

# AIDA

Annali italiani del diritto d'autore,  
della cultura e dello spettacolo

diretti da  
Luigi Carlo Ubertazzi



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

# INDICI

## I INDICE DELLA PARTE PRIMA

	<i>pag.</i>
<b>I. Il tema: Clausole generali e proprietà intellettuale</b>	
LUCA NIVARRA, <i>Clausole e principi generali nel diritto della proprietà intellettuale</i> .....	3
GIUSEPPE CARRARO, <i>Clausole generali, principi generali, dottrine generali. Un punto d'osservazione sulla proprietà intellettuale</i> .....	16
MICHELE BERTANI, <i>La concretizzazione delle clausole generali sulla proprietà intellettuale</i> .....	24
PHILIPP FABBIO, <i>Clausole generali e metodo delle Fallgruppen nel diritto della proprietà intellettuale</i> .....	52
LUCA PASSANANTE, <i>Il controllo della Cassazione sulle clausole generali in materia di proprietà intellettuale</i> .....	69
ROSARIA ROMANO, <i>Il giusto equilibrio tra diritti di proprietà intellettuale ed altri diritti fondamentali</i> .....	83
ANDREA OTTOLIA, <i>Le clausole generali organizzative dell'immateriale</i> .	94
MASSIMILIANO GRANIERI, <i>Clausole generali nei contratti di trasferimento di tecnologia tra norme eteronome di proprietà intellettuale e lex mercatoria</i> .....	115
FRANCESCO ASTONE, <i>Direttiva sul diritto di autore e clausole generali. A proposito della condivisione non autorizzata di contenuti</i> .....	141
CHIARA ALVISI, <i>L'equità dei compensi per lo sfruttamento delle risorse di proprietà intellettuale</i> .....	158
CARLOTTA DE MENECH, <i>Buona fede, obblighi di protezione e contratti di licenza di risorse di proprietà intellettuale</i> .....	178
RYU KOJIMA, <i>The Role of "Author's Right" in Landscape Design</i> .....	199
ANDREA GIUSSANI, <i>Abuso del processo e proprietà intellettuale: le prospettive di evoluzione del rapporto fra condanna generica e interesse al frazionamento della tutela</i> .....	210
NICOLÒ MUCIACCIA, <i>Ordine pubblico e clausola di moralità nella brevettazione di armi autonome e ad uso civile-militare</i> .....	222
GIUSEPPE ROSSI, <i>I marchi e i bassifondi dello spirito. Il divieto di registrazione dei segni contrari all'ordine pubblico o al buon costume</i> .....	251

MARKETA TRIMBLE, <i>The Public Policy Exception and International Intellectual Property Law</i> .....	268
<b>II. Altri studi</b>	
LUIGI CARLO UBERTAZZI, <i>La Siae e l'equo compenso ex art. 46-bis l.a. all'autore di opera cinematografica per la sua trasmissione televisiva</i> .....	294
SILVIA GUIZZARDI, <i>L'unité de l'art nell'ordinamento giuridico italiano. Le conseguenze della sentenza Cofemel</i> .....	312
CYRILL RIGAMONTI-ANTONIO BERNASCONI, <i>La fotografia non originale nel diritto d'autore svizzero e comparato</i> .....	329
CESARE GALLI, <i>La proprietà intellettuale nell'era digitale: la necessità di un quadro d'insieme</i> .....	346
ROSSELLA RIVARO, <i>I progetti dei lavori di ingegneria nel sistema del diritto d'autore</i> .....	363
STEFANO CARASSO, <i>Note sulla disciplina del nuovo pubblico registro delle opere cinematografiche e audiovisive</i> .....	389
TOMMASO MARIA UBERTAZZI, <i>Revoca del consenso al trattamento dei dati e risarcimento del danno</i> .....	431
CATERINA SGANGA, <i>Le mille sorti e progressive delle eccezioni nel diritto d'autore europeo tra obbligatorietà, discrezionalità e flessibilità</i> .....	449

## II

## INDICE DELLA PARTE SECONDA

	<i>pag.</i>
<b>1. Giurisprudenza pubblicata</b>	
organi internazionali e UE .....	509
giurisdizioni superiori italiane .....	608
giudici di merito .....	630
<b>2. Giurisprudenza solo massimata</b> .....	956
<b>3. Note segnalate</b>	
SIMONA LAVAGNINI, <i>La trasmissione di una fotografia come allegato di un messaggio di posta elettronica non costituisce comunicazio-</i>	

<i>ne al pubblico</i> (nota a Corte UE 28 ottobre 2020, in causa C-637/19, 1950).....	523
GIORGIO REMOTTI, <i>Sull'equità delle tariffe delle licenze collettive tra abusi di sfruttamento e di impedimento</i> (nota a Corte UE 25 novembre 2020, in causa C-372/19, 1952) .....	537
CRISTIANA SAPPA, <i>Framing, comunicazione al pubblico e archivi digitali tra controllo e circolazione libera dei contenuti</i> (nota a Corte UE 9 marzo 2021, in causa C-392/19, 1953) .....	560
LUDOVICO ANSELMINI, <i>La Corte di giustizia sul caso YouTube: avanti (ma non troppo) con giudizio</i> (nota a Corte UE 22 giugno 2021, in cause C-682/18 e C-683/18, 1955) .....	588
FRANCESCA BENATTI, <i>Le opere di street art tra diritto d'autore e diritto dei beni culturali</i> (nota a Cons. Stato 10 dicembre 2020 n. 7872, 1956) .....	612
FABRIZIO SANNA, <i>La tutela d'autore delle opere grafiche applicate a un prodotto industriale</i> (nota a Trib. Milano 13 luglio 2020, 1959) .....	644
CARMINE DI BENEDETTO, <i>I diritti connessi morali</i> (nota a Trib. Roma 30 luglio 2020, 1960).....	659
VITTORIO BACHELET, <i>Compensare, dissuadere, punire: a proposito del risarcimento del danno da violazione della proprietà intellettuale</i> (nota a Trib. Roma 30 luglio 2020, 1961) .....	685
CARLO EMANUELE MAYR, <i>Prolegomeni alla tutela del titolo e della testata</i> (nota a Trib. Milano 7 gennaio 2021, 1969) .....	768
GIULIA SCHNEIDER, <i>Accesso all'algoritmo pubblico sviluppato da terzi e questioni di riservatezza nell'amministrazione digitale</i> (nota a TAR Lazio 1 luglio 2020, 1984) .....	920
<b>4. Repertori sistematici</b>	
I - diritto d'autore.....	986
II - diritti connessi.....	1028
III - diritti della personalità economica .....	1041
IV - segni distintivi .....	1046
V - pubblicità .....	1050
VI - impresa e azienda.....	1051
VII - concorrenza .....	1053
VIII - beni culturali .....	1063

III  
 INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA PUBBLICATA  
 ORGANI INTERNAZIONALI E COMUNITARI

<b>1948</b>	Corte EDU 8 dicembre 2020, caso n. 47384/07 .....	509
<b>1949</b>	Corte UE 8 settembre 2020, in causa C-265/19 .....	517
<b>1950</b>	Corte UE 28 ottobre 2020, in causa C-637/19 .....	523
<b>1951</b>	Corte UE 18 novembre 2020, in causa C-147/19 .....	531
<b>1952</b>	Corte UE 25 novembre 2020, in causa C-372/19 .....	536
<b>1953</b>	Corte UE 9 marzo 2021, in causa C-392/19.....	560
<b>1954</b>	Corte UE 17 giugno 2021, in causa C-579/19.....	580
<b>1955</b>	Corte UE 22 giugno 2021, in cause C-682/18 e C-683/18.....	587

GIURISDIZIONI SUPERIORI ITALIANE

<b>1956</b>	Cons. Stato 10 dicembre 2020 n. 7872 .....	608
<b>1957</b>	Cass. Sezione I civile 19 maggio 2021 n. 17565.....	625

GIUDICI DI MERITO ITALIANI

<b>1958</b>	Trib. Bolzano, Sezione specializzata in materia di impresa, 18 giugno 2020.....	630
<b>1959</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 13 luglio 2020.....	641
<b>1960</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 30 luglio 2020.....	657
<b>1961</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 30 luglio 2020.....	682
<b>1962</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 2 ottobre 2020 .....	694
<b>1963</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 9 ottobre 2020 .....	700
<b>1964</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 6 novembre 2020 .....	707
<b>1965</b>	Trib. Torino, Sezione specializzata in materia di impresa, 16 novembre 2020 .....	714

1070

INDICI

<b>1966</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 3 dicembre 2020 .....	725
<b>1967</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 9 dicembre 2020 .....	736
<b>1968</b>	Trib. Monza, 15 dicembre 2020 .....	758
<b>1969</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 7 gennaio 2021 .....	766
<b>1970</b>	Trib. Roma, 15 gennaio 2021 .....	773
<b>1971</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 19 gennaio 2021 .....	780
<b>1972</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 22 gennaio 2021 .....	786
<b>1973</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 2 marzo 2021 .....	811
<b>1974</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 24 febbraio 2021 .....	821
<b>1975</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 11 marzo 2021 .....	825
<b>1976</b>	App. Milano, 19 marzo 2021 .....	831
<b>1977</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 6 aprile 2021 .....	839
<b>1978</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 16 aprile 2021 .....	845
<b>1979</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 19 aprile 2021 .....	858
<b>1980</b>	App. Venezia, Sezione specializzata in materia di impresa, 21 aprile 2021 .....	868
<b>1981</b>	App. Torino, Sezione specializzata in materia di impresa, 6 maggio 2021 .....	878
<b>1982</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 22 giugno 2021 .....	891

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

<b>1983</b>	TAR Piemonte, Sezione II, 7 gennaio 2020 .....	906
<b>1984</b>	TAR Lazio, Sezione III, 1 luglio 2020 .....	909
<b>1985</b>	TAR Lazio, Sezione III, 12 aprile 2021 .....	934

IV  
 INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA  
 SOLO MASSIMATA

<b>II.432</b>	Corte UE 9 dicembre 2020, in causa C-132/19.....	956
<b>II.433</b>	Corte UE 3 giugno 2021, in causa C-762/19 .....	956
<b>II.434</b>	Cass. Sezione VI civile, ordinanza 9 novembre 2020 n. 25080 .....	957
<b>II.435</b>	Cass. Sezione I civile, 25 gennaio 2021 n. 1469 .....	958
<b>II.436</b>	Cass. Sezione I civile, ordinanza 16 giugno 2021 n. 17217 .....	958
<b>II.437</b>	Trib. Firenze, Sezione specializzata in materia di impresa, ord. 2 gennaio 2019 .....	958
<b>II.438</b>	Trib. Cagliari, Sezione specializzata in materia di impre- sa, ordinanza 19 dicembre 2019 .....	959
<b>II.439</b>	Trib. Milano, Sezione VII civile, 7 gennaio 2020 .....	959
<b>II.440</b>	Trib. Bolzano, Sezione specializzata in materia di impre- sa, 13 gennaio 2020.....	959
<b>II.441</b>	Trib. Torino, Sezione specializzata in materia di impresa, 2 marzo 2020 .....	960
<b>II.442</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 7 maggio 2020.....	960
<b>II.443</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 7 maggio 2020.....	960
<b>II.444</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 11 maggio 2020 .....	960
<b>II.445</b>	Trib. Venezia, Sezione specializzata in materia di impre- sa, 20 maggio 2020 .....	961
<b>II.446</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza 1 giugno 2020.....	962
<b>II.447</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 3 giugno 2020 .....	962
<b>II.448</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 26 giugno 2020 .....	963
<b>II.449</b>	App. Lecce, Sezione specializzata in materia di impresa, 30 giugno 2020 .....	963
<b>II.450</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 1 luglio 2020 .....	963
<b>II.451</b>	App. Brescia, Sezione specializzata in materia di impresa, 1 luglio 2020 .....	964

<b>II.452</b>	Trib. Ancona, 7 luglio 2020 .....	965
<b>II.453</b>	Trib. Bolzano, Sezione specializzata in materia di impresa, 9 luglio 2020 .....	965
<b>II.454</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza 10 luglio 2020 .....	965
<b>II.455</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 15 luglio 2020.....	966
<b>II.456</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 15 luglio 2020.....	966
<b>II.457</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 8 luglio 2020.....	966
<b>II.458</b>	App. Catania, Sezione specializzata in materia di impresa, 20 luglio 2020.....	967
<b>II.459</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 28 agosto 2020 .....	967
<b>II.460</b>	App. Napoli, Sezione specializzata in materia di impresa, 23 settembre 2020 .....	967
<b>II.461</b>	Trib. Bologna, Sezione specializzata in materia di impresa, 24 settembre 2020 .....	967
<b>II.462</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 29 settembre 2020 .....	968
<b>II.463</b>	App. Roma, Sezione I civile, 3 ottobre 2020 .....	968
<b>II.464</b>	Trib. Firenze, Sezione II civile, 5 ottobre 2020 .....	968
<b>II.465</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, ordinanza 16 ottobre 2020.....	968
<b>II.466</b>	Trib. Bari, Sezione specializzata in materia di impresa, 27 ottobre 2020 .....	969
<b>II.467</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 2 novembre 2020 .....	969
<b>II.468</b>	App. Genova, Sezione specializzata in materia di impresa, 11 novembre 2020 .....	970
<b>II.469</b>	Trib. Milano, Sezione X civile, 12 novembre 2020 .....	970
<b>II.470</b>	Trib. Palermo, Sezione specializzata in materia di impresa, 12 novembre 2020.....	971
<b>II.471</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 23 dicembre 2020 .....	971
<b>II.472</b>	Trib. Torino, Sezione specializzata in materia di impresa, 29 dicembre 2020 .....	971
<b>II.473</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 5 gennaio 2021 .....	972

<b>II.474</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 7 gennaio 2021 .....	972
<b>II.475</b>	Trib. Firenze, Sezione specializzata in materia di impresa, 7 gennaio 2021 .....	973
<b>II.476</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 19 gennaio 2021 .....	973
<b>II.477</b>	Trib. Bologna, Sezione specializzata in materia di impresa, 20 gennaio 2021 .....	973
<b>II.478</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 25 gennaio 2021 .....	974
<b>II.479</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 25 gennaio 2021 .....	975
<b>II.480</b>	Trib. Cagliari, 28 gennaio 2021 .....	975
<b>II.481</b>	Trib. Milano, Sezione I civile, 2 febbraio 2021 .....	975
<b>II.482</b>	Trib. Palermo, Sezione specializzata in materia di impresa, 8 febbraio 2021 .....	976
<b>II.483</b>	Trib. Bologna, Sezione specializzata in materia di impresa, 11 febbraio 2021 .....	976
<b>II.484</b>	Trib. Roma Sezione specializzata in materia di impresa, 11 febbraio 2021 .....	976
<b>II.485</b>	Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 15 febbraio 2021 .....	977
<b>II.486</b>	Trib. Palermo, Sezione specializzata in materia di impresa, 26 febbraio 2021 .....	977
<b>II.487</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 2 marzo 2021 .....	977
<b>II.488</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 16 marzo 2021 .....	978
<b>II.489</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 17 marzo 2021 .....	978
<b>II.490</b>	Trib. Bologna, Sezione specializzata in materia di impresa, 22 marzo 2021 .....	978
<b>II.491</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 23 marzo 2021 .....	979
<b>II.492</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 8 aprile 2021 .....	980
<b>II.493</b>	App. Milano, Sezione specializzata in materia di impresa, 20 aprile 2021 .....	980
<b>II.494</b>	Trib. Roma, Sezione diritti della persona e immigrazione civile, 10 maggio 2021 .....	980

<b>II.495</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 13 maggio 2021.....	981
<b>II.496</b>	App. Genova, Sezione II civile, 24 maggio 2021 .....	981
<b>II.497</b>	Trib. Roma, Sezione specializzata in materia di impresa, 28 maggio 2021.....	981
<b>II.498</b>	TAR Lazio, 11 settembre 2020 .....	982
<b>II.499</b>	TAR Lazio, Sezione II-quater, 7 ottobre 2020 .....	982
<b>II.500</b>	TAR Lazio, Sezione III-ter, 29 gennaio 2021 .....	983
<b>II.501</b>	TAR Lazio, Sezione II-quater, 1 marzo 2021 .....	984
<b>II.502</b>	TAR Lazio, Sezione II-quater, 11 marzo 2021 .....	984
<b>II.503</b>	TAR Lazio, Sezione III-ter, 12 aprile 2021 .....	984

## V

## INDICE DELLE PARTI DELLA GIURISPRUDENZA PUBBLICATA

*(I numeri sono quelli attribuiti alle pronunce da questa Rivista)*

24Ore Cultura s.r.l., 1907	1952
A, 1969	Bernas, 1963
A. Buccellati, 1979	Bertolotti, 1982
Adelmo Fornaciari, 1976	Bonino s.p.a., 1965
AGCom, 1985	Bonissi, 1968
Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), 1951	Bonomo, 1982
AsDAC, 19481Media s.r.l., 1890	Bresi s.p.a., 1962
Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, 1951	Buccellati Holding Italia s.p.a., 1979
Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación SA, 1951	Bugatti, 1982
Attorney General, 1949	BY, 1950
Avvenire Nuova Editoriale Italiana s.p.a., 1985	Campagna, 1975
Baby Angel Music s.r.l., 1976	Cardinale, 1967
Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM),	Cardinali, 1967
	Carpani, 1976
	Castoldi, 1982
	Meini Cesare, Leonardo e Lorenzo, 1979
	Chiomento, 1967
	Cineca - Consorzio Interuniversitario, 1984

Class Editori s.p.a., 1985  
 Coin s.p.a., 1959  
 Comune di Avigliana, 1956,  
 1983  
 Corriere dello Sport s.r.l., 1985  
 Curto, 1963  
 CX, 1950  
 Cyando AG, 1955  
 D'Agay e Société Anonyme Edi-  
 tions Gallimard, 1977  
 Dailymotion S.A., 1972  
 De Bosio, 1957  
 De Pasquale, 1960  
 Editoriale Libero s.r.l., 1985  
 Editrice Fiesta s.r.l., 1962  
 Edizioni Curci s.r.l., 1982  
 Elsevier Inc., 1955  
 Fallimento Adglamor s.r.l., 1963  
 Faso Film s.r.l., 1964  
 Fasolini, 1963  
 Fassi, 1963  
 Federazione Italiana Editori  
 Giornali Fieg, 1985  
 Filopanti, 1963  
 Fondazione Giorgio e Isa De  
 Chirico, 1970  
 Franco Cosimo Panini Editore  
 s.p.a., 1973  
 Frank Peterson, 1955  
 G.A.D.C.O. General Advertising  
 Dealers Company s.r.l.,  
 1960  
 G.P., 1959  
 GEDI Gruppo Editoriale s.p.a.,  
 1971  
 Giunti Editore S.p.A., 1977  
 Google Germany GmbH, 1955  
 Google LLC, 1955  
 Gruppo editoriale l'Espresso  
 s.p.a., 1961  
 Hotel Jagdhof des Pirhofer Mar-  
 tin & Co. KG, 1958  
 Il Tempo s.r.l., 1985  
 Independent photo agency s.r.l.,  
 1961  
 Ireland, 1949  
 Italia Oggi Editore s.r.l., 1985  
 Italia Oggi Editori Erinne s.r.l.,  
 1985  
 L.M.F., 1959  
 L'Eco della Stampa s.p.a., 1985  
 La Prealpina s.r.l., 1985  
 Lainati, 1970  
 Lanzotti, 1963  
 Lauro, 1960  
 Lenovo Italy s.r.l., 1968  
 Leone Editore s.r.l., 1973  
 Little Italy s.r.l., 1975  
 Lu. Al., 1984  
 Lucini&Lucini Communications  
 Ltd, 1963  
 Lucini&Lucini Holdings s.r.l.,  
 1963  
 M.G.R., 1959  
 Maggistro, 1973  
 Mazzotta, 1970  
 Mediaplus s.r.l., 1964  
 Meini Gioielli s.n.c., 1979  
 Mileston media s.r.l., 1961  
 Minister for Jobs, Enterprise and  
 Innovation, 1949  
 Ministero dell'Istruzione, 1984  
 Mircom International Content  
 Management & Consulting  
 (M.I.C.M.) Limited, 1954  
 Mollyville Publishing s.r.l., 1976  
 Pa. So., 1956  
 Paramount Home Entertainment  
 Italy s.r.l., 1978  
 Paramount Pictures Corporation,  
 1978  
 Pecorelli, 1980  
 Phonographic Performance (Ire-  
 land) Ltd, 1949

- Piccinelli, 1976  
 Porciunculas, 1963  
 Premi, 1963  
 Proximus NV, 1954  
 R.S.L., 1959  
 Rai – Radiotelevisione Italiana s.p.a., 1964  
 Rai Cinema s.p.a., 1964  
 RCS Mediagroup s.p.a., 1957, 1969  
 Recchioni, 1967  
 Recorded Artists Actors Performers Ltd, 1949  
 Repubblica di Moldavia, 1948  
 Reti Televisive Italiane s.p.a., 1971, 1972  
 Rigamonti, 1967  
 Saccani, 1963  
 Scarlet Belgium NV, 1954  
 Sergio Bonelli Editore s.p.a., 1967  
 Settanni, 1961  
 Shockdom s.r.l., 1967  
 Siae, 1966  
 Silvestri, 1967  
 Skira Editore s.p.a., 1974  
 Sky Italia s.r.l., 1966, 1978  
 Slow Cinema s.r.l., 1981  
 Société pour l'œuvre et la mémoire d'Antoine de Saint Exupéry, 1977  
 Soldati, 1983  
 Stiftung Preußischer Kulturbesitz, 1953  
 Succession Saint Exupéry, 1977  
 Sudoku s.r.l., 1962  
 Sugar s.r.l., 1976  
 Telenet BVBA, 1954  
 Telerobot s.p.a., 1965  
 Teto Yoshi Music Italia di Soave Valerio & C. s.a.s., 1982  
 Toraldo, 1967  
 Tricarico, 1976  
 Turchetto, 1980  
 Unidis Jolly Film s.r.l., 1978  
 Universal Music Italia s.r.l., 1976  
 Universal Pictures International Italy s.r.l., 1978  
 Valiani, 1974  
 VG Bild-Kunst, 1953  
 VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Sendeunternehmen und Presseverlegern mbH, 1958  
 Virgilio Productions LLC, 1981  
 Weareone.World BVBA, 1952  
 Wecandance NV, 1952  
 YouTube Inc., 1955  
 YouTube LLC, 1955  
 Zuccherò & Fornaciari Music s.r.l., 1976  
 Zucchini, 1976

VI  
 INDICE DELLE PARTI DELLA GIURISPRUDENZA  
 SOLO MASSIMATA

*(I numeri sono quelli attribuiti alle pronunce da questa Rivista)*

- 3D Editori s.r.l.s., II.486  
 A, II.485  
 A.G.A. di Rosalia Lacatena,  
 II.466  
 A.M. Tollis, II.481  
 Accordo Edizioni Musicali s.r.l.,  
 II.467  
 Acert Italy s.r.l., II.499  
 ADEA Service s.r.l., II.451  
 Adelphi Edizioni s.p.a., II.443  
 AGCom, II.498, II.500, II.503  
 Agnoletto s.r.l., II.450  
 Agnoletto, II.450  
 Aldo Liverani s.a.s. di Liverani  
 Aldo & C., II.492  
 Aliante Edizioni di Alfredo  
 Maiullari, II.466  
 Ambesi, II.481  
 Ambrosino, II.481  
 Animoka Studios s.r.l., II.502  
 Arcidiacono, II.442  
 Arnoldo Mondadori Editore  
 s.p.a., II.436  
 Arte Duchamp di Angela Grilletti  
 & C. s.a.s., II.438  
 Artefashion Mexico di Peressini  
 Garza Angelina Margarita,  
 II.474  
 ASMI – Associazione Supporti e  
 Sistemi Multimediali Italia-  
 na, II.499  
 Associazione 50&più, II.457  
 Associazione culturale compa-  
 gnia teatropersona, II.495  
 Associazione Proloco Sciacca  
 Terme, II.470
- Associazione Tattoo Clean Ink,  
 II.448  
 Assosomm Agenzia Italiana delle  
 Agenzie per il Lavoro,  
 II.465  
 Avvenire Nuova Editoriale Italia-  
 na s.p.a., II.498  
 B, II.485  
 Barbarulo, II.457  
 Barrisol Normalu s.a.s., II.485  
 Bellino Rosso, II.493  
 Benatti, II.483  
 Bergonzi, II.435  
 Biancheri, II.468  
 Bianchi, II.496  
 Boeri, II.450  
 Brioni s.p.a., II.437  
 Brusco, II.494  
 Bureau européen des unions de  
 consommateurs (BEUC),  
 II.432223 s.a.s. di MB  
 Management & Entertain-  
 ment s.r.l. e C., II.344  
 Business Competence s.r.l.,  
 II.475  
 C More Entertainment AB,  
 II.432  
 C. Testa, II.479  
 C., II.436  
 C.E. s.p.a., II.491  
 Canaria di A. Guzzo e C. s.a.s.,  
 II.484  
 Carino, II.490  
 Carisi, II.439  
 Casa Editrice Chiarelettere s.r.l.,  
 II.452

- Amorosi, II.452  
 Castro Perez, II.497  
 Cat Balou s.p.a., II.497  
 Ceramica Cielo s.p.a., II.446  
 Ciao s.r.l., II.454  
 Cini, II.464  
 Class Editori s.p.a., II.498  
 Co.re.com Lazio, II.500  
 Colombo, II.458  
 Comitato Firenze Promuove,  
 II.471  
 Comitato Regionale per le Co-  
 municazioni, II.500  
 Commissione europea, II.432  
 Comune di Favignana, II.486  
 Comune di Polignano a Mare,  
 II.466  
 Comune di Ulassai, II.480  
 Consiglio regionale del Lazio,  
 II.500  
 Controversy Music Inc., II.435  
 Corriere dello Sport s.r.l., II.498  
 Curia, II.462  
 CV-Online Latvia SIA, II.433  
 De Tomaso, II.449  
 Del Fiol, II.481  
 Dell s.p.a., II.499  
 Demetz Art Studio s.r.l., II.475  
 Demetz, II.475  
 Depeche s.r.l., II.439  
 Deriva Production s.r.l., II.489  
 Di Grottole, II.496  
 Di Meo, II.465  
 Di Salvo, II.486  
 Diana S.r.l., II.478  
 Dima Italia s.r.l., II.461  
 Distribuzione Junior s.r.l., II.454  
 Doclab s.r.l., II.484  
 Dolce, II.463  
 Drescher, II.440  
 Editoriale 50&più s.r.l., II.457  
 EMI Music Publishing Italia  
 s.r.l., II.479  
 Eredità giacente di Prince Rogers  
 Nelson, II.435  
 Eritrei, II.488  
 Espinet s.p.a., II.499  
 European Film Agency Directors  
 – EFADs, II.432  
 F. Testa, II.479  
 Facebook Inc., II.473  
 Facebook Ireland Limited, II.473  
 Facebook Italy s.r.l., II.473  
 Federazione Italiana Editori  
 Giornali, II.498  
 Felmay s.r.l., II.441  
 Ferrari, II.451  
 FIEG, II.503  
 Filmauro s.r.l., II.500  
 Fondazione Lucio Fontana,  
 II.493  
 Fondazione Stazione dell'Arte,  
 II.480  
 Forte, II.447  
 Franton Music s.r.l., II.456  
 Futuris s.r.l.s., II.470  
 Garavini, II.443  
 Gestipharm s.r.l., II.467  
 Gluck 50 s.r.l., II.501  
 Groupe Canal+ S.A., II.432  
 Guerra, II.459  
 Gustapane, II.452  
 Hammersmith s.r.l., II.497  
 Highlight of the games s.r.l.,  
 II.445  
 HP Italia s.r.l., II.499  
 IDM Südtirol Sonderbetrieb,  
 II.453  
 Il Messaggero s.p.a., II.476  
 Il Sole 24 ore s.p.a., II.503  
 Imagoeconomica di Sorrentino  
 Carlo, II.476  
 Italia Oggi Editori Erinne s.r.l.,  
 II.498

