fotografiche su due distinti livelli. Da un lato, le fotografie sono protette da copyright qualora esse costituiscano una creazione intellettuale che riveli l'impronta personale dell'autore. Si tratta di uno standard di originalità tutt'altro che elevato, dal momento che in *Painer*⁶⁴⁰ la Corte di Giustizia ha sostenuto che anche un ritratto fotografico può ritenersi originale, visto che l'autore può esprimere il proprio tocco personale, ad esempio tramite la scelta dell'inquadratura e dell'illuminazione.⁶⁴¹ Dall'altro lato, gli Stati Membri hanno la facoltà di offrire tutela anche alle fotografie non originali. Questa possibilità è riconosciuta dall'articolo 6 della Direttiva 2006/116/CE,⁶⁴² il quale afferma che, oltre alle fotografie che sono l'esito della creazione intellettuale dell'autore, è possibile prevedere la protezione di "altre fotografie". Si sono mossi in tal senso alcuni Paesi dell'Unione, tra cui l'Italia⁶⁴³ e la Germania.⁶⁴⁴ Altri, invece, non hanno previsto alcuna

⁶³⁵ M. MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, in *Aedon*, 2021, I <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2021/1/modolo.htm>>>.

⁶³⁶ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY (ECS), *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art.14 of the Directive(EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 2020, 3: "First, the reference to "copyright" as a right to which faithful reproductions of works in the public domain shall not be subject, is somewhat misleading, since according to Article 14 copyright does come into existence for reproductions of public domain works which constitute the author's own intellectual creation. Therefore, unless a Member State grants, under its national law, copyright protection to works which are not an intellectual creation of its authors, Article 14 mainly, if not exclusively affects "related rights"." Lo rende chiaro l'implementazione tedesca dell'articolo 14: infatti, l'articolo 68 della legge sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*), chiarisce che le riproduzioni delle opere d'arte in pubblico dominio non sono soggette ai diritti connessi, senza far riferimento alla tutela del diritto d'autore.

⁶³⁷ Secondo il testo dello stesso art. 14.

⁶³⁸ C-5/08, *Infopaq*, cit.

⁶³⁹ Sulla portata innovativa di *Infopaq* si veda: E. DERCLAYE, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, 32/no.5 *European Intellectual Property Review* 247 (2010); per altra parte della dottrina non si tratterebbe di uno stravolgimento del modo di concepire lo standard di originalità: A. RAHMATTAN, *Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure*, 44 *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 4 (2013).

⁶⁴⁰ C-145/10, *Eva-Maria Painer*, cit.

⁶⁴¹ C-145/10, *Eva-Maria Painer*, cit, para 90 - 94.

⁶⁴² Direttiva 2006/116/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi.

⁶⁴³ Art. 87 L. 22 Aprile 1941 n. 633.

⁶⁴⁴ Sez 72 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*,

tutela per le fotografie non originali. Non deve sorprendere, dunque, che, nel processo di implementazione della Direttiva, alcuni Paesi possano ritenere superfluo il recepimento espresso dell'articolo 14.⁶⁴⁵

Non è un caso che autorevole dottrina ha affermato che l'articolo 14 sia proprio una reazione contro gli effetti della giurisprudenza di uno di quegli Stati che accordano diritti connessi alle riproduzioni fotografiche che non costituiscono la creazione intellettuale dell'autore.⁶⁴⁶ Si allude alla Germania e, per l'esattezza, al caso *Museumsfotos*,⁶⁴⁷ deciso dalla Corte federale tedesca. La controversia è stata scatenata dalla condotta di Andreas Praefcke, il quale aveva caricato su Wikipedia Commons le fotografie, liberamente scaricabili e riutilizzabili, di pezzi della collezione di un museo tedesco. Alcune riproduzioni fotografiche erano state realizzate da un fotografo del museo stesso. Altre erano state scattate dallo stesso Praefcke in spregio al divieto di realizzare foto che veniva imposto dal museo ai suoi visitatori.

Con riguardo alle fotografie ad opera del fotografo ingaggiato dal museo, la Corte ha negato la sussistenza del copyright, mancando esse di una spiccata originalità. Tuttavia, ha comunque dichiarato illegittimo l'uso non autorizzato delle fotografie, essendo esse oggetto di diritti esclusivi riconducibili alla categoria dei diritti connessi. Con riguardo alle fotografie scattate dallo stesso Praefcke, nodo da sciogliere era se potessero considerarsi legittimi i divieti posti dal museo, che proibiva la realizzazione di fotografie da parte dei propri visitatori in forza del diritto di proprietà sugli oggetti della collezione. Per Praefcke, tali divieti erano in conflitto con i diritti a fondamento costituzionalizzato dei visitatori, in particolare la libertà di informazione. Inoltre, essi erano in contrasto con la funzione sociale del diritto di proprietà. La Corte, rigettando le argomentazioni di Praefcke, non ha ravvisato nessun profilo di incompatibilità con i diritti fondamentali.

4.4.1. Questioni irrisolte

L'analisi di *Museumsfotos* funge da anello di congiunzione con l'indagine sui limiti applicativi dell'articolo 14, il quale, a ben vedere, risolve soltanto uno dei problemi portati ad emersione dal caso tedesco, vale a dire la questione relativa ai diritti connessi riconosciuti alle fotografie non originali, i quali, in virtù dell'articolo 14, non possono più trovare cittadinanza negli ordinamenti nazionali in relazione alle opere delle arti visive in pubblico dominio. D'altro canto, il recente intervento legislativo non prevede nessuna obbligazione positiva che imponga alle istituzioni culturali di autorizzare i visitatori a

⁶⁴⁵ È il caso, ad esempio, del Belgio e dei Paesi Bassi: M. ARISI, *Digital Single Market Copyright Directive: Making (Digital) Room for Works of Visual Art in the Public Domain, in Opinio iuris in comparatione*, 2020, I <<<https://www.opiniojurisincomparatione.org/articles/digital-single-market-copyright-directive-making-digital-room-for-works-of-visual-art-in-the-public-domain/>>>. Con riguardo al Belgio, si noti che un'implementazione espressa dell'articolo 14 non è necessaria dal momento che il principio in esso racchiuso è già contenuto nel combinato disposto tra XI.165 e XI. 166 del Code de droit économique (si veda a tal proposito: Avis du Conseil de la Propriété intellectuelle du 19 juin 2020 concernant la transposition en droit belge de la directive 2019/790/UE du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, Allegato II, 222-223)

⁶⁴⁶ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art.14 of the Directive(EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, cit., 2: "Article 14 is a direct reaction to a case decided by the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH) in a judgement of 20 December 2018 (case I ZR 104/17, Museumsfotos), according to which photographs of paintings or other two-dimensional works are regularly ("regelmäßig") subject to protection as simple photographs according to Article 72 of the German Copyright Act, i.e. irrespective of the fact whether the work photographed is still protected by copyright or whether it has already fallen into the public domain."

⁶⁴⁷ German Federal Supreme Court, 20 December 2018, Case No. I ZR 104/17 – *Museumsfotos* (REM IV(c)).

realizzare le proprie riproduzioni dei pezzi in esposizione. Né è escluso che gli enti culturali possano continuare a impedire il riuso delle riproduzioni tramite clausole contrattuali.⁶⁴⁸ Del resto, l'articolo 14 non è richiamato dall'articolo 7(1).

La ristrettezza applicativa dell'articolo 14 si fa ancora più evidente laddove la legislazione nazionale riconosca espressamente, in relazione ai beni culturali, dei diritti dominicali⁶⁴⁹ diversi dal diritto d'autore. È il caso dell'Italia che, all'articolo 107 del Codice dei beni culturali⁶⁵⁰ subordina la riproduzione dei beni culturali all'autorizzazione del Ministero, delle regioni e degli enti pubblici territoriali che li abbiano in consegna. Tale disposizione va letta sinotticamente con l'articolo 108 dello stesso Codice, il quale stabilisce, come regola generale, che la riproduzione dei beni culturali è subordinata al pagamento di canoni di concessione e corrispettivi di riproduzione.

Si noti, però, che, in virtù di recenti interventi legislativi,⁶⁵¹ l'articolo 108 ora prevede che non un canone ma un semplice rimborso sia dovuto dai privati che richiedano o eseguano riproduzioni per uso personale o motivi di studio.⁶⁵² Similmente, solo un rimborso va pagato dai soggetti pubblici o privati che, senza scopo di lucro, realizzino riproduzioni per finalità di valorizzazione. Inoltre, l'articolo 108 liberalizza la riproduzione senza scopo di lucro di gran parte dei beni culturali⁶⁵³ e consente la disseminazione non lucrativa delle immagini di beni culturali legittimamente acquisite, purché tali immagini siano disseminate in modo tale da impedire la loro riproduzione a scopo di lucro.⁶⁵⁴ Si badi che tali attività sono libere se condotte “per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero o espressione creativa, promozione della conoscenza del patrimonio culturale”.⁶⁵⁵

È chiaro che, nonostante i recenti interventi legislativi, l'articolo 108 costituisce un ingente ostacolo al reimpiego delle riproduzioni dei beni culturali. In particolare, è lampante la preclusione del riuso commerciale di tali riproduzioni.⁶⁵⁶ La distinzione tra finalità lucrativa e non lucrativa appare discutibile da due precipui angoli visuali. Da un lato, occorre notare che il limite del lucro è difficile da tracciare con certezza. Si pensi al caso di immagini pubblicate su un sito web che contenga banner pubblicitari attraverso i quali i creatori del sito stesso possano ricevere un compenso. È dubbio se in questo caso l'uso dell'immagine del bene culturale sia a scopo lucrativo e, di conseguenza, se necessiti di essere autorizzato.⁶⁵⁷ D'altro lato, non deve sfuggire che la distinzione contenuta

⁶⁴⁸ A. WALLACE, E. EULER, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, 51 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 823, 835 (2020): “Even if Art. 14 prevents owners from enforcing the rights claimed in photographic reproductions, no part of the law includes positive obligations to allow onsite photography or release digital reproductions. In reality, owners are legally entitled to ban onsite photography, hold reproductions close, and license and restrict reuse through contract-based agreements and website T&Cs.”

⁶⁴⁹ M. MODOLO, *Reinventare il patrimonio: il libero riuso dell'immagine digitale del bene culturale pubblico come leva di sviluppo nel post Covid*, cit., 210.

⁶⁵⁰ D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 Codice dei beni culturali e del paesaggio.

⁶⁵¹ Art. 12 L. 29 luglio 2014, n. 106; art. 1 comma 171 L. 4 agosto 2017, n. 124.

⁶⁵² Art. 108 comma 3 Codice dei beni culturali.

⁶⁵³ Art. 108 comma 3bis (1) Codice dei beni culturali.

⁶⁵⁴ Art. 108 comma 3bis (2) Codice dei beni culturali.

⁶⁵⁵ Art. 108 comma 3bis Codice dei beni culturali.

⁶⁵⁶ M. MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, cit.

⁶⁵⁷ M. MODOLO, *Reinventare il patrimonio: il libero riuso dell'immagine digitale del bene culturale pubblico come leva di sviluppo nel post Covid*, cit., 210 - 211.

nell'articolo 108 si fonda su una premessa, il cui fondamento logico appare arduo da rintracciare. In effetti, sembra che essa presupponga che non possano agire per finalità culturali coloro che al contempo perseguono uno scopo di lucro.

A ben vedere, la legislazione in materia di beni culturali ha un impatto ben più grave del riconoscimento di diritti d'autore e dei diritti connessi, la cui durata è limitata. Infatti, essa crea, in relazione ai beni culturali, un vincolo perpetuo di natura pubblicistica che si riverbera anche sulle immagini dei beni in pubblico dominio.⁶⁵⁸ Invero, si tratta di una prerogativa dominicale che, stante il suo fondamento di diritto pubblico, è estranea all'ambito applicativo dell'articolo 14, che si inserisce in un contesto normativo volto a innovare il solo diritto d'autore.⁶⁵⁹ Ciò implica che, in materia di beni culturali pubblici, risulta frustrata la portata applicativa dell'articolo 14, il quale, abbandonando dicotomie di scarso fondamento logico, ha il merito di applicarsi a prescindere dallo scopo della riproduzione, aprendo un varco al riuso commerciale delle opere in pubblico dominio.⁶⁶⁰

Ancora con riguardo ai confini applicativi dell'articolo 14, non deve sfuggire che esso si fonda sulla distinzione tra riproduzioni originali e non originali. Si tratta, a dire il vero, di un discrimine che non è molto netto, soprattutto alla luce del fatto che, a seguito di *Painer*, lo standard di originalità può ritenersi una rete con delle maglie fin troppo larghe. Ciò implica, come effetto collaterale, che, se è vero che l'articolo 14 sottrae ai diritti di esclusiva ogni materiale che costituisca una riproduzione non originale, bisogna ammettere che l'impatto dell'articolo 14 nella pratica potrebbe essere ristretto alle sole riproduzioni fotografiche e, talvolta, nemmeno a queste.⁶⁶¹ Si pensi, infatti, al caso delle riproduzioni 3D di opere dell'arte visiva cui l'articolo 14 potrebbe applicarsi.⁶⁶² Acuta dottrina ha notato che ostacolo a ciò è il fatto che gran parte di queste riproduzioni potrebbero essere considerate originali.⁶⁶³

Infine, si noti che non è chiara l'estensione applicativa della norma. Due elementi contribuiscono a tale incertezza. Da un lato, la lettera legis restringe la portata dell'articolo 14 alle sole riproduzioni delle cosiddette "opere delle arti visive". Si tratta di una categoria di difficile inquadramento. Nel contesto dell'implementazione della Direttiva a livello nazionale,⁶⁶⁴ è stato suggerito che l'Allegato alla Direttiva 2012/28/UE sulle opere orfane potrebbe fungere da guida. Esso formula una lista non esaustiva di opere visive, comprendente "gli oggetti d'arte, la fotografia, le illustrazioni, il design, l'architettura, le bozze di tali opere e di altro materiale riprodotto in libri, riviste, quotidiani e rotocalchi o altre opere".⁶⁶⁵ D'altro lato, si noti che la nozione di opera "di pubblico dominio" presenta delle ambiguità. Innanzitutto, non è fuori di dubbio che l'articolo 14 alluda anche alle riproduzioni non originali di quelle opere che non sono mai state coperte da copyright, ad

⁶⁵⁸ MODOLO, *ibidem*.

⁶⁵⁹ M. MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, cit.

⁶⁶⁰ ARISI M., *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio: l'articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, cit.

⁶⁶¹ Soprattutto in considerazione del fatto che non c'è sanzione per il fenomeno del cosiddetto "copyfraud": WALLACE, EULER, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, cit., 846.

⁶⁶² A. WALLACE, E. EULER, *op. cit.*, 838.

⁶⁶³ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art.14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, cit., 3; M. ARISI, *Digital Single Market Copyright Directive: Making (Digital) Room for Works of Visual Art in the Public Domain*, cit.

⁶⁶⁴ È il caso della Germania: M. ARISI, *ibidem*.

⁶⁶⁵ Allegato n. 3 della Direttiva 2012/28/UE.

esempio le opere risalenti all'antichità. Inoltre, bisogna chiedersi se l'articolo 14 si applichi anche a quelle riproduzioni realizzate quando l'opera era ancora protetta da copyright e utilizzate una volta che l'opera riprodotta sia confluita nel pubblico dominio.⁶⁶⁶

4.4.2. Il rapporto con la Direttiva PSI

Altri profili di criticità in merito all'applicazione dell'articolo 14 emergono se si volge lo sguardo alla Direttiva 2019/1024, nota come Direttiva PSI, la quale è volta a incoraggiare lo sfruttamento dell'informazione detenuta dal settore pubblico,⁶⁶⁷ in ossequio al diritto fondamentale a ricevere e comunicare informazioni, diritto che, per l'esattezza, è uno dei corollari della libertà di espressione.⁶⁶⁸ Tale obiettivo richiede un intervento su un duplice livello: da un lato, occorre favorire l'accesso ai dati; dall'altro, bisogna facilitarne il riutilizzo, inteso come l'uso di documenti a fini commerciali o non commerciali per finalità diverse rispetto allo scopo iniziale per il quale i documenti stessi sono stati prodotti.⁶⁶⁹ Al centro di tale intervento legislativo sta la possibilità di formulare apposite richieste per il riutilizzo gratuito⁶⁷⁰ di documenti agli enti pubblici, i quali sono tenuti a metterli a disposizione del richiedente⁶⁷¹, possibilmente in via elettronica,⁶⁷² o a giustificare un eventuale diniego,⁶⁷³ contro cui il ricorrente è messo nella condizione di fare ricorso.⁶⁷⁴

Tra le fonti di informazione che la Direttiva precipuamente tiene in considerazione, spiccano le preziose risorse detenute da biblioteche, musei ed archivi, soprattutto alla luce dei progetti di digitalizzazione che hanno coinvolto le collezioni delle istituzioni culturali.⁶⁷⁵ Tali contenuti digitali si prestano ad essere riutilizzati in modo innovativo in vari settori, ad esempio quelli della formazione o del turismo.⁶⁷⁶ Non è un caso che, nel dettare norme minime volte a favorire il riutilizzo dei documenti in possesso degli enti pubblici degli Stati Membri,⁶⁷⁷ nel novero degli enti pubblici destinatari di tali disposizioni la Direttiva consideri anche biblioteche, musei ed archivi.⁶⁷⁸

Se si prende specificamente in considerazione l'apertura dei dati da parte delle istituzioni culturali, occorre notare che l'articolo 14 della Direttiva 2019/790 contribuisce alla realizzazione degli obiettivi che la Direttiva PSI si propone di perseguire. Infatti, nella nozione di documento, il cui riutilizzo deve essere promosso secondo la Direttiva PSI, rientra "qualsiasi rappresentazione di atti, fatti o informazioni".⁶⁷⁹ Tale ampia definizione ricomprende senz'altro le riproduzioni delle opere delle arti visive in pubblico dominio, cui

⁶⁶⁶ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY: *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art.14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, cit., 3 - 4.

⁶⁶⁷ Considerando 4 Direttiva 2019/1024.

⁶⁶⁸ Considerando 5 Direttiva 2019/1024.

⁶⁶⁹ Articolo 2(11) Direttiva 2019/1024.

⁶⁷⁰ Articolo 6(1); si noti che l'articolo 6(1) fa salva la possibilità per gli enti pubblici di recuperare i costi marginali eventualmente sostenuti per soddisfare la richiesta di utilizzo.

⁶⁷¹ Articolo 4(1).

⁶⁷² Articolo 5.

⁶⁷³ Articolo 4(3).

⁶⁷⁴ Articolo 4(4).

⁶⁷⁵ Considerando 65 Direttiva 2019/1024.

⁶⁷⁶ Considerando 65 Direttiva 2019/1024.

⁶⁷⁷ Articolo 1(1)(a) Direttiva 2019/1024.

⁶⁷⁸ Ciò si deduce a contrario dall'articolo 1(2)(j) Direttiva 2019/1024.

⁶⁷⁹ Considerando 30 Direttiva 2019/1024; più genericamente l'articolo 2(6) identifica quale documento un qualsiasi contenuto o parte di contenuto.

è dedicato l'articolo 14.⁶⁸⁰ Il fatto che quest'ultima disposizione escluda il riconoscimento di diritti di esclusiva sulle riproduzioni non originali di opere dell'arte visiva di pubblico dominio ha il merito di ampliare l'ambito di applicazione della Direttiva PSI,⁶⁸¹ la quale espressamente esclude dal proprio campo d'azione i documenti su cui i terzi eventualmente detengono diritti di proprietà intellettuale.⁶⁸²

Se è vero che l'articolo 14 contribuisce alle finalità della Direttiva PSI, lo stesso non può dirsi a parti invertite, visto che la Direttiva 2019/1024 rischia di mortificare il riuso di riproduzioni non originali di opere in pubblico dominio introducendo degli ostacoli diversi rispetto a quelli costituiti dai diritti di esclusiva di matrice autoriale.⁶⁸³ Invero, in deroga al generale principio di gratuità del riutilizzo, la Direttiva 2019/1024 stabilisce che biblioteche, musei e archivi possono chiedere un corrispettivo in denaro che consenta loro di conseguire, tra l'altro, "un utile ragionevole sugli investimenti".⁶⁸⁴ Inoltre, la Direttiva PSI lascia aperta la possibilità che il riutilizzo possa essere sottoposto a condizioni. A tal proposito, ci si deve augurare che esse siano rigorosamente "obiettive, proporzionate, non discriminatorie e giustificate sulla base di un obiettivo di interesse pubblico",⁶⁸⁵ come richiesto dalla Direttiva stessa. Oltre a ciò, si noti che la Direttiva PSI contempla la concessione di diritti esclusivi di durata limitata qualora ciò sia necessario per l'erogazione di un servizio di interesse pubblico.⁶⁸⁶ Dal punto di vista dell'utente, ciò implica che il reimpiego di riproduzioni non originali delle opere dell'arte visiva in pubblico dominio potrebbero essere soggette a costi e condizioni. Nella percezione dell'utente, poco importa, all'atto pratico, che tali ostacoli alla definitiva affermazione della "cultura del riuso"⁶⁸⁷ non derivino dal diritto d'autore.

4.4.3. Alla scoperta delle potenzialità dell'articolo 14

Molti dei limiti applicativi appena evidenziati possono trovare una pronta risoluzione se l'articolo 14 viene inquadrato come un corollario della visione secondo cui il copyright non è altro che l'eccezione alla regola generale per cui le opere confluiscono direttamente nel pubblico dominio. Questa consapevolezza invita a svolgere delle importanti considerazioni il cui impatto sistematico è significativo.

Innanzitutto, l'ammissione che il copyright e, con esso, i diritti connessi hanno natura derogatoria implica che non si può non accogliere una nozione ampia di pubblico dominio. Ne discende che l'articolo 14 deve considerarsi applicabile anche con riguardo alle

⁶⁸⁰ G. SCIULLO, *‘Pubblico dominio’ e ‘Dominio pubblico’ in tema di immagine dei beni culturali: note sul recepimento delle Direttive (UE) 2019/790 e 2019/1024*, in *Aedon*, 2021, I <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2021/1/sciullo.htm>>>.

⁶⁸¹ SCIULLO, *ibidem*: "Di qui il rilievo che l'art. 14 della Direttiva 2019/790 esercita sull'ambito di applicazione della Direttiva 2019/1024: la previsione, secondo la quale il materiale derivante dalla riproduzione di opere delle arti visive 'in pubblico dominio' d'ora in avanti è sottratto alla tutela autoriale, determina un effetto di 'allargamento' della sfera di azione della Direttiva 2019/1024: le sue disposizioni riguardano ora anche le riproduzioni di tali opere. Viene con ciò rimosso l'ostacolo che aveva finora impedito l'applicazione delle norme sull'apertura dei dati e sul riutilizzo delle informazioni del settore pubblico alle riproduzioni di beni delle arti visive/beni culturali nonostante la caduta 'in pubblico dominio' degli originali."

⁶⁸² Articolo 1(2)(c) Direttiva 2019/1024.

⁶⁸³ A. WALLACE, E. EULER, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, cit., 840.