Jemmi, II.454  
 Jepssen Technology s.r.l., II.482  
 Jobs s.r.l., II.477  
 L.R., II.491  
 L'Eco della Stampa s.p.a.,  
 II.498, II.503  
 Lai, II.480  
 Lamm s.r.l., II.454  
 Leo e A. Vidone, II.470  
 Libardo, II.461  
 Linee infinite di Marco Ferrari  
 s.n.c., II.442  
 Lionsgate Entertainment, II.459  
 Lu.Ma., II.460  
 Lunamatic s.r.l., II.445  
 M-I Stadio s.r.l., II.444  
 M. Tollis, II.481  
 M.A. Pronesti, II.496  
 M.A.D. Entertainment s.p.a.,  
 II.502  
 M.V., II.491  
 Maestrelli, II.464  
 Mahili s.r.l., II.470  
 Malatesta, II.487  
 Mannocchia, II.490  
 Mare s.r.l., II.477  
 Mariani, II.471  
 Media Support s.r.l., II.499  
 Medusa Film s.p.a., II.455  
 Melon SIA, II.433  
 Messe, II.449  
 Ministero dei beni e delle attività  
 culturali e del turismo,  
 II.437, II.499, II.501,  
 II.502  
 Mofra Shoes s.r.l., II.478  
 Moggi, II.464  
 Monrif Net s.r.l., II.464  
 Myfair s.r.l., II.497  
 N2 s.r.l., II.478  
 Next Italy s.r.l., II.439  
 Nic s.r.l., II.446  
 Novomatic AG, II.445  
 Nuzzo, II.481  
 Paolo Costa & Co. S.n.c., II.475  
 Park Hotel di Castelli Cinzia &  
 C. s.a.s., II.494  
 Pasimeni, II.449  
 Pink Pampas di Giulia Patuelli,  
 II.474  
 Pisu, II.438  
 Poligrafici Editoriale s.p.a.,  
 II.464  
 RAI - Radio Televisione Italiana  
 s.p.a., II.447, II.465, II.471,  
 II.487  
 Rai Cinema s.p.a., II.484  
 Rai Com s.p.a., II.465  
 Rai s.p.a., II.468  
 RCS Mediagroup s.p.a., II.492  
 Recupero, II.459  
 Regione Lazio, II.500  
 Repubblica francese, II.432  
 Ressa Mario Pasquale, II.466  
 Ri. S.r.l. in liquidazione, II.460  
 Ricci, II.443, II.463  
 Rimutaka Music Publishing,  
 II.459  
 Rivera, II.444  
 Rizzoli Corriere della Sera Me-  
 diagroup s.p.a., II.481  
 Rocchi, II.483  
 Rodeo Drive s.r.l., II.455  
 RTI Reti televisive italiane s.p.a.,  
 II.463  
 Ruatti, II.440  
 S. Pronesti, II.496  
 S., II.436  
 Sabbatini, II.488  
 Salerno, II.495  
 Samsung Electronics Italia s.p.a.,  
 II.499  
 Scanu, II.469  
 Sciarrino, II.441

- Selphie Project s.r.l., II.467  
 Serendipity s.r.l., II.478  
 Serra, II.495  
 Seven More s.r.l., II.465  
 SIAE, II.482, II.499  
 Solorap s.r.l., II.469  
 Spotonway s.r.l., II.462  
 Storia in Rete Editoriale s.r.l.,  
 II.456  
 Storia in Rete s.r.l., II.456  
 Studi d'Arte Cave Michelangelo  
 s.r.l., II.437  
 Studio Bozzetto & Co. S.r.l.,  
 II.502  
 Studio Campedelli s.r.l., II.502  
 Tarducci, II.469  
 Tecnica Group s.p.a., II.478  
 Tecnotelai s.r.l., II.483  
 Telecolor International T.C.I.  
 s.r.l. in liquidazione, II.458  
 Telpress Italia s.r.l., II.503  
 Tima s.r.l.s., II.494  
 Tollis, II.481  
 Toraldo, II.472  
 Ulivelli, II.464  
 Unidis Jolly Film s.r.l., II.458  
 Union des producteurs de ciné-  
 ma (UPC), II.432  
 Universal Music Italia s.r.l.,  
 II.448, II.469  
 Verdi, II.472  
 Vicino, II.435  
 Videa s.p.a., II.502  
 Vie Musicali s.r.l., II.489  
 Warner Chappel Musica Italiana  
 s.r.l., II.435  
 Willeit, II.453  
 Zampaglione, II.489  
 Zeronove25 s.n.c., II.470  
 Zorat, II.481

## INDICE GENERALE

	<i>pag.</i>	
Collaboratori .....	VII	
Avvertenze .....	X	
Parte prima		
I Il tema:.....	1	
II Altri studi .....	294	
Parte seconda .....		507
Giurisprudenza.....	509	
organi internazionali e UE .....	509	
giurisdizioni superiori italiane .....	608	
giudici di merito italiani .....	630	
giurisprudenza amministrativa .....	906	
Giurisprudenza solo massimata .....	956	
Repertorio .....	986	
Indici		
Indice della parte prima .....	1067	
Indice della parte seconda.....	1068	
Indice cronologico della giurisprudenza pubblicata.....	1070	
Indice cronologico della giurisprudenza solo massimata .....	1072	
Indice delle parti della giurisprudenza pubblicata.....	1075	
Indice delle parti della giurisprudenza solo massimata .....	1078	

## Le mille sorti e progressive delle eccezioni nel diritto d'autore europeo tra obbligatorietà, discrezionalità e flessibilità (\*)

INDICE SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Di complessità in frammentazione: eccezioni e limitazioni nel diritto d'autore UE prima della Direttiva CDSM. – 3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di eccezioni: questioni risolte, create ed eluse. – 3.1. Le questioni interpretative risolte. – 3.2. Dilemmi esegetici creati ex novo. – 3.3. Questioni interpretative (volutamente?) eluse. – 4. Verso la Direttiva CDSM: i sommersi e i salvati. – 5. Le nuove eccezioni introdotte dalla Direttiva CDSM. – 6. Diritti fondamentali e flessibilità nell'applicazione delle eccezioni: un'esonazione da contenere? Le decisioni della Grande Sezione in *Funke Medien*, *Pelham* e *Spiegel Online*. – 6.1. I fatti e le Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar. – 6.2. Le decisioni della Grande Sezione. – 6.3. Dove stiamo andando? – 7. Il recepimento delle eccezioni previste dalla Direttiva CDSM, con particolare riguardo alle soluzioni italiane. – 8. Spigolature di ricostruzione critica e sistematica. – 9. Alcune conclusioni.

1. Quello del bilanciamento interno al diritto d'autore nazionale ed europeo rappresenta uno dei temi centrali e privilegiati tanto delle analisi classiche dottrinali quanto degli studi di politica del diritto più recenti. All'indagine sulla natura dogmatica delle cosiddette "utilizzazioni libere", poi ridenominate "eccezioni", (1) e sulla loro flessibilità si sono affiancati nel tempo, particolarmente con l'avvento della digitalizzazione, contributi dedicati alla scarsa adattabilità di liste chiuse ed esaustive di norme derogatorie ai veloci sviluppi della tecnica ed alla conseguente incapacità del rigido sistema legislativo, peraltro liberamente disponibile e quindi derogabile contrattualmente dalle parti, a rispondere alle istanze di contenimento tra diritto d'autore, diritti fondamentali ed interesse pubblico. (2) Con la dissoluzione dei

---

(\*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) Si pensi, ad esempio, alle considerazioni di AUTERI, *Diritto d'autore*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, 607, in linea con FABIANI, *La nozione di uso personale nel diritto d'autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, in *IDA* 1955, 161, che sostiene come non sia netta la distinzione tra limiti intrinseci ed ontologicamente correlati al contenuto della privativa autorale e limitazioni imposte dalla legge in funzione di bilanciamento con interessi generali confliggenti. Sostiene invece che l'atecnicità e genericità nell'utilizzo dei lessemi "eccezioni e limitazioni" sconsigli di distinguere tra le due categorie e fondare su tale dicotomia divergenti interpretazioni della normativa eurounitaria BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 228 ss. Per una panoramica delle tesi dottrinali storicamente succedutesi sul punto, si veda la ricostruzione operata da VALENTI, *Introduzione a Capo V - Eccezioni e limitazioni*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2007, 190 ss.

(2) La letteratura sul punto è più che cospicua, tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale. Tra i contributi più recenti nel settore del diritto d'autore UE, possono menzionarsi GEIGER, *Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law*, in *IIC* 2008, 178 ss.; HUGENHOLTZ e SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, su *ssrn.com*; VAN ECHOU, *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International, L'Aja, 2009, 298 ss; PIOTRAUT, *Limitations and Exceptions: Towards a European "Fair Use" Doctrine?*, in OHLY (a cura di),

confini nazionali, conseguente all'affermazione di Internet quale principale strumento di diffusione lecita e non delle opere dell'ingegno, sono venuti assumendo sempre maggiore rilevanza l'impatto negativo che la natura opzionale e la territorialità di eccezioni e limitazioni hanno sulla certezza del diritto, nonché gli effetti deterrenti che la frammentazione del mercato interno ad essi conseguente ha su utilizzi e mercati transnazionali delle opere. (3) L'armonizzazione europea intervenuta a tentare di correggere tali distorsioni è stata a sua volta oggetto di aspre critiche, dirette contro la confusione ingenerata dalle sue vaghe e contraddittorie definizioni e dalla scarsa cura prestata nella determinazione del rapporto tra concetti e definizioni offerte da *leges generales* quali la Direttiva InfoSoc (4) e *leges speciales* che in ambiti più specifici, vuoi per oggetto vuoi per interesse confliggente tutelato, hanno introdotto nuove eccezioni ora generali, ora limitate a specifiche tipologie di opere. (5)

---

*Common Principles of European Intellectual Property Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 151 ss.; HILTY e KOKLU, *Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstones for a Future-Proof Legal Framework in EU*, in STAMATOUDI (a cura di), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016, 283 ss.; BURRELL e COLEMAN, *Copyright Exceptions: the Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; PEUKERT, *Intellectual Property as an End in Itself?*, in *EIPR* 2011, 67 ss. In Italia RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in questa *Rivista* 1996, 115 ss.; ID., *IP Limitations and Exceptions and Competition: a Normative Assessment*, ivi 2013, 306 ss., che sottolinea come il difettoso nuovo bilanciamento interno alla disciplina sia "pietrificato" in un testo normativo, quale la Direttiva InfoSoc, difficile se non impossibile da modificare; PENNISI, *Gli utilizzatori*, ivi 2005, 181; ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, ivi, 569 ss.; AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, ivi 2007, 155 ss.; MEZZANOTTE, *Le "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore UE (parte II: Le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)*, ivi 2017, 300 ss.; SPOLIDORO, *Le eccezioni e limitazioni*, ivi 2007, 179 ss.; MUSSO, *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella Direttiva UE n.790/2019*, in *Dir. inf.* 2020, 411 ss. Per più ampia analisi v. il contributo monografico di OTTOLIA, *The public interest and intellectual property models*, Giappichelli, Torino, 2010 e, su simili linee, SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2013.

(3) Al tema si dedica ampiamente GUIBAULT, cit., 55-56.

(4) Direttiva 01/29/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, GUCE L-167/10 del 22 giugno 2001[InfoSoc]. In dottrina italiana, alla Direttiva sono dedicati interi lavori monografici come ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n.633/1941 dopo l'attuazione della Direttiva n.2001/29/CE*, Giappichelli, Torino, 2003; CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore aggiornato con la direttiva 2001/29/CEE e con il D. lgs. 68/2003*, Giuffrè, Milano, 2004; SENA, *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, 2003. Tra i focus in rivista, v. tra tutti i contributi su questa *Rivista* 2002, nonché su *NLCC* 2003, 827 ss.

(5) Di queste critiche si trova immediato e risalente esempio in VAN BECHOU, *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International, L'Aja, 2009, 94 ss. Simili considerazioni sono presenti anche in JANSSENS, *The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Territory of Literary, Musical and Artistic Creation*, in DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2009, 331 ss. Su queste osservazioni fondano la propria proposta di radicale rivisitazione del costruito della Direttiva InfoSoc HILTY e KOKLU, cit., 290 ss. V. inoltre RICOLFI, *Towards an EU Copyright Code? A Conceptual Framework*, in STAMATOUDI (a cura di), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Kluwer Law International, L'Aja, 2016, 447 ss.

A dispetto del vivido e prolifico dibattito dottrinale, il legislatore europeo non ha dato reale rilevanza alla questione se non in tempi relativamente recenti, dopo anni di sforzi diretti quasi esclusivamente verso l'armonizzazione dei diritti esclusivi e degli strumenti di tutela. Accompagnati da un numero cospicuo di importanti decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) che hanno fornito interpretazioni sistematiche ed evolutive delle disposizioni UE vigenti in materia, nell'ultima decade una serie di lavori preparatori hanno dedicato ampio spazio al tema, (6) seguiti da direttive e regolamenti dedicati in via esclusiva all'introduzione di eccezioni, dichiarate, a differenza che in passato, di obbligatoria adozione da parte degli Stati Membri. Il 2019 è stato poi segnato da due fondamentali accadimenti, distanti poco più di quattro mesi uno dall'altro: a marzo è stata la volta dell'approvazione della Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (Direttiva CDSM), (7) che per prima ha introdotto eccezioni generali non solo obbligatorie, ma anche in gran parte indisponibili e quindi inderogabili per contratto, trasformando inoltre eccezioni opzionali previste dall'art. 5 InfoSoc in disposizioni obbligatorie per gli Stati Membri, seppur limitatamente al ristretto ambito del monitoraggio e filtraggio dei contenuti caricati dagli utenti su piattaforme di condivisione online; a luglio sono poi venute le tre storiche decisioni della Grande Sezione della CGUE (*Funke Medien, Pelham e Spiegel Online*) sul rapporto tra diritto d'autore e diritti fondamentali, a cui si devono chiarimenti essenziali sulla flessibilità che questi ultimi offrono a legislatori e corti nazionali nell'interpretazione ed applicazione di eccezioni e limitazioni, definite dalla stessa Corte per la prima volta quali veri e propri diritti degli utilizzatori, (8) con una presa di posizione netta in una diatriba dogmatica che per quasi un secolo ha animato il dialogo dottrinale. (9)

---

(6) Per un'analisi diacronica ampia ed approfondita del percorso di armonizzazione legislativa e dell'interrelazione tra decisioni giurisprudenziali CGUE e reazioni del legislatore comunitario, si faccia riferimento a LEISTNER, *Europe's Copyright Law Decade: Recent Case Law of the European Court of Justice and Policy Perspectives*, in *Common Market Law Review* 2014, 584 ss. Sia consentito inoltre rinviare, per una panoramica critica dettagliata dei processi di creazione del diritto d'autore europeo e delle sue dinamiche interne, con particolare riguardo ai rapporti di forza tra formanti del diritto, a SGANGA, *Propertizing European Copyright. History, Challenges and Opportunities*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, 137 ss.

(7) Direttiva (UE) 2019/790/UE 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 01/29/CE, GGUE L-130/92 del 17 maggio 2019 [CDSM]. Per i riferimenti dottrinali si fa rinvio a infra, paragrafo 5.

(8) CGUE 29 luglio 2019, in causa C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland* [2019] EU:C:2019:623; CGUE 29 luglio 2019, in causa C-476/17 *Pelham GmbH and Others c. Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben* [2019] EU:C:2019:624; CGUE 29 luglio 2019, in causa C-516/17 *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck* [2019] EU:C:2019:625. Per un primo commento in dottrina italiana v. GIOVANELLA, *Eccezioni al diritto d'autore e ruolo dei diritti fondamentali: niente di nuovo dal 'fronte europeo'*, in questa *Rivista* 2020, 356 ss.

(9) Per una panoramica dei classici del dibattito dottrinale nazionale in diversi Stati Membri dell'UE, v. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Springer, L'Aja, 2002, 90 ss. e relativa bibliografia, ancora più dettagliatamente ID., *The nature and scope of limitations and exceptions to copyright and neighbouring rights with regard to general interest missions for the transmission of knowledge: prospects for their adaptation to the digital environment*, in *e-Copyright Bulletin*,

A valle di tali spinte innovative e svolte per molti aspetti epocali, è naturale che si avverta forte l'esigenza di procedere *ex novo* ad una ricostruzione descrittiva e ad un riordino ed un'analisi critici del percorso compiuto da eccezioni e limitazioni di diritto d'autore europeo nelle ultime decadi, al fine di rinnovare la narrativa dottrinale e di gettare, con delle spigolature sistematiche, le fondamenta concettuali per futuri e più ampi contributi che, con uno sforzo di analisi comparata, diano "empiricamente" conto di se e fino a che punto tali significativi *revirements* abbiano minato alle fondamenta, operandone una armonizzazione concettuale pressappoco massima, gli edifici normativi e le ricostruzioni classiche nazionali in materia, e con quali conseguenze.

A tale studio sono attualmente dedicate parte delle attività di ricerca del più ampio progetto H2020 *reCreating Europe* (10), dirette a mappare le risposte legislative e giurisprudenziali offerte da tutti gli Stati Membri nel più ampio settore degli strumenti di flessibilità interni al diritto d'autore, entro cui vengono fatti rientrare non solamente le eccezioni, ma anche soluzioni di bilanciamento quali, tra tutti, il principio dell'esaurimento, il dominio pubblico gratuito e pagante, le licenze collettive estese o obbligatorie, la degradazione dei diritti esclusivi in diritti al compenso ed altre misure dagli effetti analoghi. L'indagine comparata, condotta in dialogo costante con esperti nazionali, a cui sono sottoposti questionari tanto tradizionali quanto *case-based*, ha il pregio di offrire per la prima volta nella storia dottrinale del diritto d'autore europeo (11) una panoramica dettagliata dello stato e dell'effettivo livello di armonizzazione legislativa, della recezione delle dottrine della Corte di Giustizia da parte delle corti nazionali e degli effetti delle nuove norme e dei nuovi principi eurounitari sulla sistematica e sulle interpretazioni giurisprudenziali in materia di eccezioni. Sulla base dei dati raccolti ed aggiornati a seguito delle trasposizioni nazionali della Direttiva CDSM, si procederà ad una ricostruzione sistematica e ad un'analisi complete dello stato delle eccezioni nel diritto d'autore tanto eurounitario (ossia limitato all'ordinamento UE) quanto europeo (ossia derivante dalle convergenze e divergenze negli sviluppi legislativi e giurisprudenziali nazionali in risposta all'armonizzazione).

---

ottobre-dicembre 2003. Più specificatamente sull'Italia, si veda la letteratura cit, infra, nota 26.

(10) H2020 *reCreating Europe*, GA 870626, finanziato dalla Commissione Europea nel luglio 2020 con ca. 3.089.000 euro, coordinato dall'A. presso la Scuola Superiore Sant'Anna e coinvolgente dieci università e centri di ricerca partners (l'Institute for Information Law dell'Università di Amsterdam; il centro CREATE dell'Università di Glasgow; il Von Humboldt Center for Internet and Society di Berlino, ora sostituito dall'Università di Brema; l'Associazione Europea delle Biblioteche di Ricerca – LIBER; l'Università di Maynooth; l'Università di Tartu; l'Università di Trento; l'Università di Szeged; l'Università di Copenhagen). La mappatura comparata degli strumenti di flessibilità interni al diritto d'autore è condotta nel contesto delle attività di ricerca gestite dal gruppo WP2 – "End users and access to culture", i cui risultati ad oggi sono consultabili sul sito <https://www.recreating.eu/stakeholders/wp2-end-users-and-access-to-culture/>. Si veda, in particolare, il paper "Interim report on EU and national sources and private practices on legitimate uses and flexibilities", disponibile su [Zenodo](https://zenodo.org/record/4620957#.YFR7h9qSk2x) a <https://zenodo.org/record/4620957#.YFR7h9qSk2x>.

(11) Uno studio solo parzialmente simile, ma su un numero di Stati più limitato e non circoscritto all'Unione Europea, è stato condotto da HILTY e NERISSON, *Balancing Copyright - A Survey of National Approaches*, Springer, Berlino, 2012.

In questo contesto, il presente contributo rappresenta, come si accennava, atto prodromico e fondamentale tanto a fornire cornice e basi concettuali per tale più articolata futura riflessione, quanto a stimolare un rinnovamento del dialogo dottrinale in materia. A tale scopo le pagine che seguono offrono una breve ed essenziale panoramica dell'evoluzione delle eccezioni nel diritto d'autore UE fino al 2019 (§2), analizzano più nel dettaglio le problematiche esegetiche rispettivamente risolte, create ed eluse dalla CGUE (§3) e guardano ai dibattiti ed ai lavori preparatori che hanno preceduto la Direttiva CDSM, distinguendo tra proposte di riforma giunte a positivo compimento e proposte di riforma avanzate ma abbandonate negli anni (§4). Segue una breve analisi delle innovazioni legislative apportate dalla Direttiva CDSM e del loro impatto sul sistema di eccezioni UE e sui margini di discrezionalità e flessibilità rimessi a corti e legislatori nazionali in materia di bilanciamento interno alla disciplina (§5), particolarmente a seguito degli interventi chiarificatori della Grande Sezione del luglio 2019 (§6). Dopo un resoconto critico delle peculiarità caratterizzanti la trasposizione italiana degli artt.3-8 CDSM (§7), concludono alcuni commenti critici sui punti di forza e di debolezza del sistema ed un primo tentativo ricostruttivo (§8), nella consapevolezza tanto della natura parziale e disorganica quanto dell'instabilità del regime delle eccezioni UE. (12)

2. La storia delle eccezioni nel diritto d'autore europeo è per molti aspetti quella di un puzzle di risposte legislative *ad hoc* a bisogni ed istanze politiche contingenti, nella stragrande maggioranza dei casi rimesse in punto di implementazione alla discrezionalità degli Stati Membri. Rinviando alla copiosa letteratura sul tema per approfondimenti più specifici, (13) ai più limitati fini della nostra trattazione sarà sufficiente offrire brevi spigolature sull'approccio del legislatore comunitario ed eurounitario alla natura di eccezioni e limitazioni e sulle principali caratteristiche delle relative disposizioni, così come enucleate dai testi normativi ed illustrate dai relativi lavori preparatori emanati dagli anni Novanta del secolo scorso ad oggi.

Le prime Comunicazioni della Commissione UE si concentrano quasi esclusivamente sulla necessità di armonizzare diritti esclusivi e mezzi di tutela al fine di combattere la pirateria e garantire il corretto funzionamento del mercato interno: (14) dai loro testi è pertanto arduo ricostruire l'intento legislativo e la *ratio legis* ispirante l'approccio alle eccezioni adottato dalle due direttive settoriali delle origini, la Direttiva Software (91/50/CEE) (15) e la Direttiva Database (96/9/CEE), (16)

---

(12) Come si avrà modo di analizzare più ampiamente infra, paragrafo 6.

(13) Oltre ai contributi già citati in precedenza (note 1-2), un'ottima ed allo stesso tempo recente ricostruzione dell'armonizzazione delle eccezioni a livello comunitario ed eurounitario può ritrovarsi in RENDAS, *Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Kluwer Law International, L'Aja, 2021, e l'ampia bibliografia.

(14) Il più importante documento tra i lavori preparatori delle origini, il Libro Verde sul diritto d'autore e le sfide delle nuove tecnologie (COM (1988) 172 del 1 giugno 1988) dedica infatti le sue quasi 250 pagine a pirateria, copia privata di opere audiovisive, esaurimento e diritti di noleggio, e protezione di programmi per elaboratore e banche dati.

(15) Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, GUCE L-122/42 del 17 maggio 1991 [Software I].

(16) Direttiva 96/9/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche dati, GUCE L-77/20 del 27 marzo 1996 [Database].

che per prime introducono limitazioni specifiche ai nuovi diritti economici esclusivi, e ciò seppure di una guida interpretativa si sarebbe in realtà avvertito molto il bisogno, viste le peculiarità ed eterogeneità delle scelte legislative.

Eccetto che per il caso di usi necessari al funzionamento del programma da parte dal legittimo acquirente (art.5, primo comma), la Direttiva Software opta per eccezioni di obbligatoria implementazione, inderogabili dalle parti, autorizzando la decompilazione a fini di interoperabilità (art.6), lo studio e il test del programma per l'identificazione di idee e principi sottesi al programma o ad alcuni dei suoi elementi (art.5, terzo comma) e la produzione di copie di *backup* (art.5, secondo comma).

Con un approccio radicalmente differente, invece, la Direttiva Database introduce solo tre eccezioni opzionali al diritto d'autore sulla struttura delle banche dati (copia privata, illustrazione a fini di ricerca ed insegnamento, usi ai fini di sicurezza pubblica o per lo svolgimento di procedimenti amministrativi o giudiziari, (art.6)), con una selezione di priorità ampiamente contestabile nei contenuti (17) che rimette poi ai legislatori nazionali la decisione sull'estensione o meno alla nuova tipologia di opera delle proprie eccezioni generali in materia di diritto d'autore, senza ulteriori indicazioni idonee a controllare il prevedibile rischio di parcellizzazione ed estrema diversificazione delle risposte nazionali. Anche il nuovo diritto *sui generis*, creato dalla Direttiva e sconosciuto alle legislazioni statali, è affiancato da tre eccezioni opzionali, rispettivamente dirette all'estrazione ad uso privato da database non elettronici, all'estrazione per insegnamento e ricerca, e all'estrazione per pubblica sicurezza o svolgimento di procedimenti amministrativi o giudiziari (art.9), con una scelta criticata per il suo ristretto ambito applicativo, per i rischi connessi all'assenza di una guida adeguata ad assistere i legislatori nazionali nella trasposizione di un diritto di nuova introduzione, nonché per la mancata specificazione dei rapporti tra eccezioni al diritto *sui generis* ed eccezioni nazionali al diritto d'autore. (18)

Lo stesso approccio ritorna a caratterizzare la Direttiva InfoSoc: dinanzi all'impossibilità di trovare un punto di convergenza tra le posizioni e le proposte dei singoli Stati Membri, il legislatore comunitario si risolve per la previsione di una sola eccezione obbligatoria (riproduzione temporanea priva di rilievo economico proprio, transitoria o accessoria, e parte integrante e essenziale di un procedimento

---

Delucidazioni mancano anche nell'Explanatory Memorandum allegato alla prima proposta di direttiva (COM (92) 24 final, GUCE C-156/4). Sul punto v. WALTER e VON LEWINSKI, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010, § 9.0.12, e HUGENHOLTZ, *Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right*, in FRANKEL e GERVAIS (a cura di), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, Kluwer Law International, L'Aja, 2016, 207 ss. Similmente LEISTNER, *The protection of databases*, in DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2009, 430 ss.

(17) Per una critica sull'esautività ed eccessiva limitatezza delle eccezioni previste dalla Direttiva Database, v., tra tutti, DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2007, 121 ss. Con specifico riferimento alle eccezioni al nuovo diritto *sui generis* v. TRIAILLE e STROWEL, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia: droit belge, droit européen, droit comparé*, Kluwer, Diegem, 1997, 287-289.

(18) Tra tutti HUGENHOLTZ, *Database Directive*, in DREIER e HUGENHOLTZ (a cura di), *Concise European Copyright Law*, Kluwer, L'Aja, 2005, 327; DERCLAYE, op. ult. cit., 123. Più neutralmente MELI, *Le "utilizzazioni libere" nella direttiva 96/9/CEE sulla protezione giuridica delle banche dati*, in questa *Rivista* 1997, 86 ss.

tecnologico (art.5, primo comma InfoSoc)), ritenuta indispensabile al fine di garantire il corretto funzionamento di Internet senza perciò dover limitare *ab origine* l'estensione dell'ampissimo diritto di riproduzione, e di ben venti eccezioni opzionali, elencate nell'art.5, secondo comma InfoSoc e divise tra limitazioni al diritto di riproduzione e limitazioni ai diritti di riproduzione e comunicazione al pubblico. (19) La decisione è giustificata dalla volontà di preservare le differenze culturali e di tradizione giuridica dei diversi Stati Membri, rimettendo ai legislatori nazionali la decisione in merito a quali fattispecie derogatorie trasporre in ragione della loro compatibilità con le singole caratteristiche ordinamentali ed istanze sociali, culturali ed economiche locali. (20) Tale libertà è tuttavia severamente limitata dalla natura dichiaratamente esaustiva della lista di cui all'art.5, secondo comma InfoSoc, già illustrata dal correlato considerando 32, nonché dall'art.5, quinto comma InfoSoc, che vincola la trasposizione nazionale delle eccezioni al rispetto del *three-step test*, norma sulla normazione di natura internazionale (21) che però, a seguito del suo richiamo nel testo della Direttiva e in molti degli atti legislativi nazionali di

---

(19) Per una ricostruzione del percorso e delle ragioni che hanno condotto alla formulazione finale dell'art. 5 InfoSoc ed alla distinzione tra eccezioni al solo diritto di riproduzione ed eccezioni al diritto di riproduzione ed al diritto di comunicazione al pubblico, si veda l'ampia ricostruzione di WALTER e VON LEWINSKI, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, § 11.5.1 ss. nonché GEIGER e SCHONHERR, *The Information Society Directive (articles 5 and 6(4))*, in STAMATOUDI e TORREMANS (a cura di), *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2020, 460 ss.

(20) Come specificato dal considerando 32 InfoSoc ("Tale elenco tiene debito conto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e mira, allo stesso tempo, a garantire il funzionamento del mercato interno"). Il tema è ben illustrato nell'Explanatory Memorandum alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, COM(97) 628 final, 97/0359 (COD), in GU C-108/6 del 7 aprile 1998, 28 ss.

(21) Della disposizione si trova già traccia nella Convenzione di Berna (art.9(2)), ma la menzione nella Direttiva InfoSoc discende dall'art. 10(2) del WIPO Copyright Treaty (WCT), trattato internazionale di cui l'Unione Europea è parte contraente quale delegazione unitaria e che la Direttiva InfoSoc traspone nell'ordinamento comunitario in adempimento agli obblighi internazionali così assunti. Tra le più complete e puntuali esegesi del *three-step-test*, della sua natura e delle sue implicazioni si faccia riferimento a SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, L'Aja, 2004. Per un'analisi dei lavori preparatori (WIPO, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to July 14, 1967, Ginevra, 1971, Report on the Work of the Main Committee, I, pp-1145-1146) che hanno condotto all'introduzione della disposizione nella Convenzione di Berna e successivamente nel WCT, cfr. RICKETSON e J.GINSBURG, *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 764 ss., nonché FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 188 ss., e REINBOTHE e VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties on Copyright. A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, Oxford, 2015, § 7.10.1 ss. In Italia v. MARGONI, *Il "Three-step Test" nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*, in *Dir. inf.* 2009, 164-165; più recentemente DI LAZZARO, *Fenomenologia del three-step test: evoluzione sistematica dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le limitazioni ed eccezioni nei sistemi chiusi, cenni comparativi con il fair use e valutazioni sull'applicazione di sistemi complementari*, in *IDA* 2019, 47-72.

implementazione, sarà inevitabilmente destinata a fungere da filtro giudiziale *ex post* all'applicazione della norma derogatoria nel caso concreto, con chiaro pregiudizio per la certezza del diritto e la prevedibilità degli esiti del bilanciamento tra diritto d'autore ed interessi e diritti confliggenti. (22) Allo stesso tempo, ed in assenza di indicazione contraria, le eccezioni si configurano quali norme dispositive e quindi liberamente derogabili per contratto, con un *favor* rispetto alla regolazione privata che emerge anche nella delega ai titolari dei diritti (e solo in mancanza agli Stati Membri) del compito di adottare misure idonee ad assicurare che l'apposizione di misure tecnologiche di protezione alle opere digitali protette non impedisca l'esercizio di specifiche eccezioni da parte degli utenti. (23)

A differenza, dunque, dei diritti esclusivi, oggetto di armonizzazione massima, eccezioni e limitazioni sono armonizzate solo nei limiti necessari a garantire il corretto funzionamento del mercato interno, (24) senza che venga ritenuto

---

(22) Tale interpretazione è stata convalidata e cristallizzata da CGUE 10 aprile 2014, in causa C-435/12, *ACI Adam BV e a. c. Stichting de Thuiskopie e Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding*, EU:C:2014:254, seppure non siano mancate posizioni nazionali differenti, come nel caso della Spagna (cfr. XALABARDER, *Fair Use in Spain. The EUCD Aftermath*, in GHIDINI e GENOVESI (a cura di), *Intellectual Property and Market Power*, Eudeba, Buenos Aires, 2008, 811 ss.). Per un primo commento ad *Ací Adam v. QUINTAIS, Private Copying and Downloading from Unlawful Sources*, in *IIC* 2015, 66 ss., e la nota di SARTI in questa *Rivista* 2014, 1590 ss. Critiche mosse all'utilizzo del *three-step test* quale filtro giudiziale *ex post* rispetto all'applicazione concreta delle eccezioni sono state fin da subito mosse dalla dottrina europea più attenta al bilanciamento tra diritto d'autore e diritti e libertà fondamentali. Oltre alla ricostruzione in chiave comparata dei precedenti giurisprudenziali nazionali più significativi in materia ed all'attenta critica mossa da HUGENHOLTZ e SENTFLEBEN, op. ult. cit., 17 ss., si segnalano inoltre GEIGER, *The Three-Step Test, A Threat to a Balanced Copyright Law?*, in *IIC* 2006, 683 ss.; ID., GRIFFITHS e HILTY, *Towards a Balanced Interpretation of the 'Three-step test' in Copyright Law*, in *EIPR* 2008, 48 ss., che suggeriscono la necessità di una lettura assiologicamente orientata del test a sostituirne l'impostazione solo apparentemente mercantile; su analoghe posizioni KUR, *Of Oceans, Islands, and Inland Water- How much Room for Exceptions and Limitations under the Three-step Test?*, in *Richmond Journal of Global Law and Business* 2009, 287 ss.; GRIFFITHS, *The 'Three-Step Test' in European Copyright Law – Problems and Solutions*, in *IPQ* 2009, 489 ss. (secondo cui "there are strong arguments that a conflict with a normal exploitation of the work should only be regarded as arising where an author or copyright owner is deprived of an extensive share of his or her potential market". L'A. sostiene inoltre che la norma debba considerarsi solamente "as a form of long-stop, a loose constraint prohibiting only exceptions that would generally be acknowledged to be unjustifiable"); LUCAS, *For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test*, in *EIPR* 2010, 277 ss.; GEIGER, GERVAIS e SENTFLEBEN, *The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, in *Am. U. Intl. L. Rev.* 2014, 581 ss.

(23) Sul punto v. la ricostruzione dottrinale di VALENTI, op. cit., 193-194.

(24) Così esplicitamente il trentunesimo considerando InfoSoc ("Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi sul 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 devono essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni deve dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno"). In dottrina italiana si vedano i primi commenti di ABRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in questa *Rivista* 2002, 102-103; RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in ABRIANI, COTTINO, e RICOLFI, *Diritto industriale*, Cedam, Padova, 2001, 458 ss., con osservazioni già anticipate in RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, cit., 115 ss.

problematico il rischio di frammentazione tra soluzioni e definizioni nazionali, pur ampiamente evidenziato dalla dottrina (25) e solo molto più tardi palesato dagli interventi di “armonizzazione additiva” della Corte di Giustizia, a loro volta parziali e frammentati. (26)

Muta però in maniera significativa – e su questo l’impatto armonizzatore è più che pervasivo - la denominazione delle norme derogatorie, con un netto cambio di prospettiva: quelle che in molte leggi nazionali, tra cui quella italiana, erano state definite “utilizzazioni libere”, e dunque spazi di libertà che per questa stessa ragione identificavano i confini del monopolio limitando dall’esterno l’estensione della privativa, diventano qui “eccezioni”, a volerne enfatizzare, appunto, la natura eccezionale rispetto alla regola dell’esclusiva, e dunque non suscettibile di applicazione analogica o estensiva, ma solo di interpretazione restrittiva. (27) Si giustifica e cristallizza, quindi, l’estrema rigidità di tali norme e si adotta, senza grossa riflessione critica, l’approccio continentale al rapporto tra diritti esclusivi ed eccezioni, perdendo però al tempo stesso la strutturazione e classificazione sistematica delle norme derogatorie sulla base degli usi liberi consentiti e dunque delle loro finalità. Manca, infatti, nei testi legislativi comunitari, una differenziazione nell’approccio alle singole eccezioni, alla loro definizione e alla loro caratterizzazione che sia chiara e comprensibile nelle sue ragioni giustificatrici. Il massimo sforzo compiuto dal legislatore UE è quello di chiarire all’interprete come la distinzione tra norme discrezionali ed obbligatorie, e dunque il grado di armonizzazione, sia dettato dall’impatto della disposizione sul corretto funzionamento del mercato interno (Direttiva InfoSoc, trentunesimo considerando): non occorre estremo sforzo analitico per comprendere come tale nota si riferisca alla natura ed alla finalità dell’intervento armonizzatore e non delle singole eccezioni e come, dunque, sia di poco o nessuno aiuto nella ricostruzione della *ratio legis* – semmai ve ne sia una – sottesa alla previsione delle norme derogatorie *de quo*.

---

(25) Così esplicitamente GUIBAULT, *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: the Case of the Limitations of Copyright under Directive 2001/29/EC*, in *JIPITEC* 2010, 53 ss. Collega la frammentazione e territorialità delle eccezioni alla conseguente frammentazione delle posizioni di esclusiva nazionali ed alla derivata creazione di ostacoli alla libera circolazione transfrontaliera di opere protette JANSSENS, *The issue of exceptions*, cit., 324, e similmente B. UBERTAZZI, *The Principle of Free Movement of Goods: Community Exhaustion and Parallel Imports*, in STAMATOUDI e P.TORREMANS (a cura di), *EU Copyright Law: a Commentary*, cit., 38 ss.

(26) Il principio della lettura restrittiva delle eccezioni, derivato dai principi generali del diritto dell’Unione, trova la sua prima affermazione esplicita in CGUE 16 luglio 2009, in causa C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, EU:C:2009:465, punto 59.

(27) Sulla natura delle utilizzazioni libere si vedano i contributi classici di PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto d’autore e del contratto di edizione nel diritto interno italiano comparato col diritto straniero*, Marghieri-Utet, Napoli-Torino, 1927, 502 ss.; GRECO e VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingegno*, Utet, Torino, 1974, 164 ss.; AMMENDOLA, in L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, voce “Diritto d’autore”, in *Dig.disc. priv., sez. comm.*, IV, Utete, Torino, 1989, 435 ss. In favore di una lettura in chiave di eccezionalità delle norme in tema di libere utilizzazioni cfr. L.C. UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in questa *Rivista* 1994, 67 ss.; ID., *Diritto d’autore (introduzione)*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, IV, Utet, Torino, 1989, 364 ss.; per una panoramica delle analoghe posizioni sostenute dalla giurisprudenza italiana precedente al 2001, cfr. REGOLI, *La giurisprudenza della Cassazione sulle “libere utilizzazioni di opere protette dal diritto d’autore”*, in *IDA* 1997, 339 ss.

Non si tratta di una mancanza dal rilievo solamente formale e “cosmetico”: le nuove eccezioni, infatti, intervengono sulle discipline nazionali tanto in sostituzione quanto in integrazione additiva delle flessibilità esistenti, alterandone dunque i rapporti interni, nonché l'intera struttura e le logiche caratterizzanti il sistema. Ciò ha inevitabili effetti sulla ricostruzione dottrinale e, di conseguenza, sui principi interpretativi ispiranti l'implementazione ed evoluzione giurisprudenziale, tra i quali risulta particolarmente indebolito il ruolo distintivo, a fini esegetici, giocato dalla giustificazione assiologica della disposizione. Alla frammentazione nazionale causata dalla natura opzionale delle eccezioni di cui all'art.5 InfoSoc si unisce così una spinta riformatrice, poco cosciente, verso l'a-sistematicità, che attenta alle fondamenta dei sistemi nazionali senza offrire in cambio altrettanto solidi punti di riferimento che possano guidare il percorso evolutivo delle discipline lungo le linee imposte dall'armonizzazione legislativa e giurisprudenziale UE.

La Direttiva Noleggio, tanto nella versione originale (92/100/CEE) quanto nella sua codificazione (2006/115/CE) conferma la volontà della Commissione di mantenere la natura opzionale delle norme derogatorie: (28) l'introduzione dell'eccezione di prestito pubblico viene rimessa alla volontà degli Stati Membri, e così la decisione sull'esenzione dall'obbligo di remunerazione per alcune categorie di opere, nonché sulla previsione di determinate limitazioni (uso privato, fissazione effimera da parte di organismi di radiodiffusione, uso di brevi estratti a finalità informative, insegnamento e ricerca), sempre soggette al *three-step test*. (29)

È solo nelle Direttive più recenti che iniziano ad avvertirsi i segni della riflessione condotta dal legislatore UE sugli effetti negativi della territorialità, frammentazione e rigidità delle eccezioni sul mercato delle opere dell'ingegno e sul bilanciamento interno al diritto d'autore europeo. Nella Direttiva 2012/28/UE l'eccezione ai diritti di riproduzione e messa a disposizione del pubblico ex artt.2 e 3 InfoSoc è resa scientemente obbligatoria al fine di prevenire la creazione di ulteriori ostacoli al corretto funzionamento del mercato interno ed all'utilizzo ed accesso transfrontaliero alle opere orfane. (30) Per analoghe ragioni, ed al fine di assicurare la certezza del

---

(28) Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, GU L-346/61 del 27 novembre 1991 [Noleggio I]; Direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale (versione codificata), GU L-376/28 del 27 dicembre 2006 [Noleggio II].

(29) Cfr. art. 10, Direttiva Noleggio II.

(30) Direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, su taluni utilizzi consentiti di opere orfane Testo rilevante ai fini del SEE, GU L-299/5 del 27 ottobre 2012 [OWD], ed in particolare il suo ottavo considerando (“La coesistenza di approcci diversi al riconoscimento dello status di opera orfana nei diversi Stati membri può ostacolare il buon funzionamento del mercato interno, nonché l'utilizzo delle opere orfane e l'accesso ad esse in altri paesi. Detti approcci diversi potrebbero inoltre limitare la libera circolazione di beni e servizi che incorporano contenuti culturali. Pertanto è opportuno garantire il riconoscimento reciproco di tale status poiché consentirà l'accesso alle opere orfane in tutti gli Stati membri”). Tra i primi commenti v. MORENO RODRIGUEZ, *La nuova disciplina delle opere orfane*, in *NLCC* 2015, 893-911; SAPPÀ, *Opere orfane: la soluzione europea. Commento a Dir. UE 2012/28*, ivi 2014, 671-691; BELLANI, *Orphan Work in cerca di autore*, in *IDA* 2013, 262-271; CARRARO, *Le opere orfane nella prospettiva delle formalità costitutive e pubblicitarie*, in questa *Rivista* 2013, 107-116; MONTAGNANI, *Le utilizzazioni della opere orfane*, ivi, 162-174; R. ROMANO,

diritto necessaria alle istituzioni culturali per dedicarsi in sicurezza e senza rischi alla digitalizzazione e messa a disposizione del pubblico di tali opere, (31) il testo normativo armonizza anche la procedura di attribuzione dello status di opera orfana ed il novero degli usi permessi. La stessa filosofia ispira la Direttiva c.d. Marrakesh (2017/1564/UE), che adempie agli obblighi internazionali assunti dalla UE quale parte contraente dell'omonimo Trattato OMPI, vincolante i suoi firmatari ad introdurre nei propri ordinamenti una o più eccezioni dirette a permettere ad enti allo scopo autorizzati la riproduzione, distribuzione e messa a disposizione del pubblico di opere protette in formato accessibile per soggetti con disabilità visiva. (32) E' significativo, in questo contesto, che la Direttiva faccia un passo ulteriore rispetto alle richieste del Trattato, decidendo di dichiarare l'eccezione inderogabile, e riducendo così il rischio di frammentazione ed incertezza che sarebbe derivato dal rimettere l'operatività della norma alle determinazioni dell'autonomia privata. (33)

Poco meno di trent'anni di armonizzazione comunitaria lasciano nelle mani dell'interprete un *bouquet* variegato di disposizioni di cui parte è obbligatoria, parte opzionale; parte orizzontale ed applicabile ad ogni opera dell'ingegno, parte verticale ed applicabile solo a specifici oggetti; parte di natura dispositiva, parte di natura inderogabile; parte dettagliata nelle sue definizioni, parte generica e sintetica e quindi prona a generare ulteriori problemi di corretta trasposizione ed uniforme interpretazione di termini e concetti. Le conseguenze di una produzione legislativa così disarticolata e disomogenea nei contenuti sono state e sono molteplici: la territorialità delle eccezioni ha creato spiccata incertezza giuridica ed effetti deterrenti rispetto a potenziali usi leciti transfrontalieri, (34) mentre il livello di armonizzazione

---

*Attribuzione e revoca dello "status" di opera orfana ovvero nemesi dell'iperprotezionismo*, ivi, 145-161; FABIANI, *Opere orfane, diritti orfani*, in IDA 2009, 225-230.

(31) Come specificato dal nono considerando della Direttiva: "un approccio comune al conferimento dello status di opera orfana e alla definizione degli utilizzi consentiti delle stesse è necessario per garantire la certezza del diritto nel mercato interno per quanto concerne l'utilizzo di opere orfane da parte di biblioteche, istituti di istruzione e musei accessibili al pubblico, nonché archivi, istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro ed emittenti di servizio pubblico".

(32) Direttiva (UE) 2017/1564 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 settembre 2017, relativa a taluni utilizzi consentiti di determinate opere e di altro materiale protetto da diritto d'autore e da diritti connessi a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa, e che modifica la direttiva 01/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, GU L-242/6 del 20 settembre 2017 [Direttiva Marrakesh], sul cui retroterra sia consentito far riferimento a SGANGA, *Disability, right to culture and copyright: which regulatory option?*, in *International Review of Law, Computers and Technology* 2015, 88 ss., e relativi riferimenti bibliografici.

(33) Direttiva Marrakesh, art. 3, quinto comma.

(34) Come sottolineato, ex multis, da WESTCAMP, *The implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Queen Mary University, Londra, 2007, 22 ss.; GUIBAULT et al., *Study on the Implementation and Effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, University of Amsterdam, Amsterdam, 2007, 112 ss.; TRAILLE (a cura di), *Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in The Information Society*, Parlamento Europeo, Bruxelles, 2013, 364 ss.. Più voci si sono nel tempo levate contro gli effetti negativi della territorialità delle eccezioni e della loro elevata frammentazione, in

ed i margini di discrezionalità rimessi agli Stati Membri sono rimasti per lungo tempo incerti ed affidati nella loro definizione alle specificazioni sempre parziali della Corte di Giustizia, che ha risposto in maniera parimenti parcellizzata ad un'altra inevitabile questione posta dall'armonizzazione a macchia di leopardo, ossia il rapporto tra norme e definizioni di provenienza comunitaria e norme e definizioni nazionali preesistenti. (35) In aggiunta, il debole coordinamento tra fonti aventi ambiti applicativi differenti ha comportato il mancato sviluppo di principi generali, nonché il sorgere di annose questioni esegetiche legate all'utilizzo di terminologie, definizioni e concetti diversi per eccezioni apparentemente simili ed alle declinazioni, caso per caso, del rapporto tra *lex generalis* e *leges speciales*. (36) A completamento di un quadro già sufficientemente critico, la lettura restrittiva delle eccezioni, il filtro addizionale *ex post* alla loro applicazione introdotto dal *three-step test* e la natura esaustiva della lista di cui all'art.5 InfoSoc hanno poi ulteriormente irrigidito il sistema, tanto da renderlo incapace di adattare il proprio bilanciamento interno alle sfide poste dalle nuove tecnologie. Ne è risultato un regime incerto nei suoi connotati principali, inflessibile ed ontologicamente a-sistematico, e per tale ragione ostico e poco "collaborativo" rispetto a qualsivoglia sforzo di ricostruzione unitaria, tale da poter compensare con l'aiuto del formante dottrinale le omissioni e le imprecisioni spesso caratterizzanti i testi normativi, specie ove di natura specialistica e frammentata.

Pur se fortemente limitata nella potenzialità di sviluppare stabili e valide matrici e guide sistematiche, nel corso degli anni la dottrina si è spesa nell'articolazione di proposte di riforma e soluzioni interpretative utili ad uscire dall'*impasse* ed a risolvere le più evidenti falle dell'armonizzazione comunitaria: dalla promulgazione di un codice europeo del diritto d'autore (37) all'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali, (38) fino all'utilizzo del *three-step test* quale clausola generale

---

particolar modo ove comparata all'armonizzazione massima dei diritti esclusivi. Si vedano, sul punto, TORREMANS e KEOSOMPHAN, *Towards a European Copyright Law: Territoriality and Limitations and Exceptions as Two Major Outstanding Issues*, in STAMATOUDI e TORREMANS (a cura di), *EU Copyright Law. A Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, Capitolo 28; STROWEL, *Towards a European copyright law: four issues to consider*, in STAMATOUDI e TORREMANS (a cura di), *EU Copyright Law. A Commentary*, cit., Capitolo 21. Sulla stessa linea v. anche le osservazioni di politica del diritto di MARTIN-PRAT, *The future of copyright in Europe*, in *Columbia Journal of Law and the Arts* 2014, 32-33.

(35) Problema, questo, già sottolineato da GUIBAULT et al., op. cit., p.115, nonché da VAN EECHOU, *Exclusive Rights and Limitations*, in ID., *Harmonizing European Copyright*, cit., 105 ss.

(36) Sul punto sempre L.GUIBAULT et al., op. cit., p.118 e M.VAN EECHOU, op. ult. cit., 108, nonché VON LEWINSKI e WALTER, op. cit., §§ 11.5.10-11.

(37) Il riferimento va ai lavori del WITTEM GROUP, *European Copyright Code* (2010), ora disponibili su [www.copyrightcode.eu](http://www.copyrightcode.eu). Offre un'analisi di contesto HUGENHOLTZ, *The Wittem Group's European Copyright Code*, in SYNODINOU (a cura di), *Codification of European copyright law*, Kluwer Law International, L'Aja, 2021, 339-354.

(38) In questo senso, tra tutti, GRIFFITHS, *Constitutionalising or harmonizing? The Court of Justice, the right of property and European copyright law*, in *European Law Review* 2013, 65-66, che guarda all'utilizzo dei diritti fondamentali da parte della CGUE quale strumento utilizzato al fine di portare avanti un'armonizzazione giudiziale silente del diritto d'autore europeo. Similmente ID., *Taking Power Tools to the Acquis - The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law*, in GEIGER (a cura di), *Intellectual*

utilizzabile in forme e modi simili al *fair use* statunitense al fine di aumentare la plasticità e flessibilità del sistema, (39) o alla dichiarazione di obbligatorietà ed inderogabilità di ogni eccezione UE, o quantomeno di quelle disposizioni a cui è sottesa la protezione di diritti fondamentali o interessi pubblici di rango primario. (40) Nonostante il vivido dibattito dottrinale e l'eccezionale numero e qualità dei contributi, il legislatore UE ha per lunghissimo tempo omesso, come si è visto, di prendere posizione netta sul tema, lasciando alla Corte di Giustizia – peraltro sprovvista di una vera guida dottrinale sul modello delle tradizioni nazionali - il compito oneroso ed onorevole di intervenire per colmare lacune già nel breve periodo difficilmente sostenibili.

3. Come era inevitabile dinanzi alla frammentazione, vaghezza ed ampiezza delle definizioni offerte da direttive e regolamenti, al debole coordinamento tra fonti ed alle incertezze relative al grado di armonizzazione e discrezionalità rimessa agli Stati Membri, dall'avvento della Direttiva InfoSoc il numero di questioni pregiudiziali sollevate dalle corti nazionali sull'interpretazione delle eccezioni al diritto d'autore UE è stato cospicuo ed il loro contenuto progressivamente più articolato, circostanza questa che ha offerto ampio margine alla CGUE per poter procedere ad una vera e

---

*Property and the Judiciary*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2018, 144 ss. teorizzava la necessità di una costituzionalizzazione del diritto d'autore europeo già prima dell'intervento archetipico della Corte di Giustizia in materia (CGUE 29 gennaio 2008, in causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) contro Telefónica de España SAU*, [2008] ECR I-271) GEIGER, "Constitutionalising" intellectual property law? *The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*, in IIC 2006, 371 ss. Riprende le teorie di Geiger e ne offre una lettura in chiave di diritto costituzionale comparato MYLLY, *The constitutionalisation of the European legal order: impact of human rights on intellectual property in the EU*, in GEIGER (a cura di), *Research Handbook on Intellectual Property and Human Right*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2015, 119 ss. Offre invece una interessante ricostruzione critica del percorso compiuto dalla Corte in materia HUSOVEC, *Intellectual Property Rights and Integration by Conflict: the Past, Present and Future*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2016, 239 ss. In dottrina italiana, tra tutti, FINOCCHIARO, *L'equilibrio titolare/"users" nel diritto d'autore dell'Unione europea*, in *Dir.inf.* 2016, 499 ss.; OTTOLIA, *L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione Europea: una proposta di bilanciamento*, in questa *Rivista* 2016, 157 ss.; STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie europee e "modello italiano"*, in *Dir.inf.* 2015, 89 ss.; GIANNONE CODIGLIONE, "Copyright" e diritto d'autore in rete: "bilanciamento interno" e "conflitto esterno" tra diritti fondamentali. *Analisi comparatistica e rimediabile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2014, 421 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua*, in questa *Rivista* 2005, 151 ss.

(39) In questo senso esplicitamente HUGENHOLTZ e SENFTLEBEN, op. cit., 18; GRIFFITHS, *Constitutionalizing*, cit., 277; GEIGER, HILTY, GRIFFITHS e SUTHERSANEN, *Declaration 'A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test'*, in *JIPITEC* 2010, 119 ss., successivamente rielaborata in GEIGER, GERVAIS e SENFTLEBEN, *The Three-Step Test*, cit., 581 ss.

(40) Sono di questo avviso GEIGER e SCHOHERR, *Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the acquis Regarding Limitations and Exceptions*, in SYNODINOU (a cura di), *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, Kluwers Law International, L'Aja, 2012, 136 ss.; JANSSENS, *The Issue of Exceptions: Reshaping the Keys to the Gates in the Territory of Literary, Musical and Artistic Creation*, in DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2009, 327 ss.

propria armonizzazione giurisprudenziale del settore, ben oltre i limiti tracciati dal legislatore eurounitario. (41)

Agli interventi della Corte si deve la risoluzione di molte delle questioni ingenerate dalle lacune e dalle criticità legislative. Il massimo organo giurisdizionale europeo, tuttavia, si è parallelamente reso responsabile dell'introduzione di elementi di incoerenza forieri di nuovi dilemmi esegetici, ed ha inoltre ignorato, quando non quasi scientemente evitando di affrontare problematiche interpretative di centrale scarso rilievo.

Nel periodo che va dalla Direttiva InfoSoc alla Direttiva CDSM, la CGUE si è prevalentemente pronunciata su questioni relative all'art.5 InfoSoc, con limitati interventi su eccezioni previste da altre Direttive. La stragrande maggioranza delle pronunce può ricondursi a cinque gruppi tematici omogenei, relativi a (i) principi generali, (ii) nozione di riproduzione temporanea ex art.5, primo comma InfoSoc, (iii) nozione di equo compenso per copia privata ex art 5, secondo comma, lettera d) InfoSoc, (iv) ambito applicativo ed implicazioni del *three-step test* ex art.5, quinto comma InfoSoc, e (v) la possibilità di offrire una lettura estensiva delle eccezioni ove necessario ad assicurare un equo bilanciamento tra diritto d'autore e diritti fondamentali con esso confliggenti. Analizzare per ciascuna area le vie battute dalla giurisprudenza della Corte e le questioni risolte, create ed eluse può aiutare a comprendere il retroterra su cui sono venuti innestandosi i lavori preparatori e le consultazioni pubbliche che hanno preceduto l'entrata in vigore della Direttiva CDSM, a definire confini, grado di armonizzazionee settori ancora necessitanti intervento, ed a fornire indispensabili punti di appoggio per navigare le acque torbide della legislazione UE in materia, gettando così le basi per una quanto più solida e stabile ricostruzione sistematica.