⁶⁸⁴ Articolo 6(5) Direttiva 2019/1024.

⁶⁸⁵ Articolo 8(1) Direttiva 2019/1024.

⁶⁸⁶ Articolo 8(2) Direttiva 2019/1024.

⁶⁸⁷ M. MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, cit.

riproduzioni non originali di quelle opere che non sono mai state protette dal diritto d'autore.⁶⁸⁸ Inoltre, bisogna ritenere che la portata applicativa della nozione di pubblico dominio travolga anche quelle riproduzioni realizzate mentre l'opera era ancora protetta. Questo approccio è necessitato dall'esigenza di non sottrarre surrettiziamente agli utenti gli spazi di libera utilizzazione ad essi spettanti.⁶⁸⁹

Se è vero che il concetto di pubblico dominio va interpretato estensivamente, sorgono dei dubbi sulla congruità dell'approccio propugnato dalla Corte di Giustizia nel caso *Painer*. Nell'articolo 14, il legislatore assegna un significativo ruolo diacritico all'originalità della riproduzione di un'opera in pubblico dominio. All'atto pratico, però, il confine tra riproduzione proteggibile e non proteggibile è sfumato. Stante il basso standard di originalità previsto dalla Corte di Giustizia, la categoria delle riproduzioni originali si mostra particolarmente pingue a discapito dell'effetto utile della disposizione di cui all'articolo 14.⁶⁹⁰ Onde evitare tale cortocircuito del sistema, sembra auspicabile che l'articolo 14 si faccia foriero di uno stimolo verso il rinnovamento, che possa incoraggiare la Corte di Giustizia e le Corti nazionali ad articolare lo standard di originalità con una maggiore coerenza rispetto al nuovo quadro legislativo.

Alla luce del fatto che il pubblico dominio è la regola di default, il riferimento che l'articolo 14 fa alle sole opere delle arti visive risulta una stonatura il cui fondamento logico appare difficile da rinvenire. Infatti, non si vede per quale ragione il legislatore abbia ristretto in questo modo l'ambito di applicazione dell'articolo 14. Del resto, se la finalità di questa disposizione consiste nel promuovere il progresso culturale, non si vede perché le opere dell'arte visiva contribuiscano alla promozione della cultura più delle opere di diversa natura.

Si noti, tra l'altro, che vi sono dei diritti connessi che possono insistere su opere in pubblico dominio diverse dalle opere delle arti visive. Si prenda in considerazione, a tal proposito, l'articolo 4 della Direttiva 2006/116/EC che prevede che chiunque pubblichi o comunichi al pubblico un'opera, ormai in pubblico dominio e mai pubblicata anteriormente, gode di un fascio di diritti equivalenti ai diritti di natura economica accordati al titolare del copyright. Si consideri anche l'articolo 5 della medesima Direttiva il quale accorda agli Stati Membri la facoltà di proteggere le edizioni critiche e scientifiche di opere in pubblico dominio. Infine, non deve sfuggire che i Paesi dell'Unione potrebbero aver riconosciuto anche dei diritti connessi che non siano stati armonizzati a livello europeo. Si pensi al caso in cui vengono tutelate le registrazioni audiovisive non originali.⁶⁹¹ Il riconoscimento di tali diritti preclude o, quantomeno, mette in dubbio la legittimità di realizzare riproduzioni non originali di un ampio novero di opere, che spazia dalle opere

⁶⁸⁸ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art.14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, cit., 4: "given that no rights can attach to faithful reproductions of once copyright-protected works that have fallen into the public domain, the same result should also, a fortiori, apply where the objects reproduced were never protected by copyright at all, such as works of visual art created before copyright could apply to them or even before the modern copyright laws were enacted (e.g., antique artefacts)."

⁶⁸⁹ M. ARISI, *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio: l'articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, cit.

⁶⁹⁰ S. DUSSOLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, cit., 997: "as many courts in Europe grant copyright protection to photographs under a very thin level of originality, some rights in simple images of works whose copyright has expired could still be protected."

⁶⁹¹ EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art.14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, cit., 3.

letterarie alle opere audiovisive. L'artificiosa selezione compiuta dall'articolo 14 risulta ancora più disfunzionale se si considera che alcuni utenti, prime fra tutti le istituzioni culturali, possono essere depositari di un insieme composito di opere di diversa natura.

Ha ragione, allora, quella parte della dottrina che argomenta che l'implementazione dell'articolo 14 dovrebbe estenderne la portata applicativa alle riproduzioni non originali di tutte le opere in pubblico dominio.⁶⁹² Infatti, l'articolo 14 dovrebbe essere considerato come l'espressione di un principio più generale, secondo cui le opere in pubblico dominio devono restare nel pubblico dominio.⁶⁹³ Qualora i legislatori nazionali non prendano una posizione in tal senso, è auspicabile che la giurisprudenza promuova l'applicazione analogica della norma, stante l'identità di ratio tra la necessità di mantenere in pubblico dominio le riproduzioni delle opere delle arti visive e il caso simile in cui ad essere coinvolte siano le riproduzioni di opere di altra natura. L'interpretazione analogica è legittimata dal fondamento costituzionalizzato dei diritti degli utenti cui l'articolo 14 è posto a presidio. Tale disposizione, infatti, incarnando le due anime dell'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, è baluardo sia dell'accesso al patrimonio culturale, mediato dalle riproduzioni non originali delle opere in pubblico dominio, sia del libero reimpiego delle riproduzioni stesse.

I benefici di una lettura analogica dell'articolo 14 sono evidenti in particolare se si considera la vitale importanza rivestita dalle istituzioni culturali in circostanze emergenziali quali quella cagionata dalla diffusione del Covid-19. Si pensi al ruolo che le istituzioni culturali possono avere nel promuovere la fruizione online di riproduzioni di opere, in attuazione del diritto di accesso alla cultura anche in tempi bui quali quello del lockdown.⁶⁹⁴ È chiaro che tale diritto esige una lettura analogica dell'articolo 14 che renda legittimo l'accesso e il reimpiego di una qualsiasi opera, a prescindere della sua appartenenza alla categoria delle opere dell'arte visiva

E si badi che il corretto inquadramento dell'articolo 14, quale porta di accesso dei diritti fondamentali degli utenti nel sistema del copyright europeo, porta a rimodulare le conseguenze del mancato richiamo dell'articolo 14 in seno all'articolo 7. In particolare, se si richiama la tecnica della *Drittwirkung* nella sua visione più estrema, bisogna ritenere che la protezione dei diritti fondamentali possa affermarsi anche a discapito dell'autonomia privata determinando l'invalidità di clausole contrattuali ad essi contrarie, qualora tali clausole non sottendano interessi altrettanto meritevoli di tutela. Acuta dottrina⁶⁹⁵ ha notato che, in virtù delle intersezioni tra la Direttiva PSI e la Direttiva 2019/790, il reimpiego di riproduzioni non originali di opere in pubblico dominio può essere sottoposto a condizioni

⁶⁹² A. WALLACE, E. EULER, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, cit., 838; T. K. JESIĆ, M. B. JANČIĆ, "What is in the public domain should stay in the public domain!" – Article 14 of the EU-DSM Directive, in *Library policy and advocacy blog*, 2020 <<<https://blogs.ifla.org/lpa/2020/08/04/what-is-in-the-public-domain-should-stay-in-the-public-domain-article-14-of-the-dsm-directive/>>>.

⁶⁹³ JESIĆ, JANČIĆ, *ibidem*.

⁶⁹⁴ Si veda a tal proposito la riflessione del legislatore italiano nell'Ordine del Giorno n. G/1721/53/14 al DDL n. 1721 <<<https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/Emendc/1152430/1161636/index.html>>>: "in seguito all'emergenza epidemiologica dovuta al diffondersi del Covid-19, si sono moltiplicate le iniziative nel mondo di istituti culturali volte ad offrire libero accesso alle risorse digitali in rete per superare le distanze fisiche imposte dalle misure di contenimento del contagio; la corretta attuazione della disciplina prevista dall'articolo 14 della direttiva rappresenta un'opportunità di rilancio sociale, economico e culturale del nostro Paese, soprattutto dopo la fine dell'emergenza epidemiologica;"

⁶⁹⁵ A. WALLACE E. EULER, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, cit., 850.

solo qualora esse siano rigorosamente “obiettive, proporzionate, non discriminatorie e giustificate sulla base di un obiettivo di interesse pubblico”.⁶⁹⁶

Se è vero che, in forza della loro applicazione orizzontale, i diritti fondamentali degli utenti scalzano eventuali disposizioni contrattuali che mortificano gli obiettivi dell'articolo 14, a fortiori occorre ritenere che i legislatori nazionali siano chiamati a rimuovere i vincoli pubblicistici che frustrano la piena realizzazione degli interessi a fondamento costituzionalizzato sottesi dall'articolo 14. In base ad un'interpretazione teleologica di tale norma,⁶⁹⁷ spicca, infatti, che l'attuazione del principio di cui essa è foriera richiede un intervento che, in alcuni contesti nazionali, sconfini in aree del diritto diverse dal diritto d'autore.⁶⁹⁸

5. Notazioni conclusive

Questo capitolo ha analizzato le eccezioni e limitazioni con cui la Direttiva 2019/790 ha innovato lo stato dell'arte del diritto d'autore nel settore GLAM. L'attenzione che tale recente intervento legislativo ha dedicato agli spazi di libera utilizzazione riservati alle istituzioni culturali invita a riflettere sulla concreta capacità della Direttiva 790/2019 di riallineare il sistema europeo con le finalità statutarie del diritto d'autore nell'ambito della disseminazione del patrimonio culturale. Il ragionamento appena condotto si è snodato lungo due direttrici, entrambe orientate verso il medesimo fine di promuovere un copyright disamorato di una protezione aprioristicamente elevata.

Da un lato, l'analisi svolta in questo terzo e ultimo capitolo è stata condotta alla luce delle dure lezioni impartite dall'emergenza Covid-19 che costituisce un invito universale e impellente alla condivisione dei contenuti. Biblioteche, musei, gallerie e archivi, sia come depositari del sapere scientifico sia come custodi del patrimonio culturale, sono al centro di tale missione solidaristica volta all'attuazione dei diritti umani alla scienza e all'accesso alla cultura. Al di là della necessità di promuovere l'applicazione più pregnante dell'eccezione per ragioni di pubblica sicurezza contenuta nella Direttiva Infosoc, occorre procedere ad un complessivo ripensamento del sistema che lo renda immancabilmente improntato alla condivisione. Le misure adottate per il settore GLAM nella Direttiva 2019/790 sono state osservate proprio alla luce di questa consapevolezza. Le riflessioni così svolte hanno evidenziato la vitale importanza del text and data mining nel settore della ricerca scientifica.

⁶⁹⁶ Articolo 8 Direttiva 2019/1024.

⁶⁹⁷ Come suggerito in: M. MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, cit.

⁶⁹⁸ Non a caso, il legislatore italiano ha riconosciuto la necessità di coordinare l'implementazione dell'articolo 14 con l'articolo 108 del Codice dei beni culturali: Camera dei deputati – 7-00553 - *Risoluzione sull'implementazione del diritto d'autore nel mercato unico digitale a partire dalla direttiva 2019/790/EU* (disponibile al link: <<<http://www.infoparlamento.it/tematiche/interrogazioni-interpellanze-risoluzioni-mozioni/camera-dei-deputati-700553-risoluzione-sullimplementazione-del-diritto-dautore-nel-mercato-unico-digitale-a-partire-dalla-direttiva-2019790eu>>>): “è necessario prevedere il coordinamento di tale norma con l'articolo 108 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 («codice dei beni culturali e del paesaggio»), che prevede limitazioni per il riutilizzo di riproduzioni di beni culturali per fini commerciali”. Tuttavia, si tratta di un coordinamento che, nei fatti, appare lontano. Già nel progetto di implementazione della Direttiva, il legislatore italiano fa espressamente salva l'applicazione del Codice dei Beni Culturali. Si veda a tal proposito lo *Schema di decreto legislativo, recante attuazione della Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le Direttive 96/9/CE e 2001/29/CE* all'articolo 1 co 1(a). Inoltre, nella relazione illustrativa riguardante tale schema legislativo, viene chiarito che l'articolo 14 “riguarda in via esclusiva il diritto d'autore e non interviene su altre discipline specifiche in materia di utilizzazione di immagini digitali di opere delle arti” (*Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo, recante attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio, cit.*, 2).