3.1. Seppur lacunose e criticabili sotto molteplici aspetti, numerose decisioni della CGUE hanno contribuito in maniera significativa al riordino della disciplina in materia di eccezioni ed al raggiungimento di maggior certezza del diritto e coerenza sistematica interna al settore.

Ad un primo gruppo di pronunce si devono importanti chiarimenti su ambito oggettivo di applicazione e confini esterni di alcune norme derogatorie. Ne sono esempio le specificazioni in materia di eccezione di riproduzione temporanea (art.5, primo comma InfoSoc), dove la Corte ha statuito come conservazione e cancellazione della copia debbano essere automatizzate e non dipendenti da intervento umano discrezionale, (42) salvo poi chiarire, per preservare una delle principali funzioni della disposizione (ossia la rimozione di ostacoli alle utilizzazioni libere digitali e al corretto funzionamento dell'architettura di internet) come non rilevi il contributo umano all'attivazione o conclusione di un processo altrimenti completamente automatizzato, consentendo così l'applicazione teleologicamente orientata dell'art.5, primo comma

---

(41) Per un'analisi sistematica del processo, v. LEISTNER, *Europe's Copyright Law Decade: Recent Case Law of the European Court of Justice and Policy Perspectives*, in *CMLR* 2014, 599 ss., e similmente GRIFFITHS, op. ult. cit., 65.

(42) CGUE 16 luglio 2009, in causa C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, [2009] ECR I-06569, punti 55 e 61.

InfoSoc anche a copie *on-screen* e *cache*, fondamentali per la veloce navigazione in rete. (43)

Con un simile sforzo chiarificatore, la CGUE è intervenuta a fornire linee guida per l'interpretazione della nozione di equo compenso dovuto per l'esercizio dell'eccezione di copia privata, definito concetto autonomo di diritto europeo (44) ed in quanto tale necessitante di interpretazione e applicazione coerente ed armonizzata in tutto il territorio dell'Unione al fine di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno. (45) La nozione di "equo" è stata fatta discendere da una interpretazione sistematica e teleologica della Direttiva InfoSoc, ispirata dalle indicazioni del suo preambolo, che giustifica la remunerazione dovuta all'autore quale compenso per il pregiudizio da questi sofferto in conseguenza della riproduzione privata non autorizzata. (46) Su questa base, la Corte ha giudicato legittimo ex art.5, secondo comma, lettera a) InfoSoc un sistema di prelievo che imponeva ai produttori il pagamento dell'equo compenso per copie private

(43) CGUE 5 giugno 2014, in causa C-360/13, *Public Relations Consultants Association Ltd c. Newspaper Licensing Agency Ltd and Others*, EU:C:2014:1195.

(44) Così in CGUE 21 ottobre 2010, in causa C-467/08, *Padawan c. SGAE*, [2010] ECR I-10055, punto 33, in questa *Rivista* 2011, 1386, con un primo commento di OTTOLIA, e successivamente KARAPAPA, *Padawan v SGAE: a right to private copy?*, in *EIPR* 2011, 252 ss. Delle lunghe vicissitudini della disposizione da conto REINBOTHE, *Private Copy Levies*, in STAMATOUDI (a cura di), *New Developments in EU and International Copyright Law*, cit., 299 ss., ed in Italia PAGLIETTI, *L'equo compenso e la copia privata nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *NGCC* 2011, 1104 ss., a cui fa seguito ID., *Copia privata ed applicazione soggettiva. La ricaduta in Italia della sentenza Padawan*. *Nota a Trib.Roma 23 settembre 2011; Trib.Milano 14 febbraio 2011*, in *NGCC* 2012, 316 ss.

(45) CGUE 21 ottobre 2010, cit., punti 35-36.

(46) CGUE 21 ottobre 2010, cit., punti 40-41. Le dottrine nazionali avevano a lungo dibattuto sulla natura dell'atto di copia privata, dibattito limitato in Italia, in ragione della scelta semantica operata dal nostro legislatore all'atto dell'implementazione della Direttiva InfoSoc (artt.68 e 71sexies l.aut.) tra condotta di copia come oggetto di agere licere (cfr. V.M. DE SANCTIS, *La copia privata nel d.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, in *IDA* 2004, 115 ss.; SPOLIDORO, op. cit., 203) e condotta di copia sostanzianta un vero e proprio diritto soggettivo attribuito all'utente (in tal senso già SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.* 2002, I, 593; PENNISI, op. cit., 181; ANGELICCHIO, op. cit., 570). Contro la seconda chiave di lettura cfr., tuttavia, Trib. Milano, 1 luglio 2009, in questa *Rivista* 2010, 877; Trib. Milano, 16 luglio 2008, ivi 2009, 721; App. Parigi, 4 aprile 2007, in *IIC* 2009, 360, confermata da Cass. [Francia] 19 giugno 2008, in *RIDA* 2008, 298, che hanno escluso l'attribuzione di un diritto soggettivo all'utente legittimante, tra tutti, una richiesta di rimozione di misure tecnologiche di protezione al fine di godere dell'eccezione di copia privata. Nonostante gli impropri riferimenti al "danno" patito dagli autori quale fondamento dell'equo compenso, *Padawan* conferma la natura remunerativa e non risarcitoria del meccanismo di copia privata e la natura atecnica del riferimento all'illecito, "con il prelievo imposto agli utenti che si attegga quale prestazione corrispettiva dello sfruttamento dell'opera non mediato dalla dinamica dell'esclusiva e del consenso" (così MEZZANOTTE, op. cit., 313, a cui si può inoltre fare riferimento (ivi, 310 ss.) per l'attenta ricostruzione del dibattito italiano in materia anche precedente alla riforma del 2003). Si afferma così quel "principio di onerosità di ogni singolo atto di fruizione di un'opera" di cui si dà conto in GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2001, 118, nonché in GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in questa *Rivista* 2002, 152 ss., e già in precedenza, con ampia ricostruzione comparativa e riferimento anche ai produttori e distributori di strumenti di riproduzione, SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1995, 48 ss.

potenzialmente effettuabili per il tramite dei loro prodotti, sostenendo come tale decisione fosse giustificata dal fatto che l'attività dei produttori rappresentasse una precondizione fattuale alla copia stessa, che il costo potesse comunque essere trasferito ai reali beneficiari dell'eccezione – i consumatori – con un aumento proporzionale del prezzo d'acquisto, e che il pregiudizio causato dal singolo utilizzatore fosse troppo piccolo rispetto all'elevato costo del suo *enforcement*, circostanza questa che rendeva il prelievo individuale del compenso inefficiente, irragionevole e dunque ingiustificato. (47)

In numerose pronunce successive, la Corte ha ammesso la piena discrezionalità degli Stati Membri nella definizione dei meccanismi dei propri sistemi di prelievo, (48) declinando con specificazioni successive la nozione di equità rispetto alle caratteristiche dello schema nazionale di volta in volta considerato, e formulando pertanto principi *ad hoc* caratterizzati da elevata specificità fattuale anziché dalla più auspicabile portata generale. E' stato così giudicato iniquo un sistema finanziante il compenso dovuto ai titolari dei diritti dal bilancio generale dello stato, poiché imponente il costo delle copie private a tutti i contribuenti e non alle sole persone fisiche potenziali beneficiarie dell'eccezione di cui all'art.5, secondo comma, lettera a) InfoSoc, (49) mentre sono stati al contrario ritenuti legittimi schemi di compensazione indiretta, come quello in cui metà delle somme raccolte venivano dirette ad istituzioni sociali e culturali esercitanti azioni a beneficio dei titolari del diritto all'equo compenso, (50) ed equi (ossia in grado di assicurare un equo bilanciamento tra interessi confliggenti (51)) meccanismi che escludevano il pagamento del compenso in caso di pregiudizio minimo, (52) che garantivano la

---

(47) CGUE 21 ottobre 2010, cit., punti 46-49. Cfr. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 211, che nota come l'imposizione del prelievo sui produttori sia chiaramente ritenuto giustificabile solo in virtù del loro svolgimento di attività imprenditoriale che "beneficia (seppur indirettamente, in forma di maggiori vendite) della correlativa libertà di utilizzazione per uso personale assegnata agli utenti" dall'eccezione di copia privata.

(48) In questo senso CGUE 5 marzo 2015, in causa C-463/12, *Copydan Båndkopi c. Nokia Danmark*, [2012] GU C-399/13-14, punto 26. Il principio è stato esteso fino a consentire agli Stati Membri di imporre il prelievo su commercianti esteri anche se non formalmente produttori, anche quando l'utente finale abbia acquistato il prodotto via internet e quindi agito, in ultima istanza, quale effettivo importatore nel Paese in cui lo stesso verrà potenzialmente utilizzato per effettuare copie private. Sul punto si veda COGO, *Copia privata e commercio transfrontaliere di supporti di registrazione*, in *Giur.it.* 2012, 829 ss., nonché COLANGELO, *Copia privata ed equo compenso per gli autori alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giur.comm.* 2011, II, 1288 ss.

(49) Così, invece, CGUE 9 giugno 2016, in causa C-470/14, *EGEDA e altri c. AMETIC*, [2016] EU:C:2016:418, punto 41.

(50) La CGUE ha risolto in maniera definitiva le controversie sul punto, originate da divergenti interpretazioni nazionali, in CGUE 11 luglio 2013, in causa C-521/11, *Amazon.com c. Austro-Mechana*, [2013] EU:C:2013:515, punto 49. Il caso Austro-Mechana conferma, inoltre, la classificazione in termini di illecito civile del mancato pagamento dell'equo compenso (ivi, punto 50), e della copia privata quale "atto autorizzato".

(51) CGUE 11 luglio 2013, cit., punto 34.

(52) CGUE 5 marzo 2015, *Copydan Båndkopi*, cit., punti 27-28 ("la plurifunzionalità e il carattere secondario della funzione connessa alla riproduzione possono incidere sull'entità dell'equo compenso. (...) Qualora risulti che, in pratica, il complesso degli utenti di un supporto usi raramente tale funzione, la messa a disposizione di quest'ultima, conformemente al considerando 35 della direttiva 01/29, non può far sorgere alcun obbligo di pagamento

parità di trattamento tra operatori di mercato, (53) che suddividono proporzionalmente il prelievo tra differenti prodotti facenti parte di una catena di strumenti finalizzati alla riproduzione, (54) o che offrano un sistema di rimborso efficace, ben pubblicizzato e semplice a favore di soggetti a cui erroneamente era stato applicato il prelievo sul prezzo di acquisto in quanto non beneficiarie dell'eccezione *de quo* (ad es. persone giuridiche o persone fisiche utilizzanti il supporto alla copia nell'esercizio della propria professione). (55)

Non sono mancate, invero, indicazioni sistematiche di rilievo, seppure veicolate in forma indiretta: la CGUE ha, ad esempio, richiesto ai legislatori nazionali di distinguere tra fonti legittime ed illegittime di copie private e di imporre prelievi solo sulle prime, (56) ed escluso che l'autorizzazione alla riproduzione da parte del titolare del diritto potesse avere un impatto sull'equo compenso dovuto, (57) in entrambi i casi chiarendo in via definitiva come quest'ultimo dovesse qualificarsi quale remunerazione di natura indennitaria per utilizzi leciti non autorizzati, e non quale risarcimento per usi illeciti dell'opera. (58)

Nel delineare i confini esterni delle eccezioni ed i loro pilastri concettuali portanti, la Corte ha indicato la via maestra facendo ampio uso del metodo di interpretazione teleologico e dando rilevanza centrale agli obiettivi dell'armonizzazione ed alle funzioni del diritto d'autore europeo, così come identificati dalle direttive. Gli stessi principi hanno guidato la definizione dei margini di discrezionalità rimessi agli Stati Membri: nel ribadire come le eccezioni vadano

---

dell'equo compenso, dato che il pregiudizio causato ai titolari dei diritti sarebbe considerato minimo”).

(53) CGUE 5 marzo 2015, cit., punto 33.

(54) CGUE 27 giugno 2013, in cause riunite C-457-458-459-460/11, *VG Wort c. Kyocera e altri*, [2013] EU:C:2013:426, punto 78, in cui la CGUE specifica, però, che la somma ultima versata non deve essere superiore alla remunerazione che si riceverebbe ove venisse ad essere preso in considerazione un singolo strumento di copia.

(55) CGUE 11 luglio 2013, *Amazon.com*, cit., punti 35-37; sulla stessa linea v. CGUE 5 marzo 2015, *Copydan Båndkopi*, cit., punto 55.

(56) L'importante affermazione, particolarmente contestata in virtù del fatto che nulla l'art.5, secondo comma lettera (b) InfoSoc dice sul punto, viene da CGUE 10 aprile 2014, *ACI Adam*, cit., punti 29 ss., ove la CGUE opera una interpretazione letterale del testo della disposizione (“l'eccezione per copia privata vieta sì ai titolari del diritto d'autore di avvalersi del loro diritto esclusivo di autorizzare o di vietare riproduzioni nei confronti delle persone che realizzano copie private di loro opere, tuttavia essa osta a che tale disposizione sia intesa nel senso che impone, oltre a tale limitazione espressamente prevista, ai titolari del diritto d'autore di tollerare violazioni di loro diritti che la realizzazione di copie private può comportare”. Ivi, punto 31), supportata ulteriormente da considerazioni teleologiche ben determinate, ossia: (a) la necessità di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, non consentendo agli Stati Membri di derogare dalle indicazioni dell'art.5 InfoSoc una volta che abbiano deciso di implementare una delle sue eccezioni (punto 35: “Orbene, se gli Stati membri disponessero della facoltà di adottare o meno una normativa che consente che riproduzioni per uso privato siano realizzate anche a partire da una fonte illegale, ne risulterebbe, con ogni evidenza, un pregiudizio al buon funzionamento del mercato interno”); (b) la necessità di tutelare e promuovere la diffusione della cultura “proteggendo rigorosamente i diritti e lottando contro le forme illegali di messa in circolazione di opere culturali contraffatte o riprodotte abusivamente” (ivi, punto 36).

(57) CGUE 10 aprile 2014, cit., punto 40.

(58) Su cui già supra, nota 46.

interpretate ed applicate in maniera restrittiva, (59) particolarmente alla luce dell'elevato livello di protezione che il nono considerando InfoSoc richiede venga offerto ai diritti esclusivi, la Corte ha seguito un approccio assiologico e sostenuto come tale lettura stringente non debba pregiudicare l'effettività delle norme, ma debba invece garantire l'osservanza e la realizzazione dei loro scopi. (60) Analogo principio generale ha poi ispirato la rivedizione e l'adattamento interpretativo di una serie di disposizioni, consentendo maggiore flessibilità nella loro implementazione ed una loro lettura estensiva ed applicazione analogica a condotte non formalmente coperte ma manifestanti le stesse esigenze di bilanciamento, o costituenti prerequisito per il corretto esercizio dell'eccezione. E' stato questo il caso in *Ulmer* (C-117/15), (61) in cui la Corte ha allargato le maglie della disposizione che consente alle biblioteche di mettere a disposizione degli utenti opere su terminali dedicati (art.5, terzo comma, lettera n) InfoSoc) per autorizzare anche la riproduzione in formato digitale delle collezioni possedute ove necessario ai fini dell'esercizio dell'eccezione, (62) negando inoltre che l'offerta da parte dei titolari dei diritti di accordi di licenza per la digitalizzazione potesse precludere tale possibilità, poiché tale *caveat* avrebbe significato subordinare la realizzazione dello scopo della norma derogatoria ("*promuovere l'interesse pubblico alla promozione della ricerca e dello studio individuale attraverso la disseminazione della conoscenza*") all'azione unilaterale discrezionale dei titolari del diritto. (63) Similmente, in *Vereniging Openbare Bibliotheken (VOB)*, (64) la Corte ha esteso l'eccezione di prestito pubblico ex art.6, primo comma Noleggio agli e-books, sostenendo come alla luce dei nuovi sviluppi tecnologici ed economici (65) l'efficacia della disposizione e la realizzazione del suo

---

(59) Il principio è affermato con forza in CGUE 16 luglio 2009, *Infopaq*, cit., punti 56-57.

(60) La dottrina CGUE sulla necessaria protezione dell'effettività dell'eccezione trae origine da CGUE 4 ottobre 2011, nelle cause riunite C-403/08 *Football Association Premier League Ltd e altri c. QC Leisure e altri* e C-429/08 *Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd* (FAPL), [2011] ECR I-09083, che al punto 163 sancisce come "Ciò premesso, l'interpretazione di tali requisiti deve consentire di salvaguardare l'effetto utile dell'eccezione così istituita e di rispettarne la finalità, come emerge, segnatamente, dal trentunesimo 'considerando' della direttiva sul diritto d'autore e dalla posizione comune (CE) n. 48/2000, emanata dal Consiglio in data 28 settembre 2000 ai fini dell'adozione della direttiva medesima (GU C 344, pag. 1)".

(61) CGUE 11 settembre 2014, in causa C-117/13 *Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG*, [2014] EU:C:2014:2196, in *Dir.inf.* 2014, 932.

(62) CGUE 11 settembre 2014, cit., punto 57, a patto che, tuttavia, non sia permesso stampare o salvare su supporto USB le opere digitalizzate, al fine di assicurare un corretto bilanciamento tra la preservazione dell'obiettivo dell'eccezione e la necessità di fornire elevato livello di protezione ai diritti economici esclusivi.

(63) CGUE 11 settembre 2014, cit., punti 27-28.

(64) CGUE 10 novembre 2016, in causa C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht*, [2016] EU:C:2016:856, su cui v. LINKLATER, *The libraries strike back: the right to e-lend under the Rental and Lending Rights Directive in Vereniging Openbare Bibliotheken*, in *CMLR* 2017, 1555 ss., nonché GERA, *One copy, one user e-lending now part of the e-lending right further to Vereniging Openbare Bibliotheken*, in *JiPLP* 2017, 84 ss. Per un inquadramento della problematica precedente alla decisione v. SPEDICATO, *La disciplina giuridica del prestito digitale di opere dell'ingegno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2013, 1055 ss.

(65) La CGUE ha citato in supporto della tesi il quarto considerando della Direttiva Noleggio II, che richiede che la disciplina in materia di diritto d'autore sia interpretata ed

scopo di promozione culturale sarebbero rimasti frustrati da un'applicazione della stessa alle sole copie materiali. (66)

Gli interventi più innovativi della CGUE vengono, tuttavia, dal campo dei diritti fondamentali. Poco dopo il debutto del principio dell'equo bilanciamento quale strumento principe dell'arsenale interpretativo della Corte, segnato da *Promusicae* nel settore delle misure cautelari dirette verso gli *internet service providers*, (67) la CGUE

---

adattata alla luce dei nuovi sviluppi economici e di mercato (CGUE 10 novembre 2016, cit., punto 45).

(66) CGUE 10 novembre 2016, cit., punti 50-53, con una conclusione di matrice assiologica affiancata dall'attenta considerazione dell'argomento di interpretazione letterale: la limitazione alle copie materiali operata dall'art. 7 WC e dal relativo Agreed Statement con riferimento ai diritti di noleggio e distribuzione, infatti, è ritenuto non applicabile al diritto di prestito, che non trova menzione nel trattato OMPI (ivi, paragrafi 33-34).

(67) Nel famosissimo ed ampiamente citato punto 68 di CGUE 29 gennaio 2008, *Promusicae*, cit., "Di conseguenza, gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione delle suddette direttive, a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alle dette direttive, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i summenzionati diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità". Cfr. L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e "privacy"*, in *Foro it.* 2014, 94 ss. *Promusicae* non rappresenta, tuttavia, il debutto dei diritti fondamentali quale fattore interpretativo determinante il rapporto tra interessi confliggenti nel settore del diritto d'autore. Già nel 1998 in *Metronome Music* (CGUE 28 aprile 1998, in causa C-200/96, *Metronome Music GmbH c. Music Point Hokamp GmbH* [1998] ECR I-01953, punto 21) la CGUE guarda al bilanciamento tra diritti fondamentali per decidere, negativamente, su una questione di invalidità dell'art. 1 della Direttiva Noleggio, e così otto anni dopo in similmente aveva proceduto in CGUE 12 settembre 2006, in causa C-479/04 *Laserdisken ApS c. Kulturministeriet* [2006] ECR I-08089, punto 61, dove una società danese che aveva fatto a lungo affidamento sul principio dell'esaurimento internazionale del diritto di distribuzione per condurre i propri traffici transfrontalieri di copie di opere cinematografiche aveva sollevato questione di invalidità dell'art.4, secondo comma InfoSoc e la sua introduzione dell'esaurimento comunitario, per presunta violazione sproporzionata della sua libertà di espressione. In entrambi la Corte ha rigettato le doglianze attoree attraverso un "loose proportionality assessment" (GRIFFITHS, *Constitutionalizing*, cit., 67) composto di due elementi, il primo consistente nell'identificazione dei diritti o libertà confliggenti e coinvolte nell'esercizio di bilanciamento, il secondo sostanziantesi nell'esame della validità della soluzione legislativa adottata, articolato quest'ultimo a sua volta nella verifica della sua (a) legalità, (b) giustificazione alla luce dell'interesse pubblico, e (c) necessità e proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito (*Laserdisken*) oppure proporzionalità ed interferenza non intollerabile con l'essenza dei diritti tutelati (*Metronome*). Tale applicazione embrionale del test di proporzionalità, già utilizzato dalla CGUE in altri settori e costruito sulla base delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri, della CEDU e della Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (si vedano, ad es., caso CGUE 17 ottobre 1995, in causa C-44/94, *R c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fishermen's Organisations e altri* [1995] ECR I-3115, punto 55; CGUE 10 dicembre 2002, in causa C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* [2002] ECR I-11453, punto 122; con riferimento alla libertà di espressione CGUE 25 marzo 2004, in causa C-71/02, *Karner* [2004] ECR I-3025, punto 50), opera evidentemente nel diverso e molto più tradizionale contesto dell'applicazione verticale dei diritti fondamentali quale metro per la verifica della legittimità e validità di disposizioni di diritto comunitario. La casistica in materia di bilanciamento tra diritto

si è più volte trovata a determinare se e fino a che punto le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) potessero influenzare l'interpretazione delle eccezioni, modificandone natura ed ambito di applicazione. Parte delle più pressanti incertezze interpretative sono state risolte da *Painer*, in cui la Corte ha avuto modo di chiarire come la necessità di rispettare i diritti fondamentali – e nel caso di specie la libertà di stampa – non potesse di per sé giustificare l'applicazione di una norma derogatoria il cui scopo era quello di proteggere la sicurezza pubblica: si sanciva quindi, in termini generali, come solo la protezione dello specifico diritto fondamentale sotteso all'operatività di un'eccezione potesse essere utilizzato per ampliarne i confini al fine di preservare la realizzazione dello scopo della disposizione. (68) La decisione rappresenta una delle rare istanze in cui la CGUE abbia offerto linee guida essenziali sulla dottrina dell'equo bilanciamento, almeno fino alla trilogia della Grande Sezione del luglio 2019, di cui si tratterà più diffusamente in seguito (§6). E' questo un settore in cui, infatti, la giurisprudenza della Corte si è più distinta nella creazione di dilemmi esegetici aggiuntivi che nella risoluzione di quesiti interpretativi esistenti.

3.2. Caso paradigmatico in tal senso è *Deckmyn*. (69) Interrogata sulla legittimità della definizione restrittiva della nozione di parodia offerta dalla legislazione belga, la Corte statuisce come “parodia” rappresenti concetto autonomo di diritto europeo da interpretarsi uniformemente all'interno dell'Unione: se, dunque, gli Stati Membri restano liberi di decidere discrezionalmente sulla trasposizione delle eccezioni opzionali di cui all'art.5 InfoSoc, all'atto dell'implementazione le norme nazionali devono convergere verso definizioni quasi standardizzate. (70) La spinta in avanti dei confini dell'armonizzazione, tuttavia, non si ferma qui: la CGUE indica infatti, inoltre, che l'art.5, terzo comma, lettera k) InfoSoc deve essere implementato dagli Stati Membri in maniera tale da garantire un equo bilanciamento tra diritto d'autore e libertà di espressione, evitando dunque, in particolare, l'imposizione di criteri più restrittivi di quelli discendenti dal comune intendimento delle caratteristiche della parodia. (71) Allo stesso tempo, viene ribadito come l'esercizio dell'eccezione debba

---

d'autore e diritti fondamentali è stata analizzata e classificata secondo differenti criteri. Si vedano, tra tutti, OLIVER e STOTHERS, *Intellectual Property under the Charter: Are the Court's Scales Properly Calibrated?*, in *CMLR* 2017, 54, e che guardano alla presenza o meno di riferimenti all'art.17 CDFUE, o VAN DEURSEN e SNIJDERS, *The Court of Justice at the Crossroads: Clarifying the Role for Fundamental Rights in the EU Copyright Framework*, in *IIC* 2018, 1080, che optano invece per un raggruppamento basato sui temi toccati dalla decisione (diritti esclusivi, eccezioni, tutela giurisdizionale tra tutti).

(68) CGUE 1 dicembre 2011, in causa C-145/10, *Eva-Maria Painer c. Standard Verlags GmbH e altri* [2011] ECR I-12533, punto 116.

(69) CGUE 3 settembre 2014, in causa C-201/13 *Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others* [2014] EU:C:2014:2132.

(70) CGUE 3 settembre 2014, cit., punto 15.

(71) CGUE 3 settembre 2014, cit., punto 25. Il caso ha ingenerato ampi dibattiti, con particolare riguardo al suo impatto sull'interpretazione della natura delle eccezioni di cui all'art. 5 InfoSoc ove la loro introduzione sia sottesa alla protezione di uno o più diritti fondamentali confliggenti con il diritto d'autore. Si vedano, sul punto, ROSATI, *Just a Laughing Matter? Why the Decision in Deckmyn is Broader than Parody*, in *CMLR* 2015, 511 ss.; SBARBARO, *La nozione autonoma di diritto dell'Unione Europea di “opera parodistica” ed il “giusto equilibrio” nell'applicazione della relativa eccezione al diritto d'autore secondo la sentenza della Corte di*

essere limitato o addirittura impedito ove venga a confliggere con il principio di non-discriminazione, così come declinato dalla CDFUE.

Le conseguenze che la Corte trae dal collegamento tra parodia e protezione della libertà di espressione sono di non poco rilievo: si va, infatti, verso un'armonizzazione molto più pervasiva del contenuto dell'eccezione e verso la sua trasformazione implicita da norma opzionale a norma di applicazione obbligatoria, potendo i legislatori nazionali evitare la trasposizione dell'art.5, terzo comma, lettera k) InfoSoc solo ove dimostrino di garantire altrimenti l'equo bilanciamento tra privativa autorale e libertà di espressione. (72) Allo stesso modo, si introduce il principio per cui i diritti e le libertà fondamentali non giustifichino solamente un ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione e del contenuto delle norme derogatorie, ma ne possano comportare una compressione ove il godimento o la tutela dei primi sia incompatibile con il loro esercizio.

Tuttavia, per quanto alle sue argomentazioni si debba l'aggiunta di ulteriori tasselli nella costruzione dogmatica del rapporto tra diritto d'autore e diritti fondamentali, *Deckmyn* veicola anche nuovi elementi di instabilità nel sistema e sollevi ulteriori questioni di difficile risoluzione per le corti nazionali. La CGUE, infatti, non ha voluto esprimersi sul se ed in che termini la sua nuova dottrina debba essere applicata ad altre eccezioni ex art.5 InfoSoc a cui sia sottesa la protezione di un diritto o libertà fondamentale, né ha fornito indicazioni sui principi ed i criteri da utilizzare per risolvere il conflitto che venga a crearsi nel momento in cui l'esercizio di un'eccezione sia necessaria a tali fini, ma comporti allo stesso tempo la violazione di un altro diritto o libertà fondamentale. (73)

Più in generale, nell'utilizzare la nozione di equo bilanciamento quale principale criterio per la definizione dei confini esterni delle eccezioni, della loro natura opzionale o obbligatoria e della loro applicabilità nel caso concreto senza fornire linee guida chiare per orientare la valutazione giudiziale, la CGUE ha contribuito ad aumentare il grado di incertezza e la frammentazione già causate da struttura e natura dell'art.5 InfoSoc, e lo stesso ha fatto con l'interpretazione che ha voluto offrire dell'art.5, quinto comma InfoSoc e del suo *three-step test*. In *ACI Adam* e nelle decisioni che vi sono seguite, infatti, la CGUE ha escluso che il test possa essere utilizzato come clausola simile al *fair use* statunitense o strumento atto a modificare il contenuto delle eccezioni ex art.5 InfoSoc, (74) ma debba al contrario intendersi quale monito per le corti nazionali a che limitino o escludano l'applicazione dell'eccezione nel caso concreto ove il suo impatto sul normale sfruttamento dell'opera e sugli interessi legittimi del titolare del diritto si riveli eccessivo. (75) Tale

---

*Giustizia del 3 settembre 2014, causa C-201/13, in DMT 2014, 7 ss.; BOGGIO, L'opera parodistica tra proprietà intellettuale e diritti della personalità, in Giur.it 2015, 1137 ss.*

(72) Per un commento più approfondito sul punto si veda EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*, in *EIPR* 2015, 130 ss.