Inoltre, hanno portato ad emersione l'imprescindibilità del digitale nella disseminazione della cultura.

Dall'altro lato, questo capitolo, attingendo all'analisi precedentemente svolta, ha fornito una rilettura delle varie eccezioni e limitazioni prese in considerazione, promuovendone un'applicazione estensiva o analogica attraverso il varco del three-step test declinato nella sua funzione propulsiva. In alcuni casi, tale approccio ha portato a decretare l'inappropriatezza dell'assetto realizzato dal legislatore europeo: si allude, in particolare, al ruolo discutibilmente preminente assegnato al sistema delle licenze in relazione alle opere fuori commercio e, ancora più marcatamente, all'eccezione dedicata al text and data mining, la quale sarebbe superflua in presenza di un complessivo ripensamento del sistema alla luce della dicotomia idea-espressione. In altri casi, in particolare con riferimento all'articolo 6 e all'articolo 14, l'intervento del legislatore europeo è stato accolto positivamente e sono state formulati dei suggerimenti volti ad ampliare la portata applicativa di tali disposizioni al fine di garantire l'effettività dei diritti degli utenti a fondamento costituzionalizzato che esse sottendono.

CONCLUSIONI

Nell'Unione Europea, il tema delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore risulta ampio e complesso, tra spunti progressisti e approcci reazionari. Sebbene le eccezioni e limitazioni si siano affermate come diritti degli utenti a fondamento costituzionalizzato, la loro portata applicativa non è scevra da profili problematici. Più nello specifico, si riscontra che l'interpretazione estensiva e analogica delle eccezioni al diritto d'autore nell'Unione Europea appare ancora un traguardo lontano. D'altro canto, si rileva come il diritto d'autore sia destinatario di una protezione spesso aprioristicamente elevata.

Se il diritto d'autore e le libertà fondamentali degli utenti sono concepiti come poli magnetici opposti, la funzione sociale del diritto d'autore è destinata a deteriorarsi con delle conseguenze pratiche non indifferenti. Concepito in un'ottica di pianificazione sociale, il diritto d'autore risulta chiave di volta di un dialogo plurale e democratico, anello di congiunzione tra autori e utenti, i quali sono partecipanti naturali e ineludibili del network comunicativo che il diritto d'autore stesso ha la missione di creare e di alimentare. Ecco che diventa indispensabile demolire quella logica che ravvisa l'esistenza di uno scontro frontale tra titolari del diritto d'autore e utenti.

Nell'Unione Europea, il contemperamento tra diritto d'autore e libertà degli utenti avviene prevalentemente lungo due direttrici. Da un lato, in presenza di conflitti diretti tra diritto d'autore e diritti degli utenti, il caso *Promusicae* ha inaugurato la florida stagione dell'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali sotto l'egida del principio di proporzionalità. D'altro lato, nel caso in cui il conflitto tra diritto d'autore e diritti degli utenti sia mediato da norme contenenti eccezioni e limitazioni, la Corte di Giustizia applica tali disposizioni con l'obiettivo di garantirne l'effetto utile a tutela degli interessi degli utenti in gioco. Tuttavia, rimane restia di fronte all'interpretazione estensiva delle stesse e tende a scoraggiare l'introduzione in via pretoria di nuove eccezioni e limitazioni. Si tratta di un approccio discutibile, se si considera lo status degli interessi sottesi alle eccezioni e limitazioni.

È auspicabile che l'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali, nota come *Drittwirkung*, intervenga in maniera più pregnante al fine di consacrare definitivamente le eccezioni e limitazioni come sede del bilanciamento giudiziale tra diritti fondamentali. A tale scopo, è necessario svolgere un passaggio prodromico, che consiste nell'isolare il nucleo duro del diritto d'autore, cioè la sua componente essenziale che non può essere elisa nel processo di contemperamento con gli interessi degli utenti. Nella presente trattazione, si sostiene che al cuore del diritto d'autore sta la sua natura di monopolio legale deputato a creare incentivi alla creazione e alla disseminazione del sapere. Tale concezione, riportando il diritto d'autore negli argini della sua funzione sociale, è chiave di volta per creare un sistema integrato in cui le eccezioni e limitazioni, non più concepite come corpi estranei in contrasto con gli interessi protetti dal diritto d'autore, partecipano attivamente al perseguimento delle sue finalità.

La concezione monopolistica del diritto d'autore è propugnata nell'ordinamento giuridico statunitense e in quello canadese. Non a caso, questo studio cerca degli spunti per innovare il diritto d'autore dell'Unione Europea proprio attingendo a tali sistemi giuridici d'oltreoceano, che spiccano per la loro adesione ad un modello di eccezioni aperte o, quantomeno, flessibili, finora rigettate dai Paesi dell'Europa continentale e, con essi, dalla stessa Unione. La presente trattazione cerca di evidenziare che i sistemi del diritto d'autore negli Stati Uniti e in Canada aderiscono proprio a quella visione integrata che concepisce le

eccezioni e limitazioni come elementi coadiuvanti la disseminazione del sapere in un'ottica di elisione del contrasto, a ben vedere solo apparente, tra diritti degli utenti e copyright.

Rimosso tale conflitto, le eccezioni aperte perdono definitivamente la loro cattiva reputazione di indesiderabili mine vaganti, diventando irrinunciabili valvole di sfogo del sistema. Gli Stati Uniti sono fonte ispiratrice per l'Unione Europea in virtù dell'eccezione aperta del fair use, baluardo degli usi trasformativi delle opere protette. Il Canada, con la clausola del fair dealing, va emulato per la sua attitudine a consacrare la prospettiva degli utenti quale standard interpretativo delle eccezioni, il cui effetto utile va garantito non solo al fine di promuovere il riuso creativo di opere protette, ma anche con lo scopo di assicurare il solo accesso alle opere protette.

In assenza di un intervento legislativo volto ad introdurre una clausola aperta nel sistema del diritto d'autore nell'Unione Europea, non resta che sperare che una maggiore flessibilità venga garantita dalla giurisprudenza europea e nazionale. Questo studio si allinea con la posizione di quella parte della dottrina che sostiene che un fair use alla maniera europea potrebbe ravvisarsi nel three-step test, richiamato in varie direttive. È opportuno che, con un'inversione di rotta rispetto all'orientamento propugnato dalla Corte di Giustizia, il three-step test perda la sua funzione di filtro, peraltro poco coerente con la sua genesi, e venga inteso in senso proattivo quale varco per l'interpretazione estensiva e analogica delle eccezioni e limitazioni.

Questo studio propone come terreno florido per l'applicazione di queste suggestioni il settore GLAM, come innovato dalla Direttiva 2019/790, la quale, a detta di parte della dottrina, ha cercato di concepire in maniera integrata il diritto d'autore e gli usi consentiti alle istituzioni culturali. In effetti, questa trattazione evidenzia che la Direttiva è senz'altro latrice di nuovi spazi di libera utilizzazione, la cui introduzione va accolta positivamente. Tuttavia, non si può evitare di riscontrare che si tratta di una rivoluzione timida ed incompiuta.

Per certi versi, la Direttiva si è fondata su delle premesse poco salde: è il caso del text and data mining, che non dovrebbe essere lecito solo nei ristretti limiti di un'eccezione, e degli usi delle opere fuori commercio, che sottostanno a velleità private senza che ciò si giustifichi alla luce della necessità di creare incentivi alla creazione. Per altri versi, la Direttiva manca di aspirazione: si prendano in considerazione, a tal proposito, gli articoli 6 e 14 che si accontentano di creare spazi di libera utilizzazione che, seppur apprezzabili, restano sottomessi a stringenti paletti applicativi.

La presente analisi si propone di dare una lettura delle disposizioni inerenti al settore GLAM nella Direttiva 2019/790 seguendo, quale stella polare, la concezione monopolistica del diritto d'autore onde favorire un migliore temperamento tra la necessità di fornire incentivi alla creazione e l'esigenza di tutelare le libertà degli utenti. Si tratta di un obiettivo non procrastinabile, soprattutto alla luce dell'emergenza Covid-19, che ha dimostrato concretamente la vulnerabilità de facto dei diritti umani alla scienza e alla cultura di fronte ai diritti di esclusiva assicurati dal copyright. La rilettura svolta in queste pagine dimostra che un'inversione di rotta non è una chimera, se si fa un uso proattivo del three-step test e le eccezioni e limitazioni sono interpretate in senso estensivo e analogico.

BIBLIOGRAFIA

ARISI M., *Digital Single Market Copyright Directive: Making (Digital) Room for Works of Visual Art in the Public Domain*, in *Opinio iuris in comparatione*, 2020, I <<<https://www.opiniojurisincomparatione.org/articles/digital-single-market-copyright-directive-making-digital-room-for-works-of-visual-art-in-the-public-domain/>>>.

ARISI M., *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio: l'articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, in *Aedon*, 2021, I <<<https://aedon.mulino.it/archivio/2021/1/arisi.htm>>>.

ARNOLD R., ROSATI E., *Are National Courts the Addressees of the InfoSoc Three-Step Test?*, 10/ no. 10 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 741 (2015).

BARGELLI E., *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione*, in NAVARRETTA E. (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore: Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2018.

BEEBE B., *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair use Opinions, 1978-2005*, 156/ no. 3 *University of Pennsylvania Law Review* 549 (2008).

BELANGER W., *U.S. Compliance with the Berne Convention*, 3/ no. 2 *George Mason Independent Law Review* 373 (1995).

BENSAMOUN A., BOUQUEREL Y., *Rapport de mission: transposition des exceptions de fouille de textes et de données: enjeux et propositions*, commissionato dal Consiglio superiore per la proprietà letteraria e artistica (Conseil Supérieur de la Propriété littéraire et artistique), 2020 <<<https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-exceptions-de-fouille-de-textes-et-de-donnees-text-and-data>>>.

BENTLY L., SHERMAN B., GANGJEE D., JOHNSON P., *Intellectual Property Law*, Oxford, 2018.

BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2002 <<http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2002_n2/D_Q-2_Bin.pdf>>.

BINDA F., CASO R., *Il diritto umano alla scienza aperta*, in Trento Lawtech paper series, 2020 <<<https://zenodo.org/communities/trentolawtechgroup/>>>.

BORGHI M., *Copyright, property and personality. Note on Hegel*, 2018 <<<https://eprints.bournemouth.ac.uk/31036/>>>.

BOYLE J., *The public domain: Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven & London, 2008.

BRUGUIERE J., *Adoption of British fair dealing by the French system of Exceptions: in praise of the technique of standards and the philosophy*, 50/ no. 3 *International review of intellectual property and competition law* 278 (2019).

CASO R., *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale (The conflict between copyright and scientific research in the*

Text and Data Mining exception under the Digital Single Market Directive), Trento Law Research paper nr. 38 (2020) <<<https://zenodo.org/record/3648626#.X7j8IM1KjIU>>>.

CASO R., *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il Covid-19?*, in Zenodo, 2020 <<<https://zenodo.org/record/3726702#.YZLE7mDMLIV>>>.

CASO R., *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati*, in Zenodo, 2021 <<<https://zenodo.org/record/4955061#.YVrW85pBzIV>>>.

CASO R., DORE G., *Copyright as Monopoly: The Italian Fire Under the Ashes*, Trento Law and Technology Research Group Research Paper No. 26, 2016.

CASO R., DORE G., ARISI M., *D5.1 Report on the existing legal framework for Galleries and Museums (GM) in EU*, in Zenodo, 2021 <<<https://zenodo.org/record/5070449#.YZLFUWDMLIU>>>.

CASTELLO PASTOR J. J., *Spain Approaches Anglo-American Fair Use Doctrine: Do We Need to Reform the European System of Copyright Limitations and Exceptions?*, WIPO/WTO. Compiled by the World Trade Organization –Intellectual Property Division (2014).

CHAPDELAINE P., *Copyright users' rights*, Oxford, 2017.

CONTRERAS J. L., EISEN M., GANZ A. et al, *Pledging Intellectual Property for COVID-19*, 38/no. 10 *Nature Biotechnology* 1146 (2020).

COOMBE R. J., *Objects of property and subjects of politics: intellectual property laws and democratic dialogue*, 69/no.7 *Texas law review* 1853 (1991).

CORREA C., *TRIPs Agreement: copyright and related rights*, 25/no 4 *IIC* 543 (1994).

CREMER H., *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law: A Comparison between English and German Law*, Oxon/New York, 2011.

CREWS K. D., *Copyright Exceptions and Statutory Diversity: The WIPO Study of Exceptions for Libraries and Archives*, prepared for the Proceedings of the Annual Congress of the International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (2008), 2009.

DAVID P. A., *Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History*, in WALLERSTEIN M. B., MOGEE M. E., SCHOEN R. A., *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, Washington D.C., 1993.

DE MEO R., *La riproduzione digitale delle opere museali fra valorizzazione culturale ed economica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II) 2019, III, 669.

DERCLAYE E., *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law*, 32/no.5 *European Intellectual Property Review* 247 (2010).

DI COCCO C., *Tutela delle banche di dati: patrimonio culturale e mercato unico digitale*, in *Aedon*, 2020, III <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2020/3/dicocco.htm>>>.

DI VALENTINO L., *Comparison of Fair Dealing and Fair Use in Education Post-Pentology*, in FIMS Working Papers, 2013 <<<https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=fimswp>>>.

DRASSINOWER A., *From Distribution to Dialogue: Remarks on the Concept of Balance in Copyright Law*, 34/no.4 *Journal of Corporation Law* 991 (2009).

DRASSINOWER A., *Copyright Infringement as Compelled Speech*, in LEVER A. (a cura di), *New frontiers in the philosophy of intellectual property*, Cambridge, 2011.

DREXT J., *Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the European Union – Between Privacy, Property and the Regulation of the Economy*, in ZIEGLER K. S. (a cura di), *Human rights and private law: privacy as autonomy*, Oxford, 2007.

DUCATO R., STROWEL A., *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to 'Machine Legibility'*, 50/no.6 *International review of intellectual property and competition law* 649 (2019).

DUSOLLIER S. e GRIFFITHS J., *The commons as a reverse intellectual property – from exclusivity to inclusivity*, in HOWE H. e GRIFFITHS J. (a cura di), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge, 2013.

DUSOLLIER S., *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, 57/no. 4 *Common Market Law Review* 979 (2020).

EINAUDI L., *Rileggendo Ferrara – a proposito di critiche recenti alla proprietà letteraria ed industriale*, in *Rivista di storia economica*, 1940, V, 217 <<<http://www.luigieinaudi.it/doc/rileggendo-ferrara-a-proposito-di-critiche-recenti-alla-proprietaria-letteraria-ed-industriale/?id=3061>>>.

ELKIN-KOREN N., *Copyright in a Digital Ecosystem: A User Rights Approach* in OKEDIJI R. L. (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, 2017.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*, 2015 <<<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/deckmyn-opinion-final-with-signatures.pdf>>>.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 2017 <<<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>>>.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art.14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 2020 <<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/04/ecs_cdsm_implementation_article_14_final.pdf>>.

EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of the Extended Collective Licensing Rules (Arts. 8 and 12) of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 2020 <<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs-comment-ecl_art_8-12_20200613.pdf>>.

FALCE V., L'“insostenibile leggerezza” delle regole sulle banche dati nell'unione dell'innovazione, in *Rivista di Diritto Industriale* 2018, IV, 377.

FERRARA F., *Proprietà letteraria*, in *Lezioni di economia politica (Corso per l'a.a.1850-1851, lezione 15 a, 11 febbraio 1851)*, ora in BOCCIARELLI R., CIOCCA P. (a cura di), *Scrittori italiani di economia*, Roma-Bari, 1994.

FERRI F., *The dark side(s) of the EU Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market, China-Eu Law Journal* (2020) <<<https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs12689-020-00089-5>>>.

FICHTE J. G., *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. Ein Raisonement und eine Parabel*, in *Berlinische Monatschrift*, 1793 <<<https://archiviomarini.sp.unipi.it/103/1/fichte.pdf>>>.

FICHTE J. G., *Prova dell'illegittimità della ristampa dei libri. Un ragionamento e una parabola*, trad. it. PIEVATOLO M. C. in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2005 <<<https://archiviomarini.sp.unipi.it/18/7/fichte.pdf>>>.

FISHER W., *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101/no 8 *Harvard law review* 1659 (1988).

FISHER W., *Theories of intellectual property*, in MUNZER (a cura di), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge, 2001.

GEIGER C., *Copyright's Fundamental Rights Dimension at EU Level*, 2009, in DERCLAYE E. (a cura di), *Research handbook on the future of EU Copyright*, Cheltenham, Uk, Northampton, Mass, 2009.

GEIGER C., FROSIO G., BULAYENKO O., *Facilitating Access to Out-of-Commerce Works in the Digital Single Market – How to Make Pico della Mirandola's Dream a Reality in the European Union*, 9 (3) *JIPITEC* (2018) <<<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-3-2018/4803>>>.

GEIGER C., GERVAIS D.J., SENFTLEBEN M., *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, 29/no.3 *American University International Law Review*, 581 (2014).

GEIGER C., HILTY R., GRIFFITHS J., SUTHERSANEN U., *Declaration A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test"* 1(2) *JIPITEC* 119 (2010) <<<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2621>>>.

GEIGER C., IZYUMENKO E., *Towards a European 'Fair Use' Grounded in Freedom of Expression*, Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI) Research Paper No. 2019-02, 1 (2019).

GEIST M., *Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use*, in GEIST M. (a cura di), *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, 2013.

GEIST M., *The Canadian Copyright Story: How Canada Improbably Became the World Leader on Users' Rights in Copyright Law* in OKEDIJI R. L. (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, 2017.

GIANNONE CODIGLIONE G, BASSINI M., *From private enforcement to public enforcement. Copyright enforcement in the digital age: a comparative overview* in POLLICINO O., RICCIO G. M., BASSINI M. (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Cheltenham, 2020.

GIANNOPOULOU A., *The New Copyright Directive: Article 14 or when the Public Domain Enters the New Copyright Directive*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2019 <<<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/27/the-new-copyright-directive-article-14-or-when-the-public-domain-enters-the-new-copyright-directive/>>>.

GIOVANELLA F., *Copyright and Information Privacy. Conflicting Rights in Balance*, Cheltenham, UK, 2017 <<<https://www.elgaronline.com/view/9781785369353/9781785369353.xml>>>.

GOLDSTEIN P., HUGENHOLTZ P. B., *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford, 2010.

GORDON W. J., BONE R. G., *Copyright*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999.

GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, 2017.

GUIBAULT L., SCHROFF S., *Extended Collective Licensing for the use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Rights Holders*, 49/no. 8 IIC - *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 916 (2018).

HACKETT T., *Covid and copyright: the right to research*, in *EIFL Blog* 2020 <<<https://www.eifl.net/blogs/covid-and-copyright-right-research>>>.

HARBO T., *The Function of the Proportionality Principle*, 16/no 2 *European Law Journal* 158 (2010).

HEARST M. A., *Text data mining*, MITKOV R. (a cura di), *The Oxford handbook of computational linguistics*, Oxford, 2003.

HOHFELD W. N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 *Yale LJ* 16 (1913).

HUGENHOLTZ P. B., *Flexible Copyright: Can the EU Author's Rights Accommodate Fair Use?* in OKEDIJI R. L. (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, 2017.

HUGENHOLTZ P. B., OKEDIJI R. L., *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, 2008 <<<https://www.opensocietyfoundations.org/publications/conceiving-international-instrument-limitations-and-exceptions-copyright>>>.

HUGENHOLTZ P. B., SENFTLEBEN M., *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, *Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-39* (2012).

HUGHES J., *The philosophy of intellectual property*, 77/no. 2 *The Georgetown law journal*, 287 (1988).

HUGHES J., *Fair use and its politics – at home and abroad*, in OKEDIJI R.L. (a cura di), *Copyright law in the age of limitations and exceptions*, New York, 2017.

IZZO U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010.

JESIH T. K., JANČIČ M. B., "What is in the public domain should stay in the public domain!" – Article 14 of the EU-DSM Directive, In *Library policy and advocacy blog*, 2020 <<<https://blogs.ifla.org/lpa/2020/08/04/what-is-in-the-public-domain-should-stay-in-the-public-domain-article-14-of-the-dsm-directive/>>>.

KANT I., *L'illegittimità della ristampa dei libri* (trad. it. di Maria Chiara Pievatolo), 1785 <<https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s06.xhtml>>.

KELLER P., *Implementing the Copyright Directive: Protecting the Public Domain with Article 14*, in *Communia*, 2019 <<<https://www.communia-association.org/2019/06/25/implementing-copyright-directive-protecting-public-domain-article-14/>>>.

KOSTYLO J., *From gunpowder to print: the common origins of copyright and patent*, in DEAZLEY R., KRETSCHMER M., BENTLY L., *Privilege and Property*, 2010.

LAMETTI D., *The objects of virtue*, in ALEXANDER G.S., PENALVER E. (a cura di), *Property and Community*, New York, 2010.

LAMETTI D., *On creativity, copying and intellectual property*, in CASO R. (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, Trento, 2011.

LAMETTI D., *The Virtuous P(eer): Reflections on the Ethics of file sharing*, in LEVER A. (a cura di), *New frontiers in the philosophy of intellectual property*, 2011.

LANDES W. M. e POSNER R. A., *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Mass., 2003.

LEMLEY M. A., *Disappearing content*, 101 *Boston University Law Review* 1255 (2021).

LESSIG L., *Free Culture - How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, 2004.

LEVAL P. N., *Toward a fair use standard*, 103/no. 5 *Harvard Law Review* 1105 (1990).

LIBERTINI M., *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale. Relazione a convegno, febbraio 2014*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014

LOCKE J., *Two Treaties of Government*, in WARD L. (a cura di), Indiana, 2016.

MADISON M. J., *Beyond Creativity: Copyright as Knowledge Law*, 12 *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 817 (2010).

MARGONI T., KRETSCHMER M., *The text and data mining exception in the proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: why it is not what EU copyright law needs*, 2018 <<<https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/>>>.

MARTIN-PRAT M., *The Future of Copyright in Europe*, 38 *COLUM. J.L. & Arts* 29 (2014).

MERATI A., *Musei online da visitare restando a casa: le migliori iniziative in Italia e nel mondo*, in *Il Corriere della Sera*, 29 Marzo 2020.

MERGES R. P., *Justifying intellectual property*, Cambridge, Mass, 2011.

MEZZANOTTE F., *Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE*, in *Annali Italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo* 480 (2016).