(73) Simili osservazioni si ritrovano in GRIFFITHS, *Taking Power Tools*, cit., 154-155.

(74) Con un'affermazione molto esplicita in CGUE 10 aprile 2014, *ACI Adam*, cit., punto 26: "Di conseguenza, l'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 01/29 non intende né incidere sul contenuto materiale delle disposizioni contemplate all'articolo 5, paragrafo 2, di tale direttiva né, in particolare, ampliare la portata delle diverse eccezioni e limitazioni ivi previste".

(75) CGUE 10 aprile 2014, cit., punto 27.

approccio, criticato per la dubbia compatibilità con la dottrina dell'equo bilanciamento e la necessità di garantire una adeguata protezione dei diritti fondamentali, (76) ha introdotto un ulteriore elemento di incertezza nel funzionamento del sistema di norme derogatorie, rimettendo la decisione finale sulla loro applicazione alla discrezionalità delle corti nazionali, ancora una volta senza fornire indicazioni di principio in grado di ridurre il rischio di decisioni frammentate e confliggenti.

Un aumento del livello di entropia sistematica rischia poi di derivare dall'introduzione, da parte di *Deckmyn*, della nozione di concetto autonomo di diritto europeo nel contesto dell'art. 5 InfoSoc, che pare avocare alla Corte il potere di spingere in avanti l'armonizzazione legislativa per il tramite di una standardizzazione giudiziale di definizioni e concetti generali, indipendentemente dalla preesistenza o meno di una analoga eccezione nazionale e dai suoi contenuti. E se non è possibile prevedere quanto in là la CGUE vorrà e oserà spingersi nell'opera di uniformazione, riducendo così i gradi di discrezionalità e flessibilità rimesso agli Stati Membri nella definizione di contenuto ed ambito applicativo delle eccezioni, ad oggi le corti nazionali restano in ogni caso sprovviste di indicazioni univoche sull'ampiezza del proprio margine di apprezzamento, con ovvie conseguenze su prevedibilità, certezza e coerenza dello sviluppo giurisprudenziale della disciplina.

3.3. A dispetto del cospicuo numero di decisioni pronunciate in materia nell'ultimo decennio e dell'ampia varietà di questioni pregiudiziali sollevate dalle corti del rinvio, il numero di interrogativi ed elementi dubbi lasciati in sospeso ed in alcuni casi quasi volutamente elusi dalla CGUE rimane sorprendentemente elevato, con un problematico impatto sullo sviluppo armonico del diritto d'autore europeo.

La prima questione rimasta aperta riguarda la natura delle eccezioni ex art.5 InfoSoc. Nonostante il trentunesimo considerando della Direttiva specifichi come il secondo e quarto comma dell'art. 5 InfoSoc debbano intendersi quali disposizioni di implementazione discrezionale, infatti, *Deckmyn* ha ravvivato la *querelle*, statuendo come un'eccezione finalizzata alla protezione di un diritto fondamentale debba necessariamente essere trasposta ove non sia possibile raggiungere risultati analoghi attraverso l'adozione di altre soluzioni regolatorie, e sottintendendo quindi che uno dei possibili esiti dell'equo bilanciamento tra diritto d'autore e diritti fondamentali possa essere la trasformazione di una norma opzionale in norma dalla trasposizione obbligatoria. Come, in che termini ed entro quali limiti ciò debba e possa accadere, e per mano e penna di chi, rimane tuttavia un punto irrisolto, peraltro già latente nei dibattiti dottrinali e nelle pagine dei repertori giurisprudenziali.

A ben vedere, infatti, *Deckmyn* si pone in linea di continuità con una serie di pronunce della Corte di Giustizia, quali, tra tutte, *Ulmer* e *VOB*, che in via diretta o implicita avevano attribuito ai diritti fondamentali un ruolo centrale nel superamento delle rigidità del regime delle eccezioni, quale base normativa per l'introduzione di

---

(76) Si veda ad esempio, tra i contributi più recenti, SENFTLEBEN, *From Flexible Balancing Tool to Quasi-Constitutional Straitjacket – How the EU Cultivates the Constraining Function of the Three-Step Test*, in MYLLY e GRIFFITHS (a cura di), *The Transformation of Global Intellectual Property Protection*, in corso di pubblicazione, disponibile su [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3576019](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576019), 1 ss.

soluzioni giudiziali *ad hoc* anche oltre i confini fissati dal legislatore. (77) Sulla scorta di tali suggestioni, alcuni autori si erano spinti sino a teorizzare come la costituzionalizzazione del diritto d'autore europeo, mediata dalla dottrina dell'equo bilanciamento, potesse agilmente condurre all'abrogazione implicita della natura esaustiva della lista di eccezioni ex art.5 InfoSoc. (78) Una simile conclusione, tuttavia, contrasta con altri principi enunciati dalla CGUE, quali l'interpretazione restrittiva delle eccezioni e dei loro requisiti (79) (seppur bilanciata dalla loro lettura teleologicamente orientata) (80) e la richiesta rivolta agli Stati Membri di rispettare, nell'esercizio della propria discrezionalità legislativa, i principi generali del diritto europeo. (81) In questo senso, *Deckmyn* mette a nudo un'evidente frizione tra testi normativi e tesi giurisprudenziali, che la Corte si guarda bene dall'affrontare, preferendo all'enunciazione di principi generali la formulazione di soluzioni specifiche per il caso concreto, ed omettendo più in generale di definire con maggiore chiarezza i limiti operativi dell'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali in materia.

Neppure il campo delle eccezioni è rimasto poi immune dalle questioni esegetiche sollevate dal nebuloso rapporto tra Direttiva InfoSoc quale *lex generalis* e direttive di settore. Le poche decisioni relative a norme derogatorie ulteriori rispetto a quelle previste dall'art.5 InfoSoc hanno fatto ampio riferimento al principio della *lex specialis* per circoscrivere la propria portata alla direttiva oggetto di rinvio pregiudiziale, con l'intento da un lato di liberarsi dalle rigidità imposte dalla tradizionale interpretazione letterale della Direttiva InfoSoc e del WIPO Copyright Treaty (WCT) in favore di esegesi più teleologicamente orientate, e dall'altro di evitare la creazione di precedenti "orizzontali" in chiaro contrasto con letture più conservatrici ma consolidate dei testi normativi vigenti: un esempio eclatante in tal senso è *VOB*, pronuncia in cui la Corte ha sottolineato la natura di *lex specialis* della Direttiva Noleggio e l'assenza del diritto di prestito nel WCT per giustificare l'estensione dell'eccezione di prestito pubblico agli e-books, nonostante l'*Agreed Statement* all'art.6 WCT sui diritti di noleggio e distribuzione limitasse l'oggetto di questi ultimi alle sole copie materiali. (82) E se tale approccio è in teoria coerente con e rispettoso del primato del legislatore nell'assunzione di decisioni di politica del diritto e correzione di lacune ed imprecisioni nei testi legislativi, non se ne possono ignorare i dubbi effetti sulla coerenza, chiarezza ed unitarietà sistematica della disciplina, chiaramente minata da pronunce attente a rispondere solo alla limitata questione concreta e ad operare distinguo sul proprio ambito applicativo, anziché peritarsi di riportare ordine in un quadro già sufficientemente frammentato da non necessitare ulteriori segmentazioni silenti.

Il tema più rilevante tra quelli trascurati dalla CGUE resta, tuttavia, quello della dottrina dell'equo bilanciamento e della puntualizzazione del suo contenuto. Dieci

(77) Per analoghe osservazioni si veda ROSATI, op. cit., 511.

(78) Oltre che GRIFFITHS, op. ult. cit., 156, e EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, op. cit., 132, si tratta di un'opinione condivisa anche da GEIGER e IZYUMENKO, *Towards a European 'Fair Use' Grounded in Freedom of Expression*, in *American University International Law Review* 2019, 1 ss.

(79) Come già menzionato, originate in CGUE 16 luglio 2009, *Infopaq*, cit., punto 56.

(80) CGUE 4 ottobre 2011, *FAPL*, cit., punto 163.

(81) Così esplicitamente in CGUE 1 dicembre 2011, *Painer*, cit., punto 105.

(82) CGUE 10 novembre 2016, *VOB*, cit., punto 36.

anni di precedenti, da *Promusicae* in poi, hanno delineato “a singhiozzi” una mappa concettuale diretta a guidare il temperamento giudiziale tra diritto d’autore e diritti fondamentali ed articolata in tre passaggi, dall’identificazione del diritto o della libertà confliggente con la privativa autorale (1) e della sua connessione con la specifica norma oggetto della controversia (2) alla verifica dell’equità del bilanciamento, valutata sulla base di criteri sovrapponibili, ad oggi, agli elementi del test di cui all’art.52, primo comma CDFUE (3). (83) Su questa base, i giudici della Corte stabiliscono se la misura contestata incida negativamente sull’essenza della libertà o diritto coinvolti, escludendo in tal caso *ex se* la presenza di un equo bilanciamento; nel caso in cui ciò non avvenga, la CGUE procede all’applicazione del test di proporzionalità, differenzialmente strutturato a seconda del settore oggetto di analisi. (84) Ed è proprio su questo punto che si avverte maggiormente la “latitanza” della CGUE. Se, infatti, nel più sviluppato settore delle misure cautelari rivolte ad *internet service providers* la valutazione di proporzionalità si articola su tutti i criteri di cui all’art.52 CDFUE (scopo legittimo, appropriatezza, necessità, proporzionalità in senso stretto), quando l’equo bilanciamento viene in gioco per delineare l’ambito applicativo delle eccezioni il test viene applicato nel dettaglio solo in sporadici casi, mentre nella maggioranza delle decisioni i suoi elementi singoli non sono neppure accennati, facendovisi invece riferimento solo in maniera cursoria e concisa: (85) la valutazione dello scopo legittimo e dell’appropriatezza della misura sono solitamente assorbiti all’interno della verifica della non-lesione dell’essenza del diritto, quest’ultima limitata al riscontro del permanere dell’effettività dell’eccezione o della norma tutelante il diritto esclusivo, anziché diretta a verificare la preservazione dell’essenza del diritto fondamentale coinvolto; segue, poi, una breve valutazione della necessità e proporzionalità *stricto sensu* della restrizione del diritto per la protezione del diritto o della libertà confliggente. (86)

Nonostante il susseguirsi nel tempo di decisioni sempre più puntuali abbia contribuito a fornire linee guida maggiormente dettagliate per le corti nazionali, la dottrina dell’equo bilanciamento resta dunque poco sviluppata ed indebolita da numerose e significative lacune: basti pensare alla mancata definizione del concetto di essenza del diritto d’autore ex art.17, secondo comma CDFUE, (87) circoscritto

---

(83) Per un’analisi della questione in maggiore dettaglio, sia consentito fare riferimento a 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*, in *EIPR* 2019, 683 ss.

(84) Per una valutazione critica dell’applicazione del principio di proporzionalità nella giurisprudenza CGUE, può farsi riferimento all’analisi generale condotta da KOSTA, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation*, Bloomsbury, Londra, 2015, 61 ss. Con riferimento al diritto d’autore, v. FISCHMAN AFORI, *Proportionality – A New Mega Standard in European Copyright Law*, in *IIC* 2014, 880 ss.

(85) Un’analisi più dettagliata dell’emersione del test di proporzionalità nell’applicazione del principio dell’equo bilanciamento da parte della Corte di Giustizia, con numerosi esempi concreti e ampi riferimenti bibliografici, cfr. SGANGA, op. ult. cit., 694 ss.

(86) SGANGA, op. ult. loc. citt.

(87) Così anche HUSOVEC, op. ult. loc. citt. Il dibattito dottrinale sul ruolo della nozione di essenza nel bilanciamento tra diritti fondamentali confliggenti e parimenti protetti dalla CDFUE si è particolarmente intensificato negli ultimi anni, complici alcuni pronunce poco chiare della Corte. Sul punto può essere utile fare riferimento alle ricostruzioni attente di BRKAN,

invece alla mera e vaga identificazione del c.d. “oggetto specifico” dei diritti economici e morali; (88) o al mancato chiarimento del rapporto tra fonti nella costruzione del contenuto dei diritti confliggenti, con particolare riguardo al ruolo della CEDU ed alla possibilità di integrare l’interpretazione dei diritti fondamentali della CDFUE con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri, (89) come è stato fatto nel settore del diritto di proprietà. (90) Avvolta da tale spessa coltre di nubi, la dottrina dell’equo bilanciamento resta dunque sfuggibile, ed altrettanto poco chiare rimangono le sue potenzialità quale strumento in grado di ampliare in confini esterni della discrezionalità giudiziale nella costruzione del diritto d’autore europeo.

È questo il quadro con cui il legislatore eurounitario si è trovato a confrontarsi al momento della valutazione d’impatto della Direttiva InfoSoc, quando è diventato non solo pressante ma ineludibile il bisogno di ripensamento di oggetto, contenuto e natura delle eccezioni nel contesto della nuova fase di armonizzazione e modernizzazione della disciplina.

4. Per leggere le prime linee sullo stato dell’arte di eccezioni e limitazioni da parte della Commissione UE si deve attendere il Libro Verde “Il diritto d’autore nell’economia della conoscenza” (91) del 2008 che, nel definire la libera circolazione

---

*The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to Its Core*, in *ECLR* 2018, 337 ss. La CGUE è chiara nell’escludere che si possa assumere la presenza di un equo bilanciamento ove l’essenza del diritto fondamentale sia violata, come già accade in altri settori del diritto eurounitario. Sul punto OJANEN, *Making the Essence of Fundamental Rights Real: the Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter*, ivi 2016, 318 ss.

(88) Decisioni in altri settori hanno sottolineato l’opportunità di evitare l’utilizzo della maggiore remunerazione possibile quale metro di riferimento per la valutazione: in tal senso si veda, espressamente, CGUE 4 ottobre 2011, *FAPL*, cit., punto 94, in linea con precedenti risalenti nel tempo e parte di una giurisprudenza oramai consolidata. Tra tutti v. CGUE 18 marzo 1980, in causa C-62/79, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, e altri contro Ciné Vog Films e altri*, [1980] ECR I-881, punti 15-16; CGUE 20 gennaio 1981, nelle cause riunite 55/80 e 57/80 *Musik-Vertrieb Membran e K-tel International contro GEMA* [1981], ECR I-147, punti 9 e 12; CGUE 20 ottobre 1993, nelle cause riunite C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins contro Intrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul contro EMI Electrola GmbH*, [1993] ECR I-05145, punto 20; CGUE 23 ottobre 2003, in causa C-115/02, *Rioglass e Transremer*, [2003] ECR I-12705, punto 25; CGUE 5 marzo 2009, in causa C-222/07, *UTECA*, [2009] ECR I-1407, punto 25.

(89) Se ne trovano riferimenti in CGUE 15 febbraio 2016, in causa C-601/15, *N.* [2016] EU:C:2016:84, punti 45-46, nonché in CGUE 5 aprile 2017, nelle cause riunite C-217/15 e C-350/15, *Orsi and Baldetti*, [2017] EU:C:2017:264, punto 15.

(90) Era stato questo il caso nei due principali storici precedenti della CGUE in materia di proprietà “costituzionale”, ossia CGUE 13 dicembre 1979, in causa C-44/79, *Hauer contro Land Rheinland-Pfalz*, [1979] ECR I 3727, e CGUE 14 maggio 1974, in causa C-4/73, *Nold contro Commissione*, [1974] ECR I-491.

(91) Libro Verde “Il diritto d’autore nell’economia della conoscenza”, COM (2008) 466 definitivo, 16 luglio 2008, che parte dallo studio sullo stato di salute del mercato unico condotto l’anno prima, ripreso dalla Comunicazione “Un mercato unico per l’Europa del ventunesimo secolo”, COM (2007) 724 definitivo, 20 novembre 2007. Per un primo commento v. GEIGER et al., *What limitations to copyright in the information society? A comment on the European Commission’s Green Paper ‘Copyright in the Knowledge Economy’*, in *IIC* 2009, 412 ss.

di conoscenza e innovazione quale quinta libertà fondamentale dell'Unione abbinante di protezione ed incentivo, (92) analizza l'impatto della Direttiva InfoSoc sulla disseminazione di materiali educativi e dei prodotti della ricerca e della scienza, interrogandosi su quanto l'elenco esaustivo e non obbligatorio di eccezioni offerto dall'art. 5 InfoSoc riesca a garantire un adeguato bilanciamento tra esclusiva e accesso, particolarmente alla luce dell'evoluzione di Internet e delle condizioni sociali, culturali ed economiche della popolazione europea. (93) Il Libro Verde identifica quattro disposizioni essenziali ai fini della diffusione della conoscenza ma ancora assenti nella legislazione eurounitaria: un'eccezione generale per la digitalizzazione e messa a disposizione del pubblico di collezioni librerie e di archivi, (94) un'eccezione diretta a facilitare accesso ed accessibilità di opere protette in favore di persone con disabilità, (95) un'eccezione standardizzata ed obbligatoria diretta a consentire la distribuzione online di opere protette a fini di studio e ricerca, (96) ed un'eccezione legittimante la produzione di c.d. *user-generated content*. (97)

Dovranno passare altri cinque anni perché la Commissione lanci una consultazione pubblica sulla modernizzazione delle norme in materia di diritto d'autore europeo (2013) (98) e chieda nuovamente a *stakeholders* e pubblico, tra i suoi oltre cento quesiti, di pronunciarsi sui problemi sollevati dalla natura opzionale, dalla rigidità e dalla territorialità di eccezioni e limitazioni, (99) annunciando allo stesso tempo la possibilità di rivisitare norme derogatorie esistenti ed aggiungerne di nuove in risposta ad istanze emergenti: l'attenzione è ora rivolta ad accesso alle collezioni librerie (preservazione e archiviazione, accesso dall'esterno, prestito elettronico, digitalizzazione di massa), insegnamento a distanza, ricerca, disabilità, *text and data mining*, *user-generated content* ed ambito di applicazione di eccezioni di copia privata e reprografia. (100) L'analisi delle risposte, pubblicata in forma di relazione commentata nel 2014, (101) testimonia la grande distanza tra percezioni, posizioni e bisogni dei diversi portatori di interesse: se i titolari dei diritti, infatti, si oppongono ad una ulteriore armonizzazione, flessibilizzazione e trasformazione delle eccezioni in norme obbligatorie, gli utenti finali ed istituzionali, affiancati dal pubblico e in alcune ipotesi dagli intermediari si battono per l'adozione di un approccio

---

(92) Libro Verde "Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza", COM (2008) 466 definitivo, 16 luglio 2008, p.2.

(93) Libro Verde, cit., 5-6.

(94) Libro Verde, cit., 7-11.

(95) Libro Verde, cit., 13-15.

(96) Libro Verde, cit., 16-18.

(97) Libro Verde, cit., 19-20. Per un commento dettagliato si veda STAZI, *Intellectual property and consumer law in the knowledge economy*, in IDA 2010, 342 ss.

(98) Commissione Europea, 'Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules', non più accessibile online (rimosso).

(99) Il riferimento va alle domande 21-23 (current legal framework), 24-25 (flexibility) e 26-27 (territoriality).

(100) Domande 28-31 (preservation and archiving), 32-35 (off-premises access to library collections), 36-39 (e-lending), 40-41 (mass digitization), 42-46 (distant learning), 47-49 (research), 50-52 (disabilities), 53-57 (text and data mining), 58-63 (user-generated content), 64-71 (scope of private copying and reprography exception).

(101) Commissione Europea, 'Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules', anche questo documento non più accessibile online.

completamente speculare, e similmente opposte sono poi le opinioni sulla presenza o meno di lacune nella legislazione vigente tali da giustificare l'introduzione di nuove eccezioni o la modifica di norme esistenti. (102)

Nel primo degli atti preparatori successivi alla consultazione, la Comunicazione "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", (103) la Commissione collega la modernizzazione del sistema europeo di diritto d'autore all'obiettivo di migliorare l'accesso ai contenuti digitali, considerato uno dei principali motori di sviluppo e crescita economica. (104) Accanto agli interventi su portabilità, accesso transfrontaliero e regolazione degli intermediari, la Comunicazione evidenzia la necessità di introdurre e/o armonizzare specifiche eccezioni al fine di garantire maggiore certezza del diritto e favorire così usi *cross-border* legittimi di materiale protetto a scopi ritenuti di particolare interesse pubblico, quali la ricerca, l'insegnamento, e lo svolgimento di attività di *text and data mining*, (105) queste ultime essenziali per stimolare innovazione e competitività dell'industria dei dati e dell'intelligenza artificiale. Più dettagli ed una correlata maggiore elaborazione si ritrovano nella Comunicazione "Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore", (106) che illustra caratteri e *rationes* degli interventi sulla disciplina del diritto d'autore ritenuti imprescindibili al fine di raggiungere gli obiettivi fissati dalla strategia per il mercato unico digitale, e che attribuisce in questo contesto un ruolo centrale all'adattamento delle eccezioni alla realtà digitale e transfrontaliera. Si avverte un mutamento netto nella tecnica di armonizzazione prescelta per le norme derogatorie, che da opzionali divengono obbligatorie, e nella definizione della loro natura delle norme derogatorie, che da disponibile diviene (quasi sempre) inderogabile, al fine di scongiurare il rischio di divergenze e frammentazioni nelle trasposizioni nazionali, con correlate nuove incertezze per gli utilizzi transfrontalieri non autorizzati delle opere. (107) Gli scopi di elezione restano, invece, quelli già tracciati dalle Comunicazioni immediatamente antecedenti - istruzione, ricerca, accesso alla conoscenza e preservazione del patrimonio culturale nell'era digitale -, e su questa base si circoscrivono gli obiettivi della riforma all'introduzione di norme specifiche: l'eccezione in favore di soggetti con disabilità visiva, discendente dal Trattato di Marrakesh, l'eccezione per il *text and data mining* a scopo di ricerca, l'eccezione per la digitalizzazione e l'accesso da remoto a collezioni librerie, l'eccezione per l'insegnamento online e la libertà di panorama. (108)

---

(102) Commissione Europea, 'Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules', 22.

(103) Commissione Europea, Comunicazione "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", COM (2015) 192 definitivo, 6 maggio 2015.

(104) Commissione Europea, Comunicazione "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", COM (2015) 192 definitivo, 6 maggio 2015, 6.

(105) Commissione Europea, Comunicazione "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", COM (2015) 192 definitivo, 6 maggio 2015, 7.

(106) Commissione Europea, "Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore", COM (2015) 626 definitivo, 9 dicembre 2015.

(107) Commissione Europea, "Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore", COM (2015) 626 definitivo, 9 dicembre 2015, 6.

(108) Commissione Europea, "Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore", COM (2015) 626 definitivo, 9 dicembre 2015, 7-8.

Il lungo percorso si conclude con la Comunicazione “Promuovere un’economia europea equa, efficiente e competitiva basata sul diritto d’autore nel mercato unico digitale” (109) (2016), che accompagna la proposta di Direttiva CDSM (110) e la relativa valutazione di impatto, offrendo un dettagliato commento sulle scelte legislative compiute dalla Commissione e sulla loro giustificazione empirica e di politica del diritto. (111) Il testo conferma l’obbligatorietà delle eccezioni al fine di garantire maggiore certezza negli utilizzi digitali transfrontalieri e mantenere allo stesso tempo un elevato livello di protezione dei diritti esclusivi, ma ne limita il novero ai soli usi necessari a insegnamento a distanza, preservazione digitale delle collezioni librerie e *text and data mining*, rinviando ad iniziative legislative future questioni correlate e parimenti importanti, come la facilitazione della consultazione da remoto di opere protette per esigenze di ricerca, ed eliminando invece completamente dall’agenda di riforma obiettivi come la protezione della libertà di panorama, sulla base della presunta possibilità per gli Stati Membri di procedervi in via indipendente e dell’assenza di un reale bisogno di armonizzazione della disciplina. (112)

Delle numerose criticità e problematiche affliggenti la materia delle eccezioni e portate ad emersione in dieci anni di consultazioni, dibattiti e lavori preparatori, solo alcune sono riuscite a rimanere sul tavolo del legislatore eurounitario ed a ricevere risposta legislativa. Altre, come il c.d. *e-lending*, l’esaurimento digitale, (113) il trattamento dello *user-generated content*, l’accesso da remoto alle collezioni digitali hanno avuto sorte peggiore, con un abbandono spesso silente e comunque senza

---

(109) Commissione Europea, “Promuovere un’economia europea equa, efficiente e competitiva basata sul diritto d’autore nel mercato unico digitale”, COM (2016) 592 definitivo, 14 settembre 2016.

(110) Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d’autore nel mercato unico digitale, COM (2016) 593, 14 settembre 2016.

(111) Il documento, disponibile solo in inglese, è Commission Staff Working Document, “Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes”, SWD/2016/0301 final - 2016/0284 (COD), 82 ss.

(112) Commissione Europea, Comunicazione “Promuovere un’economia europea equa”, cit., 6-7. così come confermato dagli interventi nazionali già orientatisi in tal senso. La decisione viene ritenuta supportata dai risultati della consultazione pubblica sul ruolo degli editori nella c.d. *copyright value chain* e sull’eccezione di panorama, condotta dalla Commissione dal marzo al settembre 2016, i cui risultati sono ancora disponibili su <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-reports-and-contributions-public-consultation-role-publishers-copyright-value-chain>. Sul punto v. DE GREGORIO, *Libertà di Panorama nel "Digital Single Market": quali prospettive?*, in *Riv. dir. art. spett.* 2017, 59 ss.

(113) La questione sembra ora essere stata risolta dalla CGUE in CGUE 19 dicembre 2019, in causa C-263/18 *Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers contro Tom Kabinet Internet BV and Others*, [2019] EU:C:2019:1111, che lascia però numerose questioni aperte, come ho avuto modo di sottolineare in SGANGA, *Di aporie sistematiche e corto-circuiti teleologici: il no della Corte di Giustizia all’esaurimento digitale nel diritto d’autore europeo*, in *Dir. inf.* 2020, 597 ss. Sull’impatto di *Tom Kabinet*, per la dottrina italiana, si vedano inoltre, M. GALLI e BARDELLI, *Il mercato secondario degli "e-book" tra distribuzione, comunicazione al pubblico e principio dell’esaurimento*, in *Riv. dir. media* 2020, 262-268; TRABUCCO, *La sentenza Tom Kabinet e l’esaurimento digitale nell’UE*, in questa *Rivista* 2020, 474 ss.

accenno ad una possibile riconsiderazione nel futuro più o meno prossimo. E' mancato inoltre, nonostante le pressioni provenienti da dottrina e portatori di interesse, un intervento deciso ed onnicomprensivo sui problemi creati dalla territorialità, dalla natura opzionale e dalla rigidità delle eccezioni esistenti, quasi come se per emendare errori passati rispetto a tecnica di armonizzazione e natura delle norme derogatorie fosse sufficiente correggere il tiro pro futuro, senza intervenire emendando anche la legislazione vigente. (114) Un dato resta, tuttavia, fermo, ed è la specificazione ed evoluzione dell'approccio adottato ai tempi della Direttiva Infosoc e rappresentato nel suo trentunesimo considerando: se nel 2001 si diceva che le eccezioni sono soggette ad armonizzazione minima e solo nei termini e limiti necessari a garantire il corretto funzionamento del mercato interno, nel 2019 si introduce tra le righe, con opposta filosofia ispiratrice, il principio per cui le eccezioni aventi inevitabili e sostanziali effetti transfrontalieri devono essere rese obbligatorie e ben definite al fine di limitare le conseguenze negative della territorialità del diritto d'autore, e dichiarate inderogabili ove vi sia sottesa la protezione di un diritto/libertà fondamentale o di un interesse pubblico ritenuto prevalente. (115)

È proprio questo il *trait d'union* che unifica, a ben vedere, tutte le norme derogatorie introdotte dalla Direttiva CDSM.