MINIO F., *Banche dati museali, diritto d'autore, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2020, III <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2020/3/minio.htm>>>

MODOLO M., *Reinventare il patrimonio: il libero riuso dell'immagine digitale del bene culturale pubblico come leva di sviluppo nel post Covid*, in *Territori della Cultura*, 2020, XLII, 210 <<<https://www.univeur.org/cuebc/index.php/it/territori-della-cultura/archivio-numeri/1154-territori-della-cultura-42>>>.

MODOLO M., *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio*, in *Aedon*, 2021, I <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2021/1/modolo.htm>>>.

MONTAGNANI M. L. e TRAPOVA A., *US and EU: Diverging or Intertwined Paths?*, in POLLICINO O., RICCIO G. M., BASSINI M. (a cura di), *Copyright versus (other) fundamental rights in the digital age. A comparative analysis in search of a common constitutional ground*, Cheltenham, 2020.

MOYSE P., *L'Abus de droit: l'anténorme — Partie I*, 57/no. 4 *McGill LJ* 859 (2012).

MOYSE P., *L'Abus de droit : l'anténorme — Partie II*, 58/no. 1 *McGill LJ* 1 (2012).

NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto* 343 (2014).

NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e Diritto Privato: Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017.

NETANEL N. W., *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106/no. 2 *The Yale law journal* 283 (1996).

NETANEL N. W., *Making Sense of Fair use*, 15/no. 3 *Lewis & Clark Law Review* 715 (2011).

NETANEL N. W., *First Amendment Constraints on Copyright after Golan v. Holder*, 60 *UCLA L. Rev.* 1082 (2013).

NIMMER M. B., *Does copyright abridge the first amendment guarantees of free speech and press?*, 17/no. 6 *UCLA law review* 1180 (1970).

OKEDIJI R. L., *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39/no. 1 *Columbia Journal of Transnational Law* 75 (2000).

OKEDIJI R. L. (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, New York, 2017.

PALMER T. G., *Are Patents and Copyrights Morally Justified - the Philosophy of Property Rights and Ideal Objects*, 13/no. 3 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 817 (1990).

PASCUZZI G., CASO R., *Il diritto d'autore dell'era digitale* (cap. 10), in G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020.

PATRY W., *A Few Observations about the State of Copyright Law*, in OKEDIJI R. L. (a cura di), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, 2017.

PATTERSON L. R., BIRCH S. F., JR., *A unified theory of copyright*, JOYCE C. (a cura di), *HOUS. L. REV.* 215 (2009).

PIEVATOLO M. C., *Diritto d'autore e comunicazione del sapere*, in *Bollettino telematico di filosofia politica* << <http://btfp.sp.unipi.it/dida/fpa/ar01s05.xhtml>>>.

PIEVATOLO M. C., *L'illegittimità della ristampa dei libri*, in *Immanuel Kant: sette scritti politici liberi*, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica* <<https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s07.xhtml>>.

PIEVATOLO M. C., *Il mercante e il califfo: politiche della proprietà intellettuale*, 2006 <<<https://archiviomarini.sp.unipi.it/103/1/fichte.pdf>>>.

PIEVATOLO M. C., *L'età del privilegio. Il diritto d'autore nel mercato unico digitale europeo*, in *Il Mulino*, 2019 <<<https://archiviomarini.sp.unipi.it/826/>>>.

PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 2007, 219.

PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017.

PRIORA G., *Dall'armonizzazione all'interlegalità: la tutela dell'utente finale nella disciplina europea del diritto d'autore*, in CHITI E., DI MARTINO A., PALOMBELLA G. L. (a cura di), *L'età della interlegalità*, in *Il Mulino*, 2021.

PRIORA G., SGANGA C., *D5.2 Report on the existing legal framework for Libraries and Archives (LA) industries in EU*, in *Zenodo*, 2021 <<<https://zenodo.org/record/4621049#.YZL0kGDMLIU>>>.

PROUDMAN V., STRATTON B., VÉZINA B., WHITE B., WYBER S., *Transposing the Directive on Copyright in the Digital Single Market, A guide for libraries and Library Association*, in *Zenodo*, 2019 <<<https://zenodo.org/record/3552203#.YVsxHZpBzIU>>>.

PSYCHOGIOPOULOU E., *Cultural rights, cultural diversity and the EUs copyright regime: the battlefield of exceptions and limitations to protected content*, in POLLICINO O., RICCIO G. M., BASSINI M. (a cura di), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Cheltenham, 2020.

RADIN M. J., *Property and Personhood*, 34/no. 5 *Stanford law review* 957 (1982).

RAHMATIAN A., *Dealing with rights in copyright-protected works: assignments and licences*, in DERCLAYE E. (a cura di), *Research Handbook on the future of EU copyright*, Cheltenham, Uk, Northampton, Mass, 2009.

RAHMATIAN A., *Copyright and creativity. The making of property rights in creative works*, Cheltenham, 2011.

RAHMATIAN A., *Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure*, 44 *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 4 (2013).

REED C. S., *Orphan works and mass digitization*, in REED C. S., *The Unrealized Promise of the Next Great Copyright Act*, Cheltenham, 2019.

- REICHMAN J. H., OKEDIJI R. L., *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale* (2012), 96/no. 4 *Minnesota law review* 1362 (2012).
- RENDAS T., *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, 49 *IIC* 153 (2018).
- RESTA G., *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi* in RESTA G. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010.
- RESTA G., *La conoscenza come bene comune: quale tutela?*, in *Persona e Danno*, 2012.
- RESTA G., *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale: un inventario di problemi*, in NAVARRETTA E. (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto* (Atti del convegno di Pisa, 24-25 Febbraio 2017), Torino, 2017.
- RIGAMONTI C., *Deconstructing Moral Rights*, 47/no 2 *Harvard International Law Journal* 353 (2006).
- ROSATI E., *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, 2018.
- ROSATI E., *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects*, Briefing requested by the JURI Committee, 2018.
- ROSE M., *The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company, and the Statute of Anne*, in DEAZLEY R., KRETSCHMER M., BENTLY L., *Privilege and Property*, 2010.
- ROSEN R. J., *The Hole in Our Collective Memory: How Copyright Made Mid-Century Books Vanish*, in *The Atlantic*, 2013.
- SALVI C., *Globalizzazione e critica del diritto*, 2020.
- SAMUELSON P., *Unbundling Fair Uses*, 77/no. 5 *Fordham Law Review* 2537 (2009).
- SAMUELSON P., *Possible Futures of Fair Use*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2584180 (2015).
- SCHROFF S., FAVALE M., BERTONI A., *The impossible quest – problems with diligent search for orphan works*, 48 *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 286 (2017).
- SCIULLO G., *'Pubblico dominio' e 'Dominio pubblico' in tema di immagine dei beni culturali: note sul recepimento delle Direttive (UE) 2019/790 e 2019/1024*, in *Aedon*, 2021, I <<<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2021/1/sciullo.htm>>>.
- SENFTLEBEN M., *Bridging the Differences Between Copyright's Legal Traditions - The Emerging EC Fair Use Doctrine*, 57/ no 3 *Journal of the Copyright Society of the USA* 521 (2010).
- SENFTLEBEN M., *Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law - the Need for Horizontal Fair Use Defences*, in KUR A. e MIZARAS V. (a cura di), *The structure of intellectual property law: can one size fit all?*, Cheltenham, 2011.

SGANGA C., *Propertizing European Copyright: History, Challenges and Opportunities*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2018.

SGANGA C., *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, 11 *European Intellectual Property Review* 683 (2019).

SGANGA C., *Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale: un pericolo o una necessità?*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, II, 21.

SGANGA C., *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the CDSM Directive and the Trio of the Grand Chamber of the CJEU*, 21 *ERA Forum*, 311 (2020).

SGANGA C., *La nozione di opera protetta nel diritto d'autore europeo tra armonizzazione silente e silenzi controversi*, in *Rivista di diritto industriale*, 2020, II, 159.

SHAHEED F., *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shabeed: copyright policy and the right to science and culture*, 2014 <<<https://digitallibrary.un.org/record/792652#record-files-collapse-header>>>.

SHAVER L., *The Right to Science: Ensuring that Everyone Benefits from Scientific and Technological Progress*, in 4 *European Journal of Human Rights* 411 (2015).

SPECTOR H. M., *An outline of a theory justifying intellectual and industrial property rights*, 11/no 8 *EIPR*, 270 (1989).

SQUASSINA E., *I privilegi librari a Venezia (1469-1545)*, in SQUASSINA E. e OTTONE A. (a cura di), *Privilegi librari nell'Italia del Rinascimento*, Milano, 2019.

TAWFIK M. J., *The Supreme Court of Canada and the "Fair Dealing Trilogy": Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law*, 51/no 1 *Alberta law review* 191 (2013).

TERRAS M., *Opening Access to Collections: The Making and using of Open Digitised Cultural Content*, 39/no.5 *Online Information Review* 733 (2015).

TOMASI S., *La struttura argomentativa dell'eccezione. Una proposta di studio su base pragmatico-dialettica*, in BONINI S., BUSATTA L. e MARCHI I. (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio*, in XI *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, 2015.

TRAILLE J. P., DUSSOLIER S., DEPREEUW S., HUBIN J. B., COPPENS F., DE FRANCQUEN A., *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and the related right in the information society (the "Infosoc Directive")*, 2013 <<<https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/9ebb5084-ea89-4b3e-bda2-33816f11425b>>>.

TRYGGVADÓTTIR R., *The EU proposal to ensure wider access to content in cultural heritage institutions*, in KU LEUVEN *CiTiP Blog*, 2017 <<<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eu-proposal-to-ensure-wider-access-to-content-in-cultural-heritage-institutions/>>>.

URBAN J., *How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem*, 27/no 3 *Berkeley Technology Law Journal* 1379 (2012).

VAN DER WALT J., *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, Berlin/Boston, 2014.

VIOLA F., *Da attrattori ad attivatori culturali*, in *Territori della Cultura*, 2020, XLII, 230.

VON HIELMCRONE H., *Copyright in the EU from the Perspective of Libraries*, 16/no. 3 *Consumer Policy Review* 90 (2006).

WALDRON J., *The right to private property*, Oxford, 1988.

WALLACE A, E. EULER., *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, 51 *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 823 (2020).

WHITE B., *Digital Single Market Directive - Articles 8-11: Checklist for Determining When This Exception for Mass Digitisation of Out-of-Commerce Works Can Be Used*, in *Zenodo* 2019 <<<https://zenodo.org/record/3549394#.YUNsDrgzbIV>>>.

WU X., *E.C. Database Directive* Berkeley, 17/no. 1 *Technology Law Journal* 571 (2002).

XALABARDER R., *Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine... and a Flexible Reading of Copyright Statutes?*, 3 (2012) *JIPITEC* 162.

ZEMER L., *On the value of copyright theory*, 1 *IPQ* 55 (2006).

The Student Paper Series of the Trento LawTech Research Group is published since 2010

<http://lawtechnew.jus.unitn.it/main-menu/paper-series/student-paper-series-of-the-trento-lawtech-research-group/2/>

Freely downloadable papers already published:

STUDENT PAPER N. 71

L'animal welfare nelle filiere alimentari: etichettatura e certificazioni

MIRIANA ZANON, *L'animal welfare* nelle filiere alimentari: etichettatura e certificazioni, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 71. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-959-8

STUDENT PAPER N. 70

Aggiornamenti di diritto agroalimentare nella riflessione dottrinale angloamericana

ANADOTTI, ELENA; DI GIOVANNI, SILVIA; FREZZA, ANNA CAROLINA; HOSSU, LORENA PATRICIA; MARCONATO, ELENA; NOSCHESE, ANGELA; PENDENZA, ALICE; PEPE, FRANCESCO; PIEROBON, VALERIA; POLI, ELISA; PURITA, CLAUDIA; RAFFA, DJAMILA; ROTONDI, SERGIO ANDREA; SANTOLIN, GAIA; IZZO, UMBERTO, MATTEO FERRARI (a cura di) (2021), Aggiornamenti di diritto agroalimentare nella riflessione dottrinale angloamericana, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 70. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-958-1

STUDENT PAPER N. 69

Diritto del turismo e Covid-19: cosa è cambiato nella seconda estate pandemica

ANGIARI, YOUSSEF; ARZARELLO, ANDREA; AZILI, FEDERICO; BONOMELLI, CHIARA; BUBBOLA, IRENE; CADAMURO, CLAUDIA; CARRETTA, ANNA; CONDOTTA, ALESSANDRO; DA PRATO, MARIKA; DAL TOSO, VIRGINIA; DE AGOSTINI, FILIPPO; DE FRANCESCHI, SERENA; DELL'EVA, MARTINA; DELMARCO, MARTINA; DELLA MURA, MARCO; DI MASCIO, FRANCESCA; FIUTEM, LORENZO; GENNARA, GIULIA; INNOCENTI, ALBERTO; LORIERI, ANNA; MAFFEI, BEATRICE; MARCOLINI, ALESSIA; MANZO, ARIANNA; MINERVINI, MONICA MARIA; MURESAN, ANAMARIA ELENA; NARDIN, NICOLÒ; PAISSAN, FILIPPO; PAISSAN, INGMAR; PANERO, MARTINA; PAVALEANU, CRISTIAN; RIZ, FRANCESCA; SCARSELLA, ALESSIA; SCODANIBBIO, GIULIA; SORRENTINO, MARIAROSA; TUCCI, GIULIANA; VIGNOLI, MARTINA; ZACCARIN, STEPHANIE;

ZUCAL, SARA; IZZO, UMBERTO (a cura di) (2021), *Diritto del turismo e Covid-19: cosa è cambiato nella seconda estate pandemica*, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 69. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-954-3

STUDENT PAPER N. 68

La protezione dei dati relativi alla salute nell'era dei Big Data. Un'analisi sulla sanità digitale in dialogo tra diritto e tecnologia

LIEVORE ANNA (2021), *La protezione dei dati relativi alla salute nell'era dei Big Data. Un'analisi sulla sanità digitale in dialogo tra diritto e tecnologia*, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 68. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-903-1

STUDENT PAPER N. 67

«Cuius commoda, eius et incommoda»: l'art. 2049 del codice civile nella gig economy

PILZER LARA (2021), «Cuius commoda, eius et incommoda»: l'art. 2049 del codice civile nella gig economy, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 67. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-946-8

STUDENT PAPER N. 66

La responsabilità sanitaria nel post covid-19: scenari e proposte per affrontare il contenzioso

PRIMICERI GIORGIA (2021), *La responsabilità sanitaria nel post Covid-19: scenari e proposte per affrontare il contenzioso*, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 66. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-945-1

STUDENT PAPER N. 65

Legal design e sanità digitale: un innovativo approccio per favorire la tutela dei dati personali

FRANCESCO TRAVERSO (2021), *Legal design e sanità digitale: un innovativo approccio per favorire la tutela dei dati personali*, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 65. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-943-7

STUDENT PAPER N. 64

L'appropriazionismo artistico nell'arte visuale: una comparazione tra Italia e Stati Uniti

LAURA DI NICOLA (2021), L'appropriazionismo artistico nell'arte visuale: una comparazione tra Italia e Stati Uniti, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 64. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-942-0
199

STUDENT PAPER N. 63

Il disegno industriale e la moda tra disciplina dei disegni e modelli e normativa sul diritto d'autore

MARGHERITA RUDIAN (2021), Il disegno industriale e la moda tra disciplina dei disegni e modelli e normativa sul diritto d'autore, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 63. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-941-3

STUDENT PAPER N. 62

Sistemi decisionali automatizzati e tutela dei diritti: tra carenza di trasparenza ed esigenze di bilanciamento

IRENE TERENCEGHI (2021), Sistemi decisionali automatizzati e tutela dei diritti: tra carenza di trasparenza ed esigenze di bilanciamento, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 62. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-940-6

STUDENT PAPER N. 61

Unfair trading practices in the business-to-business food supply chain between public and private regulation

BORGHETTO, MARIA VITTORIA (2020), Unfair trading practices in the business-to-business food supply chain between public and private regulation, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 61. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-933-8

STUDENT PAPER N. 60

PFAS e inquinamento delle falde acquifere venete: la tutela civilistica fra danno ambientale e azioni risarcitorie collettive

RAISA, VERONICA (2020), PFAS e inquinamento delle falde acquifere venete: la tutela civilistica fra danno ambientale e azioni risarcitorie collettive, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 60. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978 88 8443 927 7

STUDENT PAPER N. 59

Il turismo alla prova del covid-19: una ricerca interdisciplinare: da quali dati partire e quali risposte dare alla più grande crisi che il comparto turistico abbia mai affrontato

UMBERTO IZZO (a cura di), Autori: ANDREATTA, GIULIA; ANDREOLI, ELISA; ARDU, SIMONE; BORTOLOTTI, FABIO; BRUZZO, PIERLUIGI; CALZOLARI, GIULIA; CAMPOS SANTOS, DIEGO; CARLINO, PIETRO; CAVALLERA, LORENZO; CEPPAROTTI, GIACOMO; CIABRELLI, ANTONIA; DALLE PALLE, GIORGIA; DAPRÀ, VALENTINA; DE SANTIS, DIEGO; FAVARO, SILVIA; FAVERO, ELEONORA; FERRARI, LAURA; GATTI, VERONICA; GAZZI, CHRISTIAN; GISMONDO, MARIANNA; GIUDICEANDREA, ANNA; GUIDA, GIOVANNI; INCARNATO, ANDREA; MARANER, ROBERTA; MICHELI, MARTA; ELENA MORARASU, LAURA; CHIARA NARDELLI, MARIA; PALLOTTA, EMANUELE; PANICHI, NICCOLÒ; PELLIZZARI, LAURA; PLAKSII, ANDRII; RANIERO, SAMANTHA; REGNO SIMONCINI, EMANUELE; RUSSO, SARA; SCHIAVONE, SARA; SERAFINO, ANTONIO; SILENZI, LUCA; TIRONZELLI, ELENA; PEGGY TSAFACK, CYNTHIA; VIGLIOTTI, AYLÀ; ZINETTI, GIULIA, Il turismo alla prova del Covid-19: una ricerca interdisciplinare: da quali dati partire e quali risposte dare alla più grande crisi che il comparto turistico abbia mai affrontato, Trento Law and Technology Research Group, Student Paper Series; 59. Trento: Università degli Studi di Trento. 978-88-8443-903-1

STUDENT PAPER N. 58

La responsabilità dell'internet service provider alla luce della nuova direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale

CAMARELLA, LAURA (2020), La responsabilità dell'Internet Service Provider alla luce della nuova direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, Student Paper Series; 58. Trento: Università degli Studi di Trento. 978-88-8443-893-5

STUDENT PAPER N. 57

Rischio idrogeologico e responsabilità civile

ROBERTI, CATERINA (2020), Rischio idrogeologico e responsabilità civile, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 57. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-891-1

STUDENT PAPER N. 56

Assistente vocale e dati sanitari. Le sfide dell'intelligenza artificiale alla luce del Regolamento (UE) n. 2016/679

PETRUCCI, LIVIA (2020), Assistente vocale e dati sanitari. Le sfide dell'intelligenza artificiale alla luce del regolamento (UE) N. 2016/679, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 56. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978 88 8443 888 1

STUDENT PAPER N. 55

The Legal Dimension of Energy Security in EU Law

SCHMIEDHOFER, ANDREAS (2020), The legal dimensions of energy security in EU law, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 55. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978 88 8443 888 1

STUDENT PAPER N. 54

Macchine intelligenti che creano ed inventano. Profili e rilievi critici del nuovo rapporto tra intelligenza artificiale e diritti di proprietà intellettuale

TREVISANELLO, LAURA (2020), Macchine intelligenti che creano ed inventano. Profili e rilievi critici del nuovo rapporto tra intelligenza artificiale e diritti di proprietà intellettuale, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 54. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-887-4

STUDENT PAPER N. 53

La protezione delle indicazioni geografiche: il sistema europeo e il sistema cinese a confronto

COGO, MARTA (2019), La protezione delle indicazioni geografiche: il sistema europeo e il sistema cinese a confronto, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 53. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-856-0

STUDENT PAPER N. 52

Responsabilità civile e prevenzione dell'abuso interpersonale, fra molestie sessuali e bullismo

PERETTI, FRANCESCA (2019), Responsabilità civile e prevenzione dell'abuso interpersonale, fra molestie sessuali e bullismo, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 52. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-856-0

STUDENT PAPER N. 51

Blockchain, Smart Contract e diritto d'autore nel campo della musica

FAGLIA, FRANCESCO (2019), Blockchain, Smart Contract e diritto d'autore nel campo della musica, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 51. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-855-3

STUDENT PAPER N. 50

Regole per l'innovazione: responsabilità civile e assicurazione di fronte all'auto a guida (progressivamente) autonoma

ZEMIGNANI, FILIPPO (2019), Regole per l'innovazione: responsabilità civile e assicurazione di fronte all'auto a guida (progressivamente) autonoma, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 50. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-850-8

STUDENT PAPER N. 49

Unravelling the nexus between food systems and climate change: a legal analysis. A Plea for smart agriculture, a "new" organic agriculture and a wiser use of biotechnologies in the name of human rights protection

TELCH, ALESSANDRA (2019), Unravelling the nexus between food systems and climate change: a legal analysis. A Plea for smart agriculture, a "new" organic agriculture and a wiser use of biotechnologies in the name of human rights protection, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 49. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-842-3

STUDENT PAPER N. 48

Wireless community networks e responsabilità extracontrattuale

VIDORNI, CHIARA (2019), Wireless community networks e responsabilità extracontrattuale, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 48. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-841-6

STUDENT PAPER N. 47

Proprietà intellettuale e scienza aperta: il caso studio del Montreal Neurological Institute

CASSIN, GIOVANNA (2019), Proprietà intellettuale e scienza aperta: il caso studio del Montreal Neurological Institute, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 47. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-835-5

STUDENT PAPER N. 46

Il “ciclista previdente” che si scontrò due volte: con un'auto e col principio indennitario applicato all'assicurazione infortuni

CHRISTOPH SIMON THUN HOHENSTEIN WELSPERG (2019), Il “ciclista previdente” che si scontrò due volte: con un'auto e col principio indennitario applicato all'assicurazione infortuni, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 46. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-834 8

STUDENT PAPER N. 45**«Errare humanum est». L'errore nel diritto tra intenzionalità, razionalità ed emozioni**

BENSALAH, LEILA (2018), «Errare humanum est». L'errore nel diritto tra intenzionalità, razionalità ed emozioni, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 45. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-829-4

STUDENT PAPER N. 44**La gestione del rischio fitosanitario nel diritto agroalimentare europeo ed italiano: il caso Xylella**

DE NOBILI, MARINA (2018), La gestione del rischio fitosanitario nel diritto agroalimentare europeo ed italiano: il caso Xylella, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 44. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-828-7

STUDENT PAPER N. 43**Mercato agroalimentare e disintermediazione: la dimensione giuridica della filiera corta**

ORLANDI, RICCARDO (2018), Mercato agroalimentare e disintermediazione: la dimensione giuridica della filiera corta, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 43. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-827-0

STUDENT PAPER N. 42**Causa, meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale**