5. Emendando le Direttive InfoSoc e Database, gli artt. 3-6 della Direttiva CDSM introducono tre nuove eccezioni orizzontali al diritto d'autore, dichiarate obbligatorie ed inderogabili al fine esplicito di assicurare il corretto funzionamento del mercato unico digitale e maggiore certezza del diritto negli scambi transfrontalieri, (116) e dirette a scopi di *text and data mining*, di insegnamento

---

(114) Così anche LAVAGNINI, *La direttiva digital copyright: evoluzione normativa e interessi in campo*, in questa *Rivista* 2019, 208-210, nonché MUSSO, op. ult. cit., 413.

(115) Nei lavori preparatori, e particolarmente in Commission Staff Working Document – *Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*, SWD(2016) 301 final, 81-82, l'intervento armonizzatore per il tramite di eccezioni obbligatorie è così giustificato "The existing level of harmonisation limits the possibility for MS to act in the area of copyright as they cannot unilaterally alter the scope of the harmonised rights and exceptions. Therefore, the need to update some of the existing exceptions or to introduce new exceptions, in particular to reflect new digital uses, makes the amendment of EU legislation inevitable. Moreover, EU intervention is indispensable to achieve one key objective of the copyright modernisation, which is to guarantee legal certainty in cross-border situations. This can only be achieved by making the relevant exceptions mandatory for MS to implement, increasing their level of harmonisation, and, when relevant, recognising their cross-border effect. None of this can be achieved by MS legislation. Without intervention in EU law, beneficiaries of the exception would face legal uncertainty and may not be able to rely on the exception in cross-border situations (for example teachers in distance learning programmes making content available under the teaching exception in one MS would need to verify whether the same acts are allowed under the exceptions in MS where the students are located, and if not, may have to obtain authorisation from rightholders). Therefore, MS acting alone could not sufficiently address these problems and the objectives can be only achieved by EU action."

(116) Direttiva CDSM, quinto considerando: "Le eccezioni e le limitazioni attualmente vigenti nel diritto dell'Unione dovrebbero continuare ad applicarsi, anche per quanto riguarda l'estrazione di testo e di dati e le attività nel settore dell'istruzione e della conservazione, a condizione che non restringano l'ambito d'applicazione delle eccezioni o limitazioni obbligatorie previste dalla presente direttiva, cui gli Stati membri devono dare attuazione nel diritto

digitale e transfrontaliero e di preservazione del patrimonio culturale. Come in precedenti testi comunitari, alle nuove disposizioni si attribuisce l'obiettivo di raggiungere un equo bilanciamento tra diritti ed interessi di autori, altri titolari di diritti ed utenti, e la loro applicazione è limitata dal *three-step test*. (117) Vi si aggiunge, collateralmente, una ulteriore fattispecie residuale in materia di opere fuori commercio, che richiede ai legislatori nazionali di prevedere un'eccezione in favore di istituzioni culturali per la digitalizzazione e messa a disposizione del pubblico di tali materiali in quei settori ove non siano presenti e disponibili società di gestione collettiva in linea con i requisiti fissati dalla Direttiva ed in grado di gestire il sistema di licenze collettive estese, previsto quale strumento di elezione per la realizzazione degli obiettivi di disseminazione della norma (art. 8 CDSM). (118)

A differenza dello stile conciso ed essenziale dell'art. 5 InfoSoc, solo in parte compensato dalle brevi indicazioni dei relativi considerando, le norme derogatorie della Direttiva CDSM si caratterizzano per una maggiore cura per i dettagli ed i termini utilizzati, per una più attenta articolazione delle definizioni, e per la specificazione più lineare delle funzioni di ogni disposizione, in linea di continuità con il miglioramento nel *drafting* legislativo a cui la Commissione UE aveva abituato nei suoi ultimi interventi in materia. Non mancano, tuttavia, punti di debolezza o elementi controversi che, in considerazione della rigidità causata – ironia della sorte! - dall'obbligatorietà e dall'elevato livello di specificità delle disposizioni, introducono nel sistema criticità la cui risoluzione potrebbe in futuro rivelarsi particolarmente complessa e farragginosa.

Fortemente ed ardentemente dibattute, (119) le due norme derogatorie in materia di *text and data mining* rispondono alla presunta incapacità delle eccezioni

---

nazionale. Le direttive 96/9/CE e 01/29/CE dovrebbero, pertanto, essere modificate.”

(117) Direttiva CDSM, sesto considerando.

(118) V. il commento di GEIGER, FROSIO e BULAYENKO, *Facilitating Wider Access to Europe's Cultural Heritage in the Digital Environment: Opinion of the CEIPI on the European Commission's Copyright Reform Proposal, with a Focus on Access to Out-of-Commerce Works*, Strasburgo, 2018 e, per la dottrina italiana, ERCOLANI, *Eccezioni e licenze collettive estese nella direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, in questa *Rivista* 2019, 399 ss.

(119) In Italia, v. OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Giappichelli, Torino, 2017, 21 ss.; G. ROSSI, *Opere dell'ingegno come dati: il text and data mining nella direttiva 2019/790*, in questa *Rivista* 2019, 235 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Media Laws* 2018, 1 ss.; MUSSO, *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella Direttiva UE n.790/2019*, in *Dir.inf.* 2020, 414 ss.; GHIDINI e BANTERLE, *A critical view on the European Commission's Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in *Giur. comm.* 2018, 927; 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 n.38/2020, disponibile su [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3533401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3533401). Per una ricostruzione del dibattito dottrinale estero, v. GEIGER, FROSIO e BULAYENKO, *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data?*, in *IIC* 2018, 814 ss.; ROSATI, *An EU text and data mining exception for the few: would it make sense?*, in *JIPLP* 2018, 429 ss.; MARGONI e 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), disponibile su <https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/>; MARGONI, *Text and data mining in intellectual property law: towards an autonomous classification of computational legal methods*, in CALBOLI e MONTAGNANI (a cura di), *Handbook on Intellectual Property*

vigenti di consentire gli utilizzi di opere protette necessari al funzionamento delle tecnologie TDM, (120) anche e soprattutto in presenza di licenze che esplicitamente li proibiscano. La loro previsione risponde all'obiettivo di preservare la competitività dell'UE nell'era della c.d. *data science*, in cui le tecnologie digitali e di intelligenza artificiale hanno assunto progressivamente un ruolo centrale per la ricerca pubblica e privata. (121)

Nel lasciare impregiudicata l'operatività di disposizioni vigenti che avevano già trovato applicazione su attività TDM, come l'eccezione obbligatoria di riproduzione temporanea ex art.5, primo comma InfoSoc, (122) la Direttiva CDSM introduce due ipotesi derogatorie distinte e diversamente graduate. L'art.5, previsto per TDM avente scopi di ricerca scientifica, consente ad organizzazioni di ricerca ed istituzioni di tutela del patrimonio culturale la riproduzione di opere protette ed estrazione da databases a cui le stesse abbiano legittimo accesso, acquisito, come specifica il quattordicesimo considerando, via *open access*, licenza, sottoscrizione o libera disponibilità online. In linea con le politiche di ricerca dell'Unione, la disposizione copre anche attività svolte nel contesto di *partnership* tra enti pubblici ed enti privati, (123) ma la definizione dei beneficiari resta attentamente circoscritta, al fine di assicurare il comune intendimento dei soggetti destinatari della norma per tutto il territorio dell'Unione, anche alla luce del variegato quadro di ecosistemi nazionali. (124) Ulteriori garanzie includono la possibilità per i titolari di diritti di applicare, nei

---

*Research*, Oxford University Press, Oxford, 2021, Ch.31; HILTY e RICHTER, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations (Art. 5 – Text and Data Mining)*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-02, disponibile su [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2900110](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900110); EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion on the EU Copyright Reform Package*, 2017, 5 ss.; STAMATOUDI, *Text and data mining*, in STAMATOUDI (a cura di), *New developments*, cit., 253 ss.

(120) Direttiva CDSM, settimo considerando.

(121) Direttiva CDSM, decimo considerando.

(122) Direttiva CDSM, nono considerando, che esclude le tecnologie TDM non necessitanti riproduzione dall'ambito applicativo dell'eccezione, su cui ampiamente HILTY e MOSCON, *Modernization*, cit., 27 ss. Sul concetto di copia non concorrenziale al diritto di sfruttamento del titolare, aliena funzionalmente alla nozione di riproduzione e quindi al nucleo protetto dal diritto d'autore, si veda però tra tutti MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008, 210 ss., e similmente MARGONI e KRETSCHMER, op. ult. cit., 3; GEIGER, FROSIO e BULAYENKO, op. ult. cit., 818; DE WOLFF & PARTNERS, *Study on the Legal Framework of Text and Data Mining (TDM) condotto per la Commissione Europea*, 2014, 28 ss.

(123) Direttiva CDSM, dodicesimo considerando.

(124) Direttiva CDSM, dodicesimo considerando, che fa riferimento a università, altre istituzioni di istruzione secondaria e le loro biblioteche, altri enti come istituti di ricerca e ospedali che svolgono attività di ricerca. L'elenco è ritenuto esemplificativo, ma i vari enti devono avere natura no-profit e missione di pubblico interesse, quest'ultima definita sulla base della natura pubblica dei finanziamenti ricevuti o del riconoscimento ex lege. La definizione non copre enti in cui società aventi scopo di lucro esercitano influenza decisiva o controllo. Il tredicesimo considerando della Direttiva copre biblioteche accessibili al pubblico, musei, archive, istituzioni deputate alla preservazione del patrimonio audiovisivo, simili strutture in istituzioni di ricerca, organizzazioni di ricerca e emittenti pubbliche radiotelevisive. Sulle problematiche sollevate da tale definizione si veda ampiamente MUSSO, *Eccezioni*, cit., 419-421 e relative note.

limiti di quanto strettamente necessario, misure dirette a tutelare la sicurezza e l'integrità delle proprie reti e banche dati, nonché l'obbligo per i beneficiari di garantire un adeguato livello di sicurezza contro azioni di pirateria ove vogliano conservare copia del materiale risultante dalle attività di TDM, mentre è rimessa agli Stati Membri, sentiti i portatori di interessi, la facoltà di determinare le condizioni da soddisfare per poter trattenere legittimamente copia del materiale estratto a fini di ricerca. (125) E' esclusa, invece, la possibilità per i legislatori nazionali di prevedere la prestazione di un equo compenso a fronte dell'esercizio dell'eccezione, poiché si ritiene che la sua natura ed il suo scopo non siano tali da arrecare un pregiudizio tale da giustificare la corresponsione di somme in compensazione. (126) L'art.4 CDSM, molto meno dettagliato e specifico, introduce poi un'eccezione TDM generale e per tutti gli scopi che, a differenza dell'art.3, può operare solo se tali attività non siano state riservate espressamente ed in maniera appropriata dal titolare del diritto.

Prima e dopo l'entrata in vigore della Direttiva CDSM ampia parte della dottrina si è confrontata in un intenso dibattito sulle opzioni disponibili per la regolamentazione delle tecnologie TDM. (127) Molte delle osservazioni ivi formulate sono state recepite e riflettute all'interno del testo legislativo, con effetti positivi quali la maggiore chiarezza delle definizioni e l'attribuzione di natura obbligatoria e non derogabile alla disposizione di cui all'art.3 CDSM, che porteranno con molta probabilità ad una diminuzione omogenea e progressiva degli oneri economici sopportati dalle istituzioni di ricerca coinvolte in attività TDM. Ciononostante, una serie di questioni di non scarsa importanza continuano a rimanere insolute: si pensi, ad esempio, alla mancata previsione di un trattamento speciale per le piccole e medie imprese, spesso scoraggiate nella corsa all'innovazione in IA dagli alti costi di licenza richiesti dai titolari dei c.d. *data corpora*, o all'incerta linea di demarcazione tra artt.3 e 4 CDSM, destinata a creare ulteriore frammentazione e dubbi interpretativi in un settore chiave dell'economia dei dati, con relative importanti conseguenze sistematiche. (128) La soluzione adottata dal legislatore UE, seppure utile a riportare chiarezza ed offrire maggiori certezze nell'utilizzo transfrontaliero dei dati, non tiene poi in sufficiente considerazione le differenze sostanziali di composizione degli ecosistemi di ricerca degli Stati Membri, privando, con le restrizioni imposte al novero dei beneficiari dell'eccezione più ampia ed inderogabile, alcuni *clusters* regionali o nazionali caratterizzati dalla prevalenza di interventi privati dei vantaggi di un'eccezione TDM chiara e ben funzionante. Il sistema UE risulta così penalizzato rispetto a concorrenti di rilievo quali, tra tutti, il gigante statunitense che,

---

(125) Direttiva CDSM, quindicesimo considerando. Gli utilizzi diretti a peer review, ricerche congiunte e attività simili restano coperte dall'eccezione di cui all'art. 5, terzo comma, lettera (a) InfoSoc.

(126) Direttiva CDSM, diciassettesimo considerando.

(127) V. supra, nota 119.

(128) A questi aspetti fa riferimento, oltre che la dottrina già menzionata, anche DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *CMLR* 2020, 979 ss., nonché MARGONI e KRETSCHMER, *A Deeper Look Into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonization, Data Ownership, and the Future of Technology*, 2021, disponibile su [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3886695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3886695) e DUCATO e STROWEL, *Ensuring text and data mining: remaining issues with the EU copyright exceptions and possible ways out*, in *EIPR* 2021, 322 ss.

privilegiando invece gli utilizzi innovativi delle opere, applica alle attività di TDM già a livello giudiziale, senza necessità di intervento legislativo, l'eccezione di *fair use* ex §106 dello *US Copyright Act*, qualificando il *text and data mining* come *transformative use*, non in concorrenza con il mercato originario dell'opera protetta e pertanto esterno ed estraneo al monopolio autorale. (129) Allo stesso tempo, rischi di frammentazione di soluzioni nazionali vengono dal fatto che l'art.3, quarto comma CDSM rimette agli Stati Membri il compito di incoraggiare gli *stakeholders* a concordare *best practices* sull'applicazione di obblighi e misure relative a sicurezza ed integrità delle reti e conservazione delle copie generate nel contesto di attività TDM.

La seconda eccezione obbligatoria introdotta dalla Direttiva CDSM consente l'utilizzo digitale di opere protette al solo fine di insegnamento, purché non a scopo di lucro, con l'indicazione della fonte dei materiali impiegati, e con l'adozione di misure di salvaguardia che garantiscano come l'attività si svolga sotto la responsabilità di una specifica istituzione educativa o attraverso un sistema elettronico sicuro ed aperto solo ai suoi studenti ed al suo personale docente. Seppure la disposizione sia dichiarata obbligatoria, gli Stati Membri sono liberi di decidere se subordinarne l'operatività al pagamento di un equo compenso, o se escluderne l'applicazione per particolari usi o categorie di opere, ove il mercato offra contratti di licenza idonei allo scopo e questi siano facilmente disponibili ed adeguatamente pubblicizzati. (130) Il favor legislativo per l'auto-regolazione del mercato, caratteristico della Direttiva InfoSoc, ampiamente contestato dalla dottrina e apparentemente superato nell'approccio alle altre eccezioni della Direttiva CDSM, ritorna qui forte e problematico, tanto per le sue implicazioni rispetto all'effettiva protezione degli interessi sottesi all'eccezione quanto per la sua possibile frizione con le indicazioni esegetiche fornite dalla Corte di Giustizia in casi paradigmatici come *Ulmer*, dove i massimi giudici europei avevano messo in guardia dai rischi sottesi alla rimessione delle possibilità di godimento di un'eccezione all'azione unilaterale ed alle velleità del titolare del diritto. (131) Per neutralizzare gli effetti negativi di una possibile frammentazione di soluzioni nazionali, l'art.5 CDSM introduce la regola dello stato di origine, statuendo come l'uso dell'opera protetta ai sensi della norma debba ritenersi come occorso solo nello Stato Membro ove è situata l'istituzione educativa.

La nuova disposizione ha il merito di risolvere le incertezze che da decenni affliggevano l'offerta transfrontaliera di corsi e lauree digitali, intervenendo sulla

---

(129) Cfr. anche ROSATI, op. ult. cit., 429, nonché EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *General Opinion*, cit., 5 ("another reason for generally permitting TDM – preferably by way of a carve-out from the reproduction right – would be to ensure a level playing field with the United States, where companies engaging in TDM activities are likely to benefit from the fair use exemption", e MANSANI, *Le eccezioni per estrazione di testo e dati, didattica e conservazione del patrimonio culturale*, in questa *Rivista* 2019, 12 ss. Il caso di riferimento resta *Authors' Guild v Google Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015), in *Dir. inf.* 2016, 222 ss., con nota di GIANNONE CODIGLIONE, *Fair use e funzioni del copyright: uso trasformativo non autorizzato ed incentivo alla conoscenza e alla creatività in rete nel caso "Google Books"*.

(130) Direttiva CDSM, art. 5, secondo comma, e considerando ventitreesimo (licenze) e ventiquattresimo (equo compenso).

(131) Sul punto v. anche FALCE, *La spinta adeguatrice della Direttiva 'Copyright'. Il caso dell'eccezione di insegnamento*, in *Riv. dir. ind.* 2019, I, 393.

frammentazione e ristretto ambito applicativo di molte soluzioni regolatorie nazionali con una norma onnicomprensiva. Resta tuttavia il fatto che l'ampia discrezionalità rimessa agli Stati Membri corre il rischio di incentivare una corsa al ribasso tra legislatori nazionali in materie sensibili come la previsione di un equo compenso, (132) la definizione della quantità massima di opera utilizzabile liberamente, la definizione di ambiente elettronico sicuro, il *favor* verso la licenza rispetto all'eccezione, la qualificazione dei concetti di "adeguatezza", "disponibilità" e "visibilità" delle soluzioni contrattuali, e così via. (133) Allo stesso tempo, la disposizione non chiarisce a sufficienza la definizione di istituto di istruzione, (134) né risolve le incertezze relative al rapporto tra la nuova norma e la pletora di diverse eccezioni nazionali per insegnamento introdotte prima dell'armonizzazione comunitaria o su stimolo dell'art.5 InfoSoc, lasciando alla Corte di Giustizia il compito di dirimere i nodi interpretativi negli anni che verranno. (135)

(132) Va comunque ricordato che, per evitare alterazioni eccessive dell'equo bilanciamento, il ventiquattresimo considerando della Direttiva CDSM richiede agli Stati Membri che optino per la previsione di un equo compenso di tenere in debita considerazione gli obiettivi educativi nazionali e l'effettivo pregiudizio subito dai titolari dei diritti, e di incoraggiare l'utilizzo di sistemi che non creino inutili complessità e carichi burocratici per scuole ed altri enti di istruzione.

(133) Il ventitreesimo considerando della Direttiva specifica solamente che tali obiettivi debbano essere raggiunti utilizzando licenze collettive o licenze collettive estese e che, al fine di garantire la certezza del diritto, gli Stati Membri debbano specificare a quali condizioni gli istituti di istruzione possano godere dell'eccezione o debbano ottenere una licenza. Sui limiti della soluzione approntata dal legislatore eurounitario si veda MAX PLANCK INSTITUTE FOR INNOVATION AND COMPETITION (R.HILTY, R.LOTTE), *Position Statement on the proposed modernization of European Copyright Rules, Part B, Exceptions and Limitations, Ch.2 – Digital and Cross-Border Teaching Activities*, disponibile su [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI\\_Position\\_Statement\\_Part\\_B\\_Chapter\\_2.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Position_Statement_Part_B_Chapter_2.pdf), 8 ss.; in Italia v. GHIDINI e BANTERLE, *A critical view*, cit., 921. È di diverso avviso FALCE, op. cit., 395, che ritiene come il rischio di diversificazione normativo sia ridimensionato dalle guide che la Direttiva CDSM predispone per il recepimento, tra cui l'art. 7, secondo comma ed il suggerimento che la disposizione offre di optare per la soluzione più funzionale ed efficace (diciannovesimo e ventitreesimo). Più nel dettaglio dei rischi di frammentazione, tuttavia, cfr. MUSSO, *Le eccezioni*, cit., 432 ss., e similmente MANSANI, cit., 20, sulla questione dell'equo compenso. Critica rispetto alle differenze tra rigido sistema europeo e più flessibile sistema statunitense, con riferimento alle sfide poste al diritto all'educazione dalla pandemia di Covid-19, cfr. TRIMBLE, *COVID-19 and Transnational Issues in Copyright and Related Rights*, in *IIC* 2020, 407 ss.

(134) Il ventesimo considerando della Direttiva individua due parametri essenziali per definire il beneficiario dell'eccezione, ossia che si tratti di istituto riconosciuto da uno Stato membro, e la cui attività didattica abbia natura non commerciale. I due requisiti sono cumulativi, il primo di natura formale e il secondo di natura sostanziale. Si presuppone che la natura non commerciale dell'attività debba essere definita in linea con quanto già previsto dalla Direttiva InfoSoc, ossia in riferimento all'attività in quanto tale (v. in proposito FALCE, op. cit., 388, e già XALABARDER, *On-line Teaching and Copyright: Any hopes for an EU Harmonized Playground?*, in P.TORREMANS (a cura di), *Copyright Law: a Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2007, 373 ss.)

(135) Sul punto similmente v. FALCE, op. cit., 387, che sottolinea come la Direttiva CDSM ripeta il medesimo testo dell'omologa eccezione nella Direttiva InfoSoc, che però rimane facoltativa per gli Stati Membri, salvo poi aggiungere "fatte salve le eccezioni e le limitazioni previste dalla Direttiva UE/2019/790". Al contrario, l'art.6 CDSM rende obbligatoria l'adozione di una eccezione ai diritti di riproduzione, comunicazione e messa a disposizione del

La terza ed ultima eccezione introdotta dalla Direttiva CDSM consente alle istituzioni culturali di riprodurre materiale protetto presente in maniera permanente nelle proprie collezioni, in qualsiasi formato e su qualsiasi supporto, allo scopo ed entro i limiti necessari alla sua preservazione. (136) La disposizione, obbligatoria ed inderogabile, cristallizza l'insegnamento della decisione nel caso *Ulmer*, eliminando così le differenze nazionali di trasposizione degli artt.5, secondo comma, lettera c) e terzo comma, lettera n) InfoSoc, ed aprendo la strada ad una migliore cooperazione tra istituzioni, al potenziamento dell'interoperabilità ed allo sviluppo di standard comuni per la digitalizzazione del patrimonio culturale ed alla riduzione dei costi transattivi connessi alla stipulazione di licenze atte allo scopo, consentendo inoltre alle istituzioni culturali di gestire direttamente i progetti di preservazione, abbattendone così i costi. Restano, tuttavia, alcune criticità, come la poco chiara definizione dei confini esterni della categoria di beneficiari della norma e le conseguenti incertezze sull'applicabilità di definizioni di *lex specialis* come quelle offerte dalla Direttiva sulle opere orfane. La discrezionalità dei legislatori nazionali è limitata dalla decisione del legislatore UE di circoscrivere l'eccezione ai soli scopi di preservazione, mentre rimane poco chiaro se e fino a che punto il ventisettesimo considerando CDSM, nello statuire come "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 soggetti all'autorizzazione dei titolari dei diritti, a meno che non siano consentiti da altre eccezioni o limitazioni previste dal diritto dell'Unione", possa irrigidire la flessibilità che *Ulmer* aveva attribuito ai legislatori nazionali con riferimento alle eccezioni di cui agli artt.5, secondo comma, lettera c) e terzo comma, lettera n) InfoSoc. (137)

Ad affiancare l'art. 6 CDSM nel perseguimento delle medesime finalità viene in chiusura, come si diceva, l'art. 8, secondo comma CDSM che, nel contesto di una disposizione che privilegia invece lo strumento contrattuale della licenza collettiva estesa per la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione al pubblico o la messa a disposizione del pubblico da parte di istituti di tutela del patrimonio culturale di opere o altri materiali fuori commercio presenti in modo permanente nella raccolta di detto istituto, chiede agli Stati Membri di prevedere un'eccezione o limitazione ai diritti esclusivi di cui alle Direttive Database, InfoSoc e Software ed al diritto connesso degli editori ex art.15 CDSM per consentire le medesime condotte nel caso di "opere o altri materiali per i quali non esistono organismi di gestione collettiva che soddisfino le condizioni di cui al paragrafo 1, lettera a) della stessa disposizione, vale a dire la sufficiente rappresentatività dei titolari dei diritti nel pertinente tipo di opere

---

pubblico con riferimento ai soli usi digitali e transfrontalieri, riducendo o eliminando le incertezze "circa la possibile gittata della teaching exception" rispetto agli artt.2 e 3 InfoSoc.

(136) Per un commento generale BROWN, *Exploring Article 8 of the Copyright Directive: Hope for Cultural Heritage*, in questa *Rivista* 2019, 366 ss.

(137) E ciò nonostante l'eccezione non rappresenti una effettiva rivoluzione, dal momento che è più che contestabile che il restauro e la conservazione di opere danneggiate o obsolete possano costituire riproduzione nuova, ulteriore e concorrenziale e quindi violare il diritto esclusivo del titolare, rappresentando esse, invece, un atto di conservazione e ripristino di originali già acquisiti. Sul punto si vedano le pertinenti osservazioni di MUSSO, op. ult. cit., 445-446 e relativi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

e tipologia di diritti oggetto della licenza e la parità di trattamento di tutti i titolari di diritti rispetto alle condizioni della licenza. La fruizione dell'eccezione è subordinata all'indicazione dell'autore o altro titolare del diritto, salvo in caso di impossibilità, ed alla messa a disposizione solamente su siti web non commerciali.

La Direttiva CDSM interviene anche sulle eccezioni opzionali InfoSoc per citazione, critica, commento, caricatura, parodia o pastiche, (138) richiedendo agli Stati Membri di rendere le stesse obbligatorie in favore di soggetti che carichino e rendano disponibile al pubblico materiale protetto su piattaforme di condivisione online, nel contesto dell'implementazione di tecnologie di filtraggio dei contenuti (art. 17, settimo comma CDSM e suo settantesimo considerando). Se tale decisione è coerente con il generale approccio adottato dalla Direttiva rispetto alle eccezioni e con l'interpretazione fornita dalla CGUE in *Deckmyn*, dove la protezione della libertà di espressione è stata ritenuta idonea e sufficiente a giustificare una armonizzazione del contenuto dell'eccezione di parodia e la sua sostanziale dichiarazione di obbligatorietà, il contrasto con la natura ancora opzionale delle eccezioni di cui all'art.5 InfoSoc, dove citazione, critica, commento, caricatura e parodia trovano la propria regolazione generale, è palese ed evidente. Resta da chiarire, a questo punto, se l'attribuzione di natura obbligatoria a specifiche eccezioni, motivata dalla necessità di garantire uniforme protezione ai diritti fondamentali degli utenti nel territorio dell'Unione, debba e possa supportare analoghe considerazioni ed effetti sull'art.5 InfoSoc, oltre il ridotto campo di applicazione dell'art.17, settimo comma CDSM.

6. Mentre il legislatore europeo persiste nella sua inerzia, rispondendo solamente alle istanze più pressanti e non offrendo risposte generali ma solamente soluzioni parziali allo iato normativo creato dal contrasto tra armonizzazione massima dei diritti esclusivi e natura opzionale e dunque frammentazione e territorialità delle eccezioni, la Corte di Giustizia ha avuto nuovamente l'opportunità di rendersi protagonista di una spinta in avanti dell'armonizzazione del settore grazie a tre rinvii del *Bundesgerichtshof* tedesco – *Funke Medien*, *Pelham* e *Spiegel Online*. (139) Le tre decisioni, pronunciate separatamente nello stesso giorno dalla Grande Sezione, relatore Ilesic, sono intervenute sulla definizione del grado di flessibilità e del margine di discrezionalità lasciati a legislatori e corti nazionali nella materia delle eccezioni, aprendo in grande stile una nuova stagione nella giurisprudenza CGUE, quella della ridefinizione dei confini di alcune tra le più importanti dottrine sviluppate dalla Corte nell'ultima decade.

*Funke Medien*, *Pelham* e *Spiegel Online* toccano due questioni controverse ed a lungo lasciate irrisolte dalla CGUE: fino a che punto i diritti fondamentali protetti dalla CDFUE debbano essere tenuti in considerazione nella determinazione dell'ambito applicativo di eccezioni e limitazioni, e se la loro protezione possa giustificare l'introduzione giudiziale di eccezioni oltre i limiti imposti dall'art.5 InfoSoc. (140) Ad esse si deve ad oggi, quindi, il merito di aver offerto risposte di rilevanza centrale sulle questioni più controverse del rapporto tra diritto d'autore e

(138) Ossia sugli artt. 5, terzo comma, lettera d) (citazione per critica e commento) e lettera k) (parodia, caricatura, pastiche).

(139) Già cit. supra, nota 7.

(140) Cfr. CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punto 15; CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punto 25; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punto 15.

diritti fondamentali create o tralasciate dalla giurisprudenza CGUE nel corso degli anni.

6.1. In *Funke Medien* l'attore, proprietario del sito web di un quotidiano tedesco (*Westdeutsche Allgemeine Zeitung*), aveva depositato richiesta di accesso a report militari secretati diretti a membri del Parlamento federale e del governo e relativi al dispiegamento delle Forze Armate tedesche e, dopo essersi visto rigettare la domanda, aveva ottenuto ugualmente i documenti da altre fonti, pubblicandoli poi immediatamente online. La Repubblica federale tedesca aveva dunque agito per ottenere ordinanza di rimozione del materiale, adducendo violazione del proprio diritto d'autore. La richiesta, accolta in prima istanza e denegata in appello, era giunta fino al BGH, da cui il rinvio alla CGUE.

*Pelham* rappresenta invece l'esito in sede europea di una lunga saga giudiziale originata da Hutter, leader del Gruppo musicale tedesco Kraftwerk, che aveva citato in giudizio Pelham per violazione del diritto di riproduzione sul brano "Metall auf Metall" (1977) e dei diritti connessi di riproduzione e distribuzione del fonogramma, causati dalla riproduzione di due secondi della canzone in un loop del brano hip-hop del convenuto, intitolato "Nur mir" (1997). Quando anche il BGH aveva rigettato la tesi che tale riproduzione, nota tecnicamente come *sampling*, non costituisse violazione dei diritti dell'attore in quanto esercizio del diritto di libero utilizzo (§24 UrhG), che consente usi di opere protette ove diretti alla produzione di nuove opere indipendenti, Pelham si era rivolto al *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), lamentando che l'interpretazione restrittiva dell'eccezione da parte del BHG aveva violato la sua libertà di espressione artistica. Accogliendo il ricorso, il BVerfG aveva rinviato il caso al BHG, da cui il ricorso alla Corte di Giustizia. (141)

*Spiegel Online* concerne la definizione dei confini dell'eccezione di citazione ed il bilanciamento tra diritto d'autore e libertà di stampa. Nel 1988 Beck, un politico tedesco, aveva pubblicato sotto pseudonimo un manoscritto di politica criminale sui reati di natura sessuale contro i minori, vedendosi modificato titolo ed alcune frasi dall'editore senza il suo consenso e nonostante le sue obiezioni. Il manoscritto era stato citato ed utilizzato contro di lui durante la campagna elettorale per le elezioni parlamentari del 2013 e, per difendersi, Beck aveva pubblicato sul suo sito web estratti di numerosi quotidiani riportanti il manoscritto originale per provare come le parti oggetto di contestazione fossero esattamente quelle modificate dall'editore. Spiegel Online aveva pubblicato un articolo che confutava le affermazioni di Beck e, per supportare le proprie affermazioni, aveva offerto un *hyperlink* alla versione originale del suo contributo, azione questa contro cui Beck aveva agito lamentando violazione dei suoi diritti esclusivi d'autore. Le sue doglianze erano state accolte in

---

(141) Insieme alle domande in comune con *Funke Medien* e *Spiegel Online*, specifici punti sollevati in *Pelham* erano se il diritto di riproduzione ex art.2 lett.c InfoSoc e art.9, comma 1, lett.b della Direttiva Noleggio II coprissero anche frammenti molto brevi di un fonogramma, se il §24 UrhG sulle utilizzazioni libere, non incluso nelle eccezioni ex art.5 InfoSoc, fosse compatibile con il diritto dell'Unione, e se l'eccezione di citazione ex art.5, terzo comma, lett. d possa essere applicato a casi in cui non fosse evidente l'utilizzo di opera altrui.

prima e seconda istanza, ed il ricorso di Spiegel Online dinanzi al BGH aveva portato al rinvio alla CGUE. (142)

Le articolate e lunghe Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar nei tre casi si caratterizzano per l'approccio spiccatamente restrittivo alla questione del grado di flessibilità che i diritti fondamentali possono e devono introdurre all'interno del sistema europeo di diritto d'autore.

In *Funke Medien*, l'AG ha escluso che le questioni sollevate dal BGH potessero trovare una risposta generale ed onnicomprensiva, sostenendo come tale scelta avrebbe potuto ingenerare un eccessivo irrigidimento del sistema oppure, specularmente, attribuire eccessiva discrezionalità al potere giudiziale. (143) Le sue Conclusioni propendono, invece, per un approccio casistico ed attento alle specificità del caso concreto, al fine di consentire una corretta applicazione del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra diritti fondamentali contrapposti, (144) partendo dal presupposto che la disciplina del diritto d'autore fornisca già strumenti atti allo scopo, e che questi debbano presumersi sufficienti a raggiungerlo fintanto che non si contesti la loro validità. (145)

Tra questi, le eccezioni, definite quali limiti interni, (146) sono concepite per raggiungere tale bilanciamento preservando al contempo la sostanza dei diritti d'autore, (147) mentre i diritti fondamentali sono limiti esterni che intervengono a circoscrivere i diritti esclusivi ogniquale volta l'applicazione pedissequa delle norme in materia di diritto d'autore comporterebbe una loro violazione, (148) circostanza che non può che avvenire solo in casi eccezionali, dal momento che un conflitto sistematico tra una disposizione legislativa ed un diritto fondamentale condurrebbe ad una pronuncia di incostituzionalità della prima. (149) In nessun caso, comunque,

---

(142) Ulteriori punti su cui il BGH ha richiesto chiarimenti alla CGUE in *Spiegel Online* sono (i) l'applicabilità dell'eccezione di citazione (art.5, terzo comma, lett. d InfoSoc) a casi di hyperlinking verso file indipendente, senza integrare il testo citato nel nuovo testo; (ii) se la nozione di "messo legittimamente a disposizione del pubblico" riportata nella stessa disposizione implichi la necessità di autorizzazione del titolare del diritto; (iii) se il fatto che fosse possibile per Spiegel Online ottenere il consenso di Beck ostacolasse l'applicazione dell'eccezione ex art.5, terzo comma, lett.c.

(143) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in C-469/17 *Funke Medien NRW GmbH contro Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2018:870, punto 29.

(144) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Funke Medien*, cit., punto 31.

(145) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Funke Medien*, cit., punto 30.

(146) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Funke Medien*, cit., punto 40.

(147) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Funke Medien*, cit., punto 37.

(148) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Funke Medien*, cit., punto 41.

(149) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Funke Medien*, cit., punto 41. L'AG Szpunar ha correttamente sottolineato come questa fosse anche l'opinione della CEDU in Corte EDU 10 gennaio 2013, *Ashby Donald and Others v. France* (2013) ECHR 287, e in Corte EDU 19 febbraio 2013, *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v. Sweden* IHRL 2038 (ECHR 2013). Per dei commenti sistematici e di contesto sui casi, nella dottrina italiana, v. RUOTOLO, A "Season in the Abyss". Il nuovo "copyright" UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale, in *Dir. UE* 2019, 367 ss.; POLLICINO, La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet, in *Riv. dir. media* 2018, 35 ss.; NINO, Il rapporto tra libertà di espressione e diritto d'autore: considerazioni critiche alla luce della prassi nazionale ed internazionale, in *Dir. um. e dir. int.* 2016, 549 ss.; OTTOLIA, L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione Europea: una proposta di bilanciamento, in questa *Rivista* 2016, 157 ss.; MICARA, "Enforcement" del diritto d'autore e

tali considerazioni potrebbero condurre allo sviluppo di una dottrina generale che consenta l'introduzione di eccezioni oltre i confini fissati dal legislatore al solo fine di proteggere diritti fondamentali: infatti – asserisce l'AG - “una cosa è far prevalere la libertà di espressione sul diritto d'autore in una situazione concreta e molto particolare, un'altra introdurre nel sistema del diritto d'autore armonizzato, al di fuori delle disposizioni del diritto positivo dell'Unione che disciplinano tale settore, eccezioni e limitazioni che, per loro natura, sarebbero applicabili in maniera generale”. (150)

Sulla stessa linea, le Conclusioni del caso *Pelham* evitano l'utilizzo dei diritti fondamentali per decidere sull'applicabilità delle tre eccezioni ex art.5 InfoSoc oggetto di discussione nella controversia *de quo* – riproduzione *de minimis*, citazione e parodia -, offrendo invece una interpretazione letterale e sistematica delle fonti vigenti, (151) escludendo la possibilità di introdurre nuove eccezioni oltre i limiti fissati dalla Direttiva InfoSoc, (152) e cogliendo l'occasione per delineare i confini della discrezionalità di legislatori e corti nazionali nell'oltrepassare i limiti fissati dalla legislazione UE attraverso l'uso dei diritti fondamentali. Richiamando la dottrina *Melloni*, (153) l'AG ha affermato come secondo l'art.53 CDFUE gli Stati Membri possano applicare i propri standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali per giudicare la validità di misure di trasposizione di fonti UE solo ove ciò garantisca il rispetto del primato, dell'unità e dell'effettività di queste ultime. (154) Nell'area del diritto d'autore UE, tale discrezionalità è limitata dai concetti autonomi di diritto

---

*libertà di espressione dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. int.* 2014, 201 ss.

(150) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Funke Medien*, cit., punto 71. Questa affermazione costituisce per molti versi la base concettuale delle posizioni che l'AG Szpunar adotterà nelle successive due Conclusioni in *Pelham and Spiegel Online*, quale contraltare dell'apertura verso un più ampio e pervasivo uso dei diritti fondamentali nel diritto d'autore eurounitario che alcuni commentatori hanno voluto leggere nelle Conclusioni in *Funke Medien*. Si vedano, ad esempio, GEIGER e IZYUMENKO, op. cit., 46.

(151) Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in C-476/17, *Pelham GmbH e a. contro Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben*, EU:C:2018:1002, punti 67 e 70.

(152) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, punto 54.

(153) Il riferimento va ai principi introdotti da CGUE 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal* [2013] EU:C:2013:107, divenuto uno dei più importanti precedenti in materia di rapporto tra diritto UE e diritti nazionali nella definizione di protezione e gerarchia tra diritti fondamentali. Sul punto si vedano BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. UE* 2019, 55 ss.; BASSINI, *Taricco and sons: a "dangerous" exercise of judicial cooperation?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 2019, 71 ss.; NASCIMBENE e ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2017, 323-362; RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. UE* 2013, 399 ss.

(154) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, cit., punto 63. La questione sollevata dal BGH trae origine dalla posizione Assunta dalla Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG), che ammette che la legittimità costituzionale di misure nazionali trasponenti direttive UE sia verificata ai sensi dei disposti CDFRUE solo nel caso in cui il legislatore tedesco non abbia avuto alcun margine di discrezionalità nell'applicazione della normativa eurounitaria, privilegiando invece il riferimento alla Carta fondamentale tedesca ove tale discrezionalità fosse presente (ivi, punto 72).

europeo contenuti nella Direttiva InfoSoc, dai confini fissati dall'art.5 InfoSoc e, come in *Deckmyn*, dall'obbligo di implementare specifiche eccezioni al fine di assicurare l'equo bilanciamento tra diritto d'autore e diritti fondamentali. (155) Tali vincoli non possono essere superati attraverso l'utilizzo di standard costituzionali nazionali, (156) ed è per tale ragione che l'approccio seguito dalla corte costituzionale tedesca deve intendersi contrario al diritto UE. (157) Più in generale, le Conclusioni sottolineano come il bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali confliggenti sia di competenza del legislatore (158) e soggetto al controllo giudiziale "entro i limiti delle disposizioni applicabili che fruiscono di una presunzione di validità, anche con riferimento ai diritti fondamentali": (159) in tal senso, il ruolo di questi ultimi nel diritto d'autore europeo può solo essere quello di "*extrema ratio*, che può giustificare il discostarsi dal testo delle disposizioni pertinenti soltanto in caso di flagrante violazione del contenuto essenziale di un diritto fondamentale". (160)

Le Conclusioni in *Spiegel Online* reiterano i medesimi principi, escludendo inoltre che l'art. 167, quarto comma TFUE sulla protezione e promozione della diversità culturale nell'Unione possa ampliare i margini di discrezionalità degli Stati Membri nell'implementazione delle direttive europee in materia di diritto d'autore. (161) L'AG ha inoltre colto l'occasione per dichiarare la propria contrarietà alla proposta dottrinale di costruire una clausola di bilanciamento aperta basata sull'art.11 CDFUE (libertà di espressione), (162) sostenendo come tale soluzione lascerebbe troppa libertà alle corti nazionali, pregiudicando così gli obiettivi dell'armonizzazione, (163) e come in ogni caso il bilanciamento tra diritti fondamentali, tutti meritevoli di uguale protezione, debba essere determinato in ultima istanza dal legislatore. (164)

6.2. Le tre pronunce, emesse contemporaneamente il 29 luglio 2019, presentano un approccio più moderato alle questioni poste dalla corte del rinvio rispetto alle Conclusioni dell'Avvocato Generale.

A differenza dei diritti economici esclusivi, che sono oggetto di armonizzazione massima da parte della Direttiva InfoSoc, (165) la Corte ritiene che il linguaggio

(155) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, cit., punti 76-77.

(156) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, cit., punto 78.

(157) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, cit., punti 81-82 e 89. Per una critica ragionata di tale posizione v. JUTTE e QUINTAIS, *Advocate General Turns down the Music – Sampling Is Not a Fundamental Right under EU Copyright Law*, in *EIPR* 2019, 654 ss.

(158) V. particolarmente Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, cit., punti 94-95, dove l'AG fa riferimento alla dottrina CEDU in Corte EDU 10 gennaio 2013, *Ashby Donald*, cit.

(159) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, cit., punto 94.

(160) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Pelham*, cit., punto 98 (grassetto e corsivo aggiunti).

(161) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in C-561/17 *Spiegel Online GmbH contro Volker Beck*, EU:C:2019:16, punto 23, che rigetta la tesi per cui l'importanza attribuita alla libertà di espressione rappresentasse una specificità culturale tedesca.

(162) Si trattava di una posizione esplicitamente sostenuta, con l'auspicio che l'Avvocato Generale la facesse propria nel caso, da GEIGER e IZYUMENKO, op. cit., 1 ss.

(163) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Spiegel Online*, cit., punto 63.

(164) Conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar in *Spiegel Online*, cit., punto 70.

(165) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punti 29-38; CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punti 78-85.

usato dagli artt.5, secondo e terzo comma InfoSoc, insieme con i riferimenti contenuti nei lavori preparatori, indichi chiaramente come la discrezionalità rimessa agli Stati Membri nella regolazione delle eccezioni dipenda dall'impatto del loro livello di armonizzazione sul corretto funzionamento del mercato interno. (166) In ogni caso, nella trasposizione di tali disposizioni i legislatori nazionali sono tenuti a rispettare i principi generali di diritto europeo (tra cui la proporzionalità), le condizioni fissate dall'art. 5 InfoSoc, il *three-step test*, la CDFUE, gli obiettivi della Direttiva, nonché l'obbligo di salvaguardare l'effettività, scopo ed equo bilanciamento della singola eccezione. (167) La CGUE ha inoltre confermato l'applicazione della dottrina *Melloni*, che consente alle autorità ed alle corti nazionali di applicare i propri standard di protezione dei diritti fondamentali solo se ciò non comporti una diminuzione del livello di protezione offerto loro dalla CDFRUE e non pregiudichi il primato, l'unità e l'effettività del diritto UE. (168)

Il rapporto tra eccezioni e diritti fondamentali è dipinto come un meccanismo dalle molteplici sfumature. La natura esaustiva dell'elenco di cui all'art.5 InfoSoc, la necessità di applicare le eccezioni in maniera consequenziale ed uniforme nel territorio dell'Unione e di preservare la certezza del diritto ed il buon funzionamento del mercato interno conducono la Corte ad escludere la possibilità di utilizzare i diritti fondamentali quale grimaldello per l'introduzione di eccezioni che vadano al di là dei confini fissati dalla Direttiva InfoSoc. (169) Allo stesso tempo, tuttavia, il fatto che l'equo bilanciamento sia fissato dal legislatore e generalmente raggiunto per via degli strumenti di cui agli artt.5, secondo e terzo comma InfoSoc non implica per la CGUE, (170) come era stato per l'AG, la necessità di optare sempre e comunque per un'interpretazione letterale restrittiva delle norme eccezionali, salvo in caso di grave violazione dell'essenza di un diritto fondamentale. Nel confermare, invece, i principi enunciati e sviluppati da *Promusicae* in poi, (171) la Corte ha sottolineato come l'art.17, secondo comma CDFUE non attribuisca uno status di assolutezza o inviolabilità al diritto d'autore, (172) e come spetti alle corti nazionali di assicurare che l'effettività delle eccezioni sia salvaguardata, ricorrendo ove necessario ad interpretazioni estensive, in particolar modo quando in gioco venga la necessità di proteggere diritti e libertà fondamentali. (173)

---

(166) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punti 39-44; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punti 25-38.

(167) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punti 45-53; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punti 31-38.

(168) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punti 30 e 32; CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punti 78 e 80; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punti 19 e 21.

(169) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punti 56-63; CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punti 58-64; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punti 41-48.

(170) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punto 58; CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punto 59; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punto 43.

(171) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punto 68; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punto 52.

(172) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punto 72; CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punto 33; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punto 56.

(173) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punto 71; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punto 55.

Come in *Deckmyn*, la CGUE utilizza lo stesso principio per definire l'ambito applicativo delle eccezioni. *Spiegel Online* esclude, infatti, che la riproduzione a scopo di informazione su eventi correnti consentita dall'art. 5, terzo comma, lettera c) InfoSoc possa essere soggetta al consenso preventivo dell'autore, poiché l'imposizione di un requisito di tal fatta potrebbe ostacolare la realizzazione degli obiettivi di veloce disseminazione dell'informazione al pubblico propri della disposizione, frustrando così l'esercizio della libertà di espressione e stampa. (174) Analogamente, in *Pelham* la Corte usa la nozione di equo bilanciamento per definire il contenuto del diritto esclusivo di riproduzione, escludendo che un estratto della durata di due secondi possa rappresentare una riproduzione ex art.2 InfoSoc, (175) dal momento che il *sampling* è una forma di espressione artistica coperta dalla libertà di espressione e delle arti (art. 13 CDFUE e art.10, primo comma CEDU), (176) che non arreca danno agli investimenti del produttore di fonogrammi ove sia incluso in un altro brano in forma modificata e non riconoscibile all'udito. (177) Guardando alle funzioni del diritto d'autore, la CGUE ha negato ai titolari dei diritti il potere di impedire tali condotte, giustificando la propria conclusione sulla base del fatto che l'attribuzione di tale prerogativa al produttore di fonogrammi ostacolerebbe l'esercizio di un diritto fondamentale "quand'anche un tale prelievo non pregiudicasse la possibilità per detto produttore di ottenere un soddisfacente rendimento del suo investimento." (178)

6.3. Le argomentazioni sviluppate dalla Grande Sezione offrono utili spunti su più fronti. Le tre decisioni compiono un primo tentativo di identificazione delle fonti da tenere in considerazione nella definizione di contenuto e ambito di applicazione di libertà e diritti coinvolti nel bilanciamento, ampliandone il novero oltre la CDFUE e la CEDU fino ad includere anche le tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri e strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. Allo stesso tempo, la trilogia CGUE marca il ritorno alle funzioni del diritto d'autore quale chiave di lettura necessaria per identificare l'essenza dei diritti esclusivi, da utilizzare poi quale punto di riferimento nella valutazione di proporzionalità *stricto sensu* della misura. Il contributo più significativo di *Funke Medien*, *Pelham* e *Spiegel Online* allo sviluppo del diritto d'autore europeo, tuttavia, resta il riordino della giurisprudenza CGUE in materia di eccezioni e la ridefinizione chiara dei margini di discrezionalità rimessi a legislatori e corti nazionali nel definire le limitazioni al diritto d'autore attraverso lo strumento dei diritti fondamentali.

I confini della *Drittwirkung* nel diritto d'autore europeo vengono ridisegnati attraverso una rielaborazione articolata dei principali precedenti in materia, che non

---

(174) CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punti 71-73.

(175) CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punto 33.

(176) CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punto 35.

(177) CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punto 37. Un identico riferimento alle funzioni del diritto si ritrova nella definizione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 9 Noleggio II, sulla base del secondo e quinto considerando della stessa direttiva, che giustifica l'attribuzione del diritto di riproduzione ai produttori di fonogrammi sulla base della necessità di combattere la pirateria e garantire a questi ultimi la possibilità di recuperare i propri investimenti, in ragione della loro rischiosità (ivi, punti 44-46).

(178) CGUE 29 luglio 2019, *Pelham*, cit., punto 38.

favorisce la cristallizzazione dello *status quo* legislativo per il tramite di una lettura stringente e letterale delle eccezioni, come suggerito dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, ma privilegia interpretazioni estensive e analogiche ove necessario a mantenere la loro effettività, in particolar modo ove in gioco vi sia la protezione dei diritti fondamentali. E se da un lato la Grande Sezione esclude chiaramente la possibilità di introdurre nuove eccezioni di matrice giudiziale oltre i confini fissati dal testo legislativo, dall'altra conferma la flessibilità lasciata alle corti, statuendo peraltro per la prima volta in maniera esplicita – e ponendo così fine ad un dibattito quasi secolare sulla natura delle norme eccezionali di diritto d'autore - che all'art.5 InfoSoc si deve l'introduzione non di mere difese ma di veri e propri diritti degli utenti.

Anche lo spazio lasciato ai legislatori ed alle corti statali per adattare le eccezioni ai propri bisogni sociali, economici e culturali e per interpretare le relative disposizioni alla luce dei propri standard di protezione e delle proprie gerarchie interne di diritti fondamentali è a sua volta oggetto di generale ripensamento e riordino.

La Corte ribadisce come, a differenza di quanto accade per i diritti esclusivi, di cui la Direttiva InfoSoc opera un'armonizzazione massima, il livello di armonizzazione delle eccezioni resta correlato al livello di impatto della loro eventuale parcellizzazione nazionale sul corretto funzionamento del mercato interno, e la discrezionalità rimessa agli Stati Membri rimane limitata dai confini fissati dall'art.5 InfoSoc, incluso il *three-step test*, gli obiettivi della Direttiva, l'ampio novero di principi generali di diritto europeo e la necessità di preservare effettività e realizzazione dello scopo di ogni eccezione. (179) Inoltre, ed in linea con *Deckmyn*, la CGUE reitera come la decisione sulla trasposizione di una eccezione opzionale e la definizione del suo ambito di applicazione debbano in ogni caso ispirarsi alla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali. Ciò comporta una ulteriore riduzione del margine di discrezionalità nazionale, dal momento che un'eccezione può divenire implicitamente obbligatoria ove non sia possibile implementare altra misura atta a prevenire che la protezione del diritto d'autore violi o comprima in maniera sproporzionata altri diritti fondamentali.

La direzione tracciata è coerente e complementare all'approccio adottato dal legislatore eurounitario negli ultimi anni e culminato nella Direttiva CDSM, che si prefigge di raggiungere una maggiore armonizzazione delle eccezioni per preservare il corretto funzionamento del mercato interno e proteggere i diritti e le libertà fondamentali confliggenti con il diritto d'autore. La Direttiva sulle opere orfane, la Direttiva Marrakesh e la Direttiva CDSM collegano tutte la natura obbligatoria delle norme eccezionali a tali obiettivi, e la Direttiva CDSM fa un ulteriore passo in avanti, dichiarando obbligatorie eccezioni meramente opzionali ex art.5 InfoSoc, seppure solo in favore di utenti che carichino contenuti su piattaforme di condivisione online, al fine di assicurare uniforme protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione nell'implementazione di tecnologie di filtraggio dei contenuti. La scelta di politica del diritto, simile a quella avanzata in *Deckmyn*, si inserisce in un percorso che ancora una volta si intreccia con le indicazioni della Corte di Giustizia. Le sue implicazioni sono ancora di là dal disvelarsi, ma i segni di convergenza e più intensa

---

(179) CGUE 29 luglio 2019, *Funke Medien*, cit., punti 45-53; CGUE 29 luglio 2019, *Spiegel Online*, cit., punti 31-38.

armonizzazione che hanno caratterizzato i recenti interventi portano con sé la promessa di uno sviluppo del sistema UE di eccezioni al diritto d'autore più ordinato, chiaro e completo di quanto sia avvenuto nelle passate tre decadi.

Un elemento, tuttavia, si sta parallelamente palesando con chiarezza nel corso degli ultimi mesi, in occasione delle trasposizioni nazionali della Direttiva CDSM: nessuno Stato Membro sembra aver voluto cogliere l'opportunità per recepire o reagire alle indicazioni della CGUE, né direttamente né nell'inquadramento sistematico ed implementazione delle nuove eccezioni, con buona pace di chi aveva sperato che il nuovo intervento orizzontale del legislatore eurounitario potesse facilitare un riordino ragionato, almeno parziale, del regime delle eccezioni e dei loro principi generali. Tale passività conferma ancora una volta la scarsa utilità di un atteggiamento attendista o fiducioso tanto nei confronti della capacità della giurisprudenza della Corte di Giustizia di colmare lacune, costruire ponti e garantire convergenze, quanto delle legislazioni nazionali di reagire in maniera saggia e ponderata agli scossoni sistematici causati dall'armonizzazione.

7. Della nuova saga delle occasioni mancate è co-protagonista, sul solco di una radicata tradizione, il legislatore italiano, che con D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 177 - qualche mese in ritardo rispetto al termine del 7 giugno - ha trasposto la Direttiva CDSM, adottando nel campo delle eccezioni, a differenza che per i diritti esclusivi, un approccio cauto e seguendo per molti versi pedissequamente il testo eurounitario.

Nel rispettare l'architettura e l'ordine tematico della l.aut., la prima eccezione a venire introdotta è quella dell'art.6 CSDM. Il nuovo art.68, comma *2bis* prevede oggi come "gli istituti di tutela del patrimonio culturale di cui all'articolo 70<sup>ter</sup>, comma 3, per finalità di conservazione e nella misura a tal fine necessaria, hanno sempre il diritto di riprodurre e realizzare copie di opere o di altri materiali protetti, presenti in modo permanente nelle loro raccolte, in qualsiasi formato e su qualsiasi supporto"., con un linguaggio solo lievemente difforme nella forma ma identico nella sostanza alla disposizione CDSM. La norma, secondo i dettami dell'art.7 CDSM, è poi dichiarata indisponibile ("E' nulla qualsiasi pattuizione avente ad oggetto limitazioni o esclusioni di tale diritto").

Segue la trasposizione dell'art.5 CDSM nel nuovo art.70<sup>bis</sup> l.aut., che stavolta, al fine di coordinare la nuova disposizione in materia di attività didattiche digitali con l'eccezione prevista per le medesime condotte a fini di insegnamento "tradizionale" (art. 70 l.aut), (180) amplia lo spettro descrittivo della norma eurounitaria (181)

---

(180) Come osservato dalla *Relazione tecnica*, disponibile su [https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0295\\_F001.pdf&leg=XVIII#pagemode=none](https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0295_F001.pdf&leg=XVIII#pagemode=none), p. 3; "Il primo articolo introdotto, il 70<sup>bis</sup>, recepisce l'articolo 5 della direttiva, disponendo l'allargamento del perimetro dell'attuale eccezione per il riassunto, la citazione, la riproduzione e la comunicazione al pubblico di opere per fini d'insegnamento anche nel caso in cui le suddette attività vengano effettuate con mezzi digitali, con l'esclusione del materiale destinato principalmente al mercato dell'istruzione e degli spartiti e delle partiture musicali quando siano disponibili sul mercato licenze di carattere volontario che possono regolamentare tali utilizzi."

(181) Come specificato anche dalla Relazione Illustrativa al decreto, disponibile su [https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0295\\_F001.pdf&leg=XVIII#pagemode=none](https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0295_F001.pdf&leg=XVIII#pagemode=none), p. 5: "In particolare, il comma 1 prevede l'allargamento del perimetro dell'attuale eccezione per il riassunto, la citazione, la riproduzione,

includendo non solo la riproduzione e la comunicazione al pubblico, ma anche il riassunto, la citazione, la traduzione e l'adattamento di brani o di parti di opere e di altri materiali, nei limiti di quanto necessario dallo scopo non commerciale perseguito. Il coordinamento sistematico, tuttavia, si ferma qui: l'estensione della norma derogatoria non solo a brani o parti di opere ma anche ad "altri materiali" protetti, voluta dall'art.5 CDSM, si ferma all'art.70<sup>bis</sup> e non viene implementato anche all'interno dell'eccezione generale di cui all'art.70 l.aut. Manca la diretta menzione ai diritti esclusivi di cui alle Direttive Software e Database, a cui fa riferimento invece l'art.5, primo comma CDSM, mentre il legislatore italiano decide di avvalersi della possibilità di limitare l'ambito oggettivo di applicazione dell'eccezione, escludendone l'operatività su materiali destinati principalmente al mercato dell'istruzione e degli spartiti e partiture musicali, quando siano agevolmente disponibili sul mercato licenze di carattere volontario che possono regolamentare tali utilizzi. Il Governo ha però significativamente deciso di non accogliere l'invito da parte delle Commissioni riunite della Camera di prevedere sempre il pagamento del diritto d'autore ove siano disponibili licenze collettive volontarie, limitando così i casi di non applicazione della norma derogatoria e dunque evitando di comprimerne eccessivamente la portata. Seguono pedissequamente il testo CDSM anche la menzione della regola di diritto internazionale privato che definisce quale legge applicabile quella dello stato ove ha sede l'istituto di istruzione beneficiante dell'eccezione nonché la dichiarazione di inderogabilità della disposizione, mentre si decide di non prevedere un equo compenso per i titolari dei diritti, consentito dall'art.5, quarto comma CDSM, in linea con quanto già previsto dall'eccezione generale in materia di usi per fini educativi ex art. 70 l.aut.

Gli artt.70<sup>ter</sup> e 70<sup>quater</sup> traspongono le eccezioni per *text and data mining* di cui agli artt.3-4 CDSM. L'art.70<sup>ter</sup> specifica la nozione di accesso lecito ribadendo come testo e dati possano provenire tanto da opere o da altri materiali disponibili in rete quanto da banche di dati cui gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale abbiano legalmente accesso. In linea con l'art.2, secondo comma CDSM, poi, il testo della norma offre una definizione puntuale della nozione di estrazione di testo e di dati, non altrimenti deducibile dal contesto della legge, identificandoli in "qualsiasi tecnica automatizzata volta ad analizzare grandi quantità di testi, suoni, immagini, dati o metadati in formato digitale con lo scopo di generare informazioni, inclusi modelli, tendenze e correlazioni", con un interessante e benvenuto chiarimento rispetto alla menzione altrimenti controversa dei metadati. Rispetto al testo eurounitario, tuttavia, il legislatore italiano sente la necessità di specificare come l'eccezione TDM si riferisca all'analisi non di meri testi e dati in formato digitale, ma di "grandi quantità" di "testi, suoni, immagini, dati o metadati", non operando solo una puntualizzazione tuzioristica ma volendo circoscrivere l'applicazione della norma ai soli studi operanti su c.d. *big data*.

Sempre con intento chiarificatore, i commi 3, 4 e 5 dell'art.70<sup>ter</sup> offrono una definizione di istituti di tutela del patrimonio culturale, specificando con termini più vicini al tessuto sistematico della l.aut. le nozioni di cui all'art.2, terzo comma CDSM,

---

la traduzione, l'adattamento e la comunicazione al pubblico di opere per fini d'insegnamento anche nel caso in cui le suddette attività, e sempre per finalità didattiche, vengano effettuate con mezzi digitali".

(182) e di organismi di ricerca, quest'ultima pedissequa rispetto alla definizione CDSM, con la mera aggiunta delle forme di partenariato pubblico-privato. Nel dettaglio, poi, il testo della disposizione si allinea completamente a quello della Direttiva, eccezion fatta per la specificazione di cui al comma 1, che puntualizza, ancora una volta con l'intento di circoscrivere nella maniera più chiara possibile il campo di applicazione della norma, come la comunicazione al pubblico derivante dal godimento della norma derogatoria riguardi esclusivamente gli esiti delle ricerche, ove espressi in nuove opere originali, e non i testi e dati estratti. (183)

Simile allineamento pedissequo si ha con l'art.70*quater* l.aut. rispetto all'art.4 CDSM, con l'art.70*sexies* l.aut. in relazione al richiamo operato dall'art.7, secondo comma CDSM all'applicazione del *three-step-test* ex art.5, quinto comma InfoSoc ed alle deroghe alle misure tecnologiche di protezione ex art.6, paragrafo 4, primo, terzo e quinto comma InfoSoc. (184) E parimenti acritica è la recezione dell'art.17, settimo comma CDSM e del relativo considerando settantunesimo da parte dell'art.102*nonies* l.aut. che, nel disciplinare la cooperazione tra piattaforme e titolari dei diritti, statuisce come "gli utenti, quando caricano e mettono a disposizione contenuti da loro generati tramite un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online, possono avvalersi delle seguenti eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi: a) citazione, critica, recensione; b) utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche", utilizzando senza modifiche il linguaggio della Direttiva CDSM ed i suoi riferimenti impliciti all'art.5, secondo comma InfoSoc, e dunque omettendo

---

(182) Se, infatti, l'art. 2, terzo comma CDSM definisce istituto di tutela del patrimonio culturale "una biblioteca accessibile al pubblico, un museo, un archivio o un istituto per il patrimonio cinematografico o sonoro", l'art.70*ter*, terzo comma fa riferimento a "le biblioteche, i musei, gli archivi, purché aperti al pubblico o accessibili al pubblico, inclusi quelli afferenti agli istituti di istruzione, agli organismi di ricerca e agli organismi di radiodiffusione pubblici, nonché gli istituti per la tutela del patrimonio cinematografico e sonoro e gli organismi di radiodiffusione pubblici". Sulle problematiche relative a tale definizione, con riferimento alla disciplina UE, si veda, *ex multis*, MUSSO, *Eccezioni e limitazioni*, cit., 445 ss.

(183) Seppur non strettamente rilevante in termini di *ius cogens*, è significativo come nella Relazione illustrativa al d.lgs. il legislatore faccia riferimento al "diritto di comunicazione al pubblico" dei beneficiari dell'eccezione, con una implicita qualificazione delle prerogative di questi ultimi non più in termini di usi consentiti ma in termini di veri e propri diritti soggettivi. Diverso è però l'approccio definitorio alle prerogative di soggetti terzi, con un ritorno alla logica degli utilizzi consentiti: la Relazione specifica infatti come non sia stata recepita l'ulteriore osservazione delle Commissioni della Camera "secondo cui la norma dovrebbe chiarire inoltre che soggetti terzi coinvolti nelle attività di TDM non acquisiscono diritti di sfruttamento sui testi e dati trattati, oltre quanto strettamente necessario ai fini della collaborazione con gli organismi e gli istituti titolari delle attività di ricerca", giustificando tale scelta sulla base del fatto che tale specificazione sarebbe stata superflua "atteso che l'eccezione prevista dall'articolo 3 della direttiva consente la sola estrazione di testo e di dati a fini di ricerca, senza che ciò comporti l'acquisizione di diritti di sfruttamento sui dati che hanno costituito le fonti della ricerca".

(184) Art. 70*sexies* l.a.: "1. Quando sono applicate le misure tecnologiche di cui all'articolo 102*quater*, anche in base ad accordi o a provvedimenti dell'autorità amministrativa o giudiziaria, i soggetti di cui agli articoli 70*bis*, comma 1, e 70*ter*, commi 3 e 4, che hanno acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, oppure vi hanno avuto accesso legittimo, hanno diritto di estrarne una copia alle condizioni, con i limiti e per le finalità previste dai suddetti articoli, purché tale estrazione di copia non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali, e a condizione che non arrechi un ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti".

di coordinare il riferimento alle corrispondenti eccezioni di cui al Titolo V della nostra l.aut. (185) Maggiore consapevolezza delle istanze di natura sistematica poste dall'innesto delle norme eurounitarie nella disciplina autorale nostrana, e dunque un contributo (poco) più originale nella declinazione della norma implementativa si ritrovano invece nel nuovo art.102*undecies* l.aut.: si pensi, ad esempio, al riferimento a buona fede e correttezza, utilizzato per dar contenuto alla nozione di “ragionevole sforzo” che gli istituti di tutela del patrimonio culturale di cui all’art.70*ter* devono compiere nel determinare se un’opera o altri materiali presenti in modo permanente nelle loro raccolte sono fuori commercio, (186) o alla definizione più specifica della nozione di “fuori commercio”, identificata nella non disponibilità dell’opera tramite i consueti canali commerciali all’interno dell’UE, in qualsiasi versione o supporto, per almeno dieci anni. (187) E lo stesso dicasi per i requisiti, le condizioni ed i meccanismi di funzionamento della licenza collettiva estesa e della possibilità di *opt-out* per i titolari dei diritti, normati più specificatamente da parte del legislatore italiano negli artt.102*terdecies-quaterdecies* per via delle più larghe maglie dell’armonizzazione dell’art.8 CDSM che, silente sul punto, rimette la definizione di tali dettagli alle trasposizioni nazionali. (188)

---

(185) È significativo però come il Governo abbia deciso di non recepire le osservazioni delle Commissioni Senato e Camera di aggiungere nella disposizione la previsione secondo cui l’eccezione opera solo nel caso in cui gli utenti agiscano per finalità non commerciale, ritenendo tale limitazione eccessiva e incompatibile con il testo della Direttiva CDSM (v. *Relazione illustrativa*, cit., 9)

(186) Ulteriori specificazioni offerte dall’art.102-*undecies* seguono invece le linee tracciate dalla Direttiva CDSM, ed in particolar modo dal suo preambolo: si veda, ad esempio, la verifica della disponibilità dell’opera in Paesi terzi, o la valutazione dell’effettiva disponibilità solo in relazione alla lingua o le lingue per i quali si vorrebbe ottenere licenza (nel caso di pubblicazione dell’opera in più lingue).

(187) La definizione dei requisiti per la qualificazione di un’opera come “fuori commercio”, nel rispetto dell’art.11 CDSM, è stata oggetto di consultazioni con stakeholders nel luglio 2021.

(188) L’organismo a cui è presentata richiesta di licenza è tenuto ad informare i titolari dei diritti e ad accertare l’adeguatezza della verifica della disponibilità dell’opera nei canali commerciali, richiedendo verifiche all’istituto richiedente ove accerti irregolarità e rigettando la richiesta in caso di risposte non sufficienti. Nel caso in cui confermi l’adeguatezza, è tenuto a comunicare la richiesta di licenza al Ministero della Cultura, Direzione generale Biblioteche e diritto d’autore, che la pubblica sul proprio sito. La licenza può essere rilasciata trascorsi trenta giorni dalla data di pubblicazione, e ne viene data comunicazione al portale unico europeo gestito dall’EUIPO, che procede a sua volta alla pubblicazione, dalla data della quale decorrono i sei mesi dopo i quali l’istituto richiedente potrà esercitare i diritti di utilizzo conferiti dalla licenza (art.102-*terdecies* l.a.). È attribuita ai titolari dei diritti la facoltà di escludere in qualunque momento le proprie opere dall’applicazione del meccanismo di cui all’art.102-*duodecies* l.a., dando comunicazione all’organismo di gestione collettiva. Ove tale comunicazione giunga dopo il rilascio della licenza, l’organismo è tenuto a revocarla e darne comunicazione all’istituto licenziatario ed al Ministero della Cultura. La revoca, che può essere esercitata anche con riguardo all’eccezione di cui all’art.102-*duodecies*, non pregiudica il legittimo utilizzo effettuato dal licenziatario o beneficiario dell’eccezione fino alla ricezione della comunicazione né il diritto del titolare a chiedere l’indennizzo per ogni pregiudizio economico conseguente a un particolare utilizzo (art. 102-*quaterdecies*).

Pedisseque rispetto all'art.8, settimo comma CDSM sono invece le esclusioni dall'ambito oggettivo di applicazione della norma. (189) Lo stesso dicasi per i criteri di cui all'art.8, primo comma CDSM da parte dell'art.102*duodecies* l.aut., che fornisce tuttavia maggiori dettagli rispetto all'identificazione dell'organismo di gestione collettiva competente al rilascio della licenza: è deputato *in primis* l'organismo dello Stato in cui ha sede l'istituto di tutela del patrimonio culturale a cui il titolare dei diritti abbia affidato il mandato per la gestione delle proprie opere; in caso di pluralità di autori che abbiano conferito mandato a più organismi diversi, la legittimazione compete a ciascuno di essi, previa comunicazione agli altri; quando il titolare non abbia conferito alcun mandato, il rilascio spetta all'organismo che a livello nazionale è sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti nel pertinente tipo di opere e tipologia di diritti oggetto di licenza e garantisce parità di trattamento a tutti i titolari, "con gli stessi criteri impiegati nei confronti dei propri associati"; nel caso di pluralità di organismi, il rilascio compete "ai tre organismi maggiormente rappresentativi per ciascuna categoria di titolari".

Non si può propriamente parlare di originalità implementativa neppure con riferimento alla trasposizione dell'eccezione di cui all'art.8, secondo e terzo comma CDSM: il nuovo art.102*duodecies*, quarto comma l.aut., infatti, riprende esattamente lo stesso linguaggio della disposizione eurounitaria, anche con riferimento alla possibilità da parte dei titolari dei diritti di escludere le proprie opere dall'ambito applicativo dell'eccezione, senza tentare alcuna forma di connessione con altre norme derogatorie già presenti all'interno della disciplina nostrana aventi finalità analoga. Rappresenta una scelta peculiare, tuttavia, l'esplicita limitazione della disposizione a banche dati e programmi per elaboratore che, seppur correttamente fondata sulla circostanza per cui solo in tali settori manchino organismi di gestione collettiva rappresentativi, irrigidisce inutilmente la disposizione oltre quanto esplicitamente richiesto dall'art.8 CDSM, le cui indicazioni sarebbero state trasposte in maniera ugualmente fedele attraverso il semplice generico riferimento alla mancanza di organismi rappresentativi quale condizione necessaria per l'applicazione dell'eccezione.

In attesa che si completi il processo di trasposizione nazionale della Direttiva CDSM in tutti gli Stati Membri, l'esempio italiano – affiancato, in questo senso, da numerosi altri Stati Membri, che hanno manifestato simile passività con riguardo alla trasposizione degli artt.3-6 CDSM - conferma come non possa che essere rimessa al legislatore eurounitario, con il supporto della CGUE, il compito di rimediare alle più evidenti criticità del sistema delle norme derogatorie: una missione che può e deve essere preceduta ed affiancata da uno sforzo dottrinale di riordino e, per quanto possibile, di ricostruzione sistematica dell'esistente.

8. Anche nelle esperienze nazionali di tradizione continentale, come testimoniato da struttura e contenuti della Convenzione di Berna, il percorso delle norme derogatorie si caratterizza per un esordio per via di disposizioni frammentate e per uno sviluppo a formazione progressiva. (190) Ne è esempio classico la legislazione italiana, in cui tali disposizioni trovano coordinamento sistematico solamente nel

---

(189) V. art.102-*undecies*, quinto comma, l.a.

(190) Se ne dà conto, *ex multis*, in VALENTI, *Introduzione*, cit., 190.

1941, nel capo V del Titolo I della l. 633, (191) che raccoglie sotto un unico ombrello tutte le eccezioni esistenti e di nuova introduzione qualificandole, appunto, come utilizzazioni libere. A dispetto dell'azione di riordino, tuttavia, le disposizioni sono rimaste eterogenee non solo nel contenuto, ma anche nella struttura, nelle finalità, nella natura e nella portata, che nell'arco di poche norme varia da ampia e generale a specifica e marginale, (192) nonché nell'ambito oggettivo di applicazione, in alcuni casi riferito a tutte le opere dell'ingegno, in altre solo ad alcune categorie, aprendo anche qui questioni esegetiche di rapporto tra *lex generalis* e *leges speciales*. (193)

Di tali peculiarità, rese ancora più vivide e complesse dagli effetti delle trasposizioni successive di interventi armonizzatori comunitari, (194) è sempre stata ben conscia la dottrina italiana, che ne ha sciverato i vari aspetti, (195) senza mai tuttavia rinunciare a tentativi di ricostruzione sistematica, i cui temi rievocano, per molti aspetti, tratti delle più recenti diatribe in materia di eccezioni di diritto d'autore UE. Si possono menzionare, in tal senso, gli studi dedicati alla natura delle utilizzazioni libere ed al dibattito tra i sostenitori della tesi maggioritaria, che ne enfatizzano la natura di eccezioni rispetto ai diritti esclusivi, (196) aventi fondamento

---

(191) Cfr., sul punto, ABRIANI, *Le utilizzazioni libere*, cit., 98 ss, FRASSI, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in *Riv. dir. ind.* 2002, 370 ss.; P. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in questa *Rivista* 2002, 155 ss.; GATT, *Le utilizzazioni libere di opere d'arte*, ivi, 194 ss.; DI RIENZO, *Le utilizzazioni libere: non profit*, ivi, 235 ss.

(192) Tra le disposizioni ad ampio respiro possono menzionarsi gli artt. 68, 69, 70 e 71sexies-opties l.a.; di natura più specifica sono gli artt. 65, 66, 70 e 71ter l.a., mentre riguardano ipotesi del tutto marginali gli artt. 67, 71, 71bis, 71quater l.a.

(193) Come nel caso, tra tutti, dell'art.68 l.a. (esemplari a stampa di opere, fonogrammi e videogrammi contenenti opere cinematografiche, audiovisive o sequenze di immagini in movimento), dell'art.71 l.a. (pezzi musicali e parti di opere in musica), degli artt.71sexies-opties l.a. (fonogrammi e videogrammi). L'esempio più eloquente delle incertezze nel rapporto tra *lex generalis* e *lex specialis* resta, tuttavia, quello dei diritti connessi, su cui la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo divise (cfr. L.C. UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere*, cit., 75 ss., e BERTANI, *Impresa culturale*, cit., 416; contra FABIANI, *Lo spettacolo radiofonico e televisivo nella disciplina del diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.* 1961, 63 ss; L. SORDELLI, *L'opera dell'ingegno. Interpretazione, riproduzione meccanica e diffusione sonora*, Giuffrè, Milano, 1954, 223 ss.), e che è stato risolto per vie legislative solo in tempi relativamente recenti dall'art.71-decies il quale, su impulso della legislazione comunitaria, ha esteso l'applicabilità degli artt.65 ss. l.a. ai diritti di produttori di fonogrammi, produttori di opere cinematografiche, organismi di radiodiffusione ed artisti interpreti ed esecutori.

(194) È il caso delle discipline in materia di banche dati e programmi per elaboratore. Nel silenzio del legislatore UE, la dottrina italiana ha ritenuto applicabili gli artt. 65 ss. l.a. al software in quanto compatibili con le caratteristiche dell'opera e se non in contrasto con il testo comunitario (cfr. GIOV. GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software*, Giuffrè, Milano, 1997, 184; ma contra BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non "sanzionabile"*, in questa *Rivista* 2000, 359). Differentemente, nel settore delle banche dati, il fatto che il legislatore italiano abbia ommesso di estendere esplicitamente le eccezioni generali in materia di diritto d'autore alla nuova categoria di opere, pur dinanzi all'esplicito invito del legislatore comunitario, ha condotto parte dei commentatori ad escludere tale possibilità (v. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, cit., 464), pur dinanzi ad una giurisprudenza non univoca sul punto e a tratti favorevole all'estensione.

(195) È significativo come già nella seconda metà del secolo scorso si ragionasse dell'opportunità per il legislatore di regolamentare la materia delle eccezioni per principi e non per ipotesi tassative. Cfr. SANTORO, *Riflessioni sul "soggetto" dell'opera cinematografica e televisiva*, in *Dir. rad.* 1971, 190.

(196) Già alla fine del XIX secolo v. AMAR, *Di diritti degli autori di opere dell'ingegno*.

costituzionale negli artt.41 e 42 Cost. e dunque limitabili solo da norme tutelanti interessi di rango pari o superiore, (197) entrambi questi fattori imponenti una loro lettura in termini restrittivi e mai analogici, e i difensori della necessità di una loro lettura in termini estensivi, alla luce del loro ruolo di elemento portante della disciplina del diritto d'autore, (198) nonché dal loro ancoraggio in diritti costituzionali fondamentali della persona prevalenti rispetto ai diritti economici sottesi alla privativa autorale, in ragione del principio di specialità. (199) Similmente, gli sforzi di ricostruzione sistematica si sono diretti alla classificazione dei vari strumenti di flessibilità interni alla disciplina. Classica è, in questo senso, la distinzione tra limiti e limitazioni, formulata già a metà del secolo scorso, (200) ove le seconde sono norme di carattere eccezionale poste a tutela di interessi confliggenti con il diritto d'autore, mentre i primi corrispondono ad elementi strutturali intrinseci ad oggetto e contenuto del diritto, e quindi passibili di interpretazione estensiva: tra i limiti rientrerebbero, allora, tutte le utilizzazioni libere – oggi eccezioni; tra le

---

*Studi teorico-pratici sulla legislazione italiana in rapporto con le leggi delle altre nazioni, coi trattati internazionali e colle decisioni dei magistrati italiani e stranieri*, Bocca, Torino, 1874, 100 ss., e decisioni come App. Roma, 17 settembre 1898, in *Foro it.* 1899, 17; App. Parma, 4 novembre 1896, ivi 1897, 1405; Trib. Napoli, 14 settembre 1898, ivi 1898, 1307. Nella dottrina successiva all'entrata in vigore della l.a. del 1941, v. ex multis, L.C. UBERTAZZI, op. ult. cit., 63, GRECO e VERCELLONE, op. cit., 171; MARCHETTI e L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2012, 1862; VALENTI, *Sistematica riproduzione di articoli non riservati in rassegne stampa elettroniche: libera utilizzazione dell'opera protetta o violazione del diritto esclusivo di riproduzione e concorrenza sleale?*, in NGCC 1997, 902 ss.; LAVAGNINI, *Rassegne stampa e art. 65 l.a.*, in questa *Rivista* 1997, 496 ss.; ERCOLANI, *Limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore nella legislazione italiana*, in *IDA* 1999, 273 ss.; REGOLI, *La giurisprudenza della Cassazione sulle libere utilizzazioni protette dal diritto d'autore*, ivi 1997, 339.

(197) Cfr. L.C. UBERTAZZI, op. ult. cit., 71 ss.; ERCOLANI, op. cit., 273; AULETTA e MANGINI, *Marchio. Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno (artt.2569-2583 c.c.)*, Zanichelli, Bologna, 1977, 118 ss.; GRECO e VERCELLONE, op. cit., 164; FABIANI, *Concorrenza e libere utilizzazioni nella disciplina del diritto di autore*, in *IDA* 1961, 213. Si ritiene inoltre che le norme derogatorie non possano neppure essere giustificate sulla base del diritto di svolgere liberamente attività imprenditoriali, poiché l'art. 41 cost. non è sufficiente a legittimare l'appropriazione di beni altrui. In tal senso v. V.M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo dell'opera dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 1971, 212 ss.; già prima dell'avvento della Carta costituzionale v. simili riflessioni da parte di STOLFI, *La proprietà intellettuale*, Utet, Torino, 1917, 420 ss.

(198) In tal senso CAPITANI, *Il film nel diritto d'autore*, Edizioni Italiane, Roma, 1943, 155; PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941 n.633 corredato dei lavori preparatori*, Utet, Torino, 1943, 442; FERRARA, *Il diritto reale di autore in rapporto alla nuova legge italiana*, Jovene, Napoli, 1940, 26.

(199) ARIENZO, *Diritto di autore e problemi dell'informazione e della cultura di fronte alle nuove tecniche di riproduzione e diffusione delle creazioni intellettuali*, in *IDA* 1975, 475; BUCCI, *Interesse pubblico e diritto d'autore. I principi della Costituzione e le nuove tecniche di comunicazione sociale nell'evoluzione del diritto d'autore*, Cedam, Padova, 1976, 63 ss.; ALGARDI, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Cedam, Padova, 1978, 67; ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in questa *Rivista* 2005, 576.

(200) Da FABIANI, *La nozione di uso personale nel diritto di autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, in *IDA* 1955, 172, seguito da SANTORO, *Spunti in tema di riproduzione libera delle opere dell'ingegno*, in *Riv. dir. comm.* 1966, 371 ss.

limitazioni, invece, la dicotomia idea-espressione di cui agli artt. 1 e 2 l.aut. o i termini di durata della protezione ex art.15 l.aut. (201)

Simili sforzi classificatori e di costruzione di categorie unitarie da cui far discendere principi generali ed interpretativi di comune applicazione sono quelli di raggruppamento delle norme derogatorie sulla base delle finalità perseguite, con una distinzione tra eccezioni tutelanti interessi generali ed eccezioni tutelanti usi privati, (202) o sulla base della natura, con distinguo tra utilizzazioni libere gratuite (eccezioni *stricto sensu*) o utilizzazioni libere subordinate al pagamento di equo corrispettivo, altrimenti definite quali diritto esclusivo degradato a diritto al compenso. (203) Altre classificazioni, meno cogenti nelle implicazioni ma più utili ai fini del coordinamento sistematico tra disposizioni, hanno tentato di raggruppare le eccezioni sulla base del beneficiario, del tipo di diritto esclusivo o di opera coinvolti, della finalità perseguita e/o del diritto o interesse alla cui protezione è sottesa la loro previsione. (204) Pochi di questi tentativi, tuttavia, hanno avuto effettivo impatto sulla pratica delle corti: tra i limitati esempi di successo possono menzionarsi il principio di interpretazione restrittiva e, in maniera molto più limitata, l'utilizzo dello strumento dell'esegesi teleologica-sistematica, finalizzati ad offrire un'interpretazione unitaria delle eccezioni condividenti medesime finalità ordinamentali o la tutela di simili interessi o diritti confliggenti con il diritto d'autore. (205)

Per quanto, dunque, la dottrina abbia profuso ampi sforzi, i tentativi di riordino sistematico hanno avuto implicazioni concrete molto limitate, e ciò principalmente per via della ontologica frammentarietà delle norme derogatorie negli ordinamenti di tradizione continentale. Nel diritto d'autore tradizionale, tale caratteristica non è mai stata percepita come un *vulnus* da emendare: dinanzi a scambi transfrontalieri limitati, usi liberi privati circoscritti e difficilmente monitorabili ed una tecnologia dalla velocità evolutiva moderata, i bisogni di bilanciamento tra diritti esclusivi ed altri diritti ed interessi confliggenti potevano bene essere soddisfatti da eccezioni sì tassative e rigide, ma ampie a sufficienza da coprire un vasto novero di utilizzi e finalità. È con l'avvento della digitalizzazione, della commercializzazione online delle opere protette e della conseguente maggiore spinta verso l'armonizzazione UE, voluta dal legislatore comunitario e poi assecondata dalla CGUE, che tali variabili vengono a mutare irrimediabilmente, e con esse a volgere al rialzo, come si è visto, l'impatto

---

(201) In questo senso v. RICOLFI, op. ult