PULEJO, CARLO ALBERTO (2018), Causa, meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 42. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-810-2

STUDENT PAPER N. 41**Graffiti, street art e diritto d'autore: un'analisi comparata**

GIORDANI, LORENZA (2018), Graffiti, street art e diritto d'autore: un'analisi comparata, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 41. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-809-6

STUDENT PAPER N. 40

Volo da diporto o sportivo e responsabilità civile per l'esercizio di attività pericolose

MAESTRINI, MATTIA (2018), Volo da diporto o sportivo e responsabilità civile per l'esercizio di attività pericolose, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 40. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-784-6

STUDENT PAPER N. 39

“Attorno al cibo”. Profili giuridici e sfide tecnologiche dello Smart Packaging in campo alimentare

BORDETTO, MATTEO (2018), “Attorno al cibo”. Profili giuridici e sfide tecnologiche dello Smart Packaging in campo alimentare, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 39. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-795-2

STUDENT PAPER N. 38

Kitesurf e responsabilità civile

RUGGIERO, MARIA (2018), Kitesurf e responsabilità civile, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 38. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-793-8

STUDENT PAPER N. 37

Giudicare e rispondere. La responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione in Italia, Israele e Spagna

MENEGHETTI HISKENS, SARA (2017), Giudicare e rispondere. La responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione in Italia, Israele e Spagna, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 37. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-778-5

STUDENT PAPER N. 36

Il diritto in immersione: regole di sicurezza e responsabilità civile nella subacquea

CAPUZZO, MARTINA (2017), Il diritto in immersione: regole di sicurezza e responsabilità civile nella subacquea, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 36. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-775-4

STUDENT PAPER N. 35

La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale

BINCOLETTO, GIORGIA (2017), *La privacy by design: un'analisi comparata nell'era digitale*, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 35. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-733-4

STUDENT PAPER N. 34

La dimensione giuridica del Terroir

BERTINATO, MATTEO (2017), *La dimensione giuridica del Terroir*, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 34. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-728-0

STUDENT PAPER N. 33

La gravità del fatto nella commisurazione del danno non patrimoniale: un'indagine (anche) nella giurisprudenza di merito

MARISELLI, DAVIDE (2017), *La gravità del fatto nella commisurazione del danno non patrimoniale: un'indagine (anche) nella giurisprudenza di merito*, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 33. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN: 978-88-8443-727-3

STUDENT PAPER N. 32

«Edible insects». L'Entomofagia nel quadro delle nuove regole europee sui novel foods

TASINI, FEDERICO (2016), «Edible insects». *L'Entomofagia nel quadro delle nuove regole europee sui novel foods = «Edible Insects»: Entomophagy in light of the new European Legislation on novel Foods*, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 32. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-709-9

STUDENT PAPER N. 31

L'insegnamento dello sci: responsabilità civile e assicurazione per danni ad allievi o a terzi

TAUFER FRANCESCO (2016), *L'insegnamento dello sci: responsabilità civile e assicurazione per danni ad allievi o a terzi*, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 31. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-697-9

STUDENT PAPER N. 30

Incrocio tra Contratti e Proprietà Intellettuale nella Innovazione Scientifica e tecnologica: il Modello del Consortium Agreement europeo

MAGGIOLO ANNA (2016), Incrocio tra Contratti e Proprietà Intellettuale nella Innovazione Scientifica e tecnologica: il Modello del Consortium Agreement europeo, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 30. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-696-2

STUDENT PAPER N. 29

La neutralità della rete

BIASIN, ELISABETTA (2016) La neutralità della rete, Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 29. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-693-1

STUDENT PAPER N. 28

Negotiation Bases and Application Perspectives of TTIP with Reference to Food Law

ACERBI, GIOVANNI (2016) Negotiation Bases and Application Perspectives of TTIP with Reference to Food Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 28. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-563-7

STUDENT PAPER N. 27

Privacy and Health Data: A Comparative analysis

FOGLIA, CAROLINA (2016) Privacy and Health Data: A Comparative analysis. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 27. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-546-0

STUDENT PAPER N. 26

Big Data: Privacy and Intellectual Property in a Comparative Perspective

SARTORE, FEDERICO (2016) Big Data: Privacy and Intellectual Property in a Comparative Perspective. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 26. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-534-7

STUDENT PAPER N. 25

Leggere (nel)la giurisprudenza: 53 sentenze inedite in tema di responsabilità civile nelle analisi di 53 annotatori in formazione = Reading (in) the caselaw: 53 unpublished judgments dealing with civil liability law analyzed with annotations and comments by 53 students during their civil law course

REMO ANDREOLLI, DALILA MACCIONI, ALBERTO MANTOVANI, CHIARA MARCHETTO, MARIASOLE MASCHIO, GIULIA MASSIMO, ALICE MATTEOTTI, MICHELE MAZZETTI, PIERA MIGNEMI, CHIARA MILANESE, GIACOMO MINGARDO, ANNA LAURA MOGETTA, AMEDEO MONTI, SARA MORANDI, BENEDETTA MUNARI, EDOARDO NADALINI, SERENA NANNI, VANIA ODORIZZI, ANTONIA PALOMBELLA, EMANUELE PASTORINO, JULIA PAU, TOMMASO PEDRAZZANI, PATRIZIA PEDRETTI, VERA PERRICONE, BEATRICE PEVARELLO, LARA PIASERE, MARTA PILOTTO, MARCO POLI, ANNA POLITO, CARLO ALBERTO PULEJO, SILVIA RICCAMBONI, ROBERTA RICCHIUTI, LORENZO RICCO, ELEONORA RIGHI, FRANCESCA RIGO, CHIARA ROMANO, ANTONIO ROSSI, ELEONORA ROTOLA, ALESSANDRO RUFFINI, DENISE SACCO, GIULIA SAKEZI, CHIARA SALATI, MATTEO SANTOMAURO, SILVIA SARTORI, ANGELA SETTE, BIANCA STELZER, GIORGIA TRENTINI, SILVIA TROVATO, GIULIA URBANIS, MARIA CRISTINA URBANO, NICOL VECCARO, VERONICA VILLOTTI, GIULIA VISENTINI, LETIZIA ZAVATTI, ELENA ZUCCHI (2016) *Leggere (nel)la giurisprudenza: 53 sentenze inedite in tema di responsabilità civile nelle analisi di 53 annotatori in formazione = Reading (in) the caselaw: 53 unpublished judgements dealing with civil liability law analyzed with annotations and comments by 53 students during their civil law course. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 25. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-626-9*

STUDENT PAPER N. 24

La digitalizzazione del prodotto difettoso: stampa 3D e responsabilità civile= The Digital Defective Product: 3D Product and Civil Liability

CAERAN, MIRCO (2016) *La digitalizzazione del prodotto difettoso: stampa 3D e responsabilità civile = The Digital Defective Product: 3D Product and Civil Liability. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 24. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-663-4*

STUDENT PAPER N. 23

La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities

CHIARUTTINI, MARIA OTTAVIA (2015) *La gestione della proprietà intellettuale nelle università australiane = Intellectual Property Management in Australian Universities. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 23. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-626-9*

STUDENT PAPER N. 22

Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio = Technology Transfer and

Regional Context: Old Problems and New Perspectives for a Sustainable Co-operation among University, Entrepreneurship and Local Economy

CALGARO, GIOVANNI (2013) Trasferimento tecnologico e realtà locale: vecchie problematiche e nuove prospettive per una collaborazione tra università, industria e territorio. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 22. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-525-5

STUDENT PAPER N. 21

La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata = Internet Service Provider liability and copyright infringement: a comparative analysis.

IMPERADORI, ROSSELLA (2014) *La responsabilità dell'Internet Service Provider per violazione del diritto d'autore: un'analisi comparata*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 21. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-572-9

STUDENT PAPER N. 20

Open innovation e patent: un'analisi comparata = Open innovation and patent: a comparative analysis

PONTI, STEFANIA (2014) *Open innovation e patent: un'analisi comparata*. The Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 20. Trento: Università degli Studi di Trento. ISBN 978-88-8443-573-6

STUDENT PAPER N. 19

La responsabilità civile nell'attività sciistica

CAPPA, MARISA (2014) *La responsabilità civile nell'attività sciistica = Ski accidents and civil liability*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series, 19. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N. 18

Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM

TEBANO, GIANLUIGI (2014) *Biodiversità agricola e tutela degli agricoltori dall'Hold-Up brevettuale: il caso degli OGM = Agricultural Biodiversity and the Protection of Farmers from patent Hold-Up: the case of GMOs*. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 18. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N. 17

Produrre e nutrirsi "bio": analisi comparata del diritto degli alimenti biologici

MAFFEI, STEPHANIE (2013) Produrre e nutrirsi "bio" : analisi comparata del diritto degli alimenti biologici = Producing and Eating "Bio": A Comparative Analysis of the Law of Organic Food. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 17. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N. 16

La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata = The Protection of Geographical Indications in the Wine Sector: A Comparative Analysis

SIMONI, CHIARA (2013) La tutela delle indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo: un'analisi comparata. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series; 16. Trento: Università degli Studi di Trento. Facoltà di Giurisprudenza.

STUDENT PAPER N. 15

Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano

SALVADORI, IVAN (2013) Regole di sicurezza e responsabilità civile nelle attività di mountain biking e downhill montano. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 15. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N. 14

Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare

VIZZIELLO, VIVIANA (2013) Plagio, proprietà intellettuale e musica: un'analisi interdisciplinare. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper; 14. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N.13

The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material

CARVALHO, ALEXANDRA (2013) The Intellectual Property and Open Source Approaches to Biological Material. Trento Law and Technology Research Group. Student Paper Series; 13. Trento: Università degli Studi di Trento.

STUDENT PAPER N.12

Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930)

TRESTINI, SILVIA (2012) Per un'archeologia del diritto alimentare: 54 anni di repertori giurisprudenziali sulla sicurezza e qualità del cibo (1876-1930) = For an Archeology of Food Law: 54 Years of Case Law Collections Concerning the Safety and Quality of Food (1876-1930). The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 12.

STUDENT PAPER N.11

Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo

PICCIN, CHIARA (2012) Dalle Alpi ai Pirenei: analisi comparata della responsabilità civile per attività turistico-ricreative legate alla montagna nel diritto italiano e spagnolo = From the Alps to the Pyrenees: Comparative Analysis of Civil Liability for Mountain Sport Activities in Italian and Spanish Law. The Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 11.

STUDENT PAPER N.10

Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore

PERRI, THOMAS (2012) Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore = Copynorms: Social Norms and Copyright. Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series, 10

STUDENT PAPER N. 9

L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco

ALESSANDRA ZUCCATO (2012), L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of Prosecco. Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 9)

STUDENT PAPER N.8

Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis.

RUGGERO, BROGI (2011) Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis. Trento: Università degli Studi di Trento (TrentoLawand Technology Research Group. Student Papers Series, 8)

STUDENT PAPER N.7

Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica

TREVISAN, ANDREA (2012) Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica = Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 7)

STUDENT PAPER N.6

Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici

SIRAGNA, SARA (2011) Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici = University-Enterprises Technological Transfer: Legal and Economic issues Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

STUDENT PAPER N.5

Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese

GUERRINI, SUSANNA (2011) Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese = Mediation & Medical Liability: The Italian "General Approach" Compared to the Specialized Model Applied in France. Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

STUDENT PAPER N.4

"Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia

PODETTI, MASSIMILIANO (2011) "Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia = Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy Trento: Università degli Studi di Trento. (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

STUDENT PAPER N.3

Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti

TOGNI, ENRICO (2011) Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United

STUDENT PAPER N.2

Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia

SARTOR, MARTA (2010) Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)

STUDENT PAPER N.1

Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito

RIZZETTO, FEDERICO (2010) Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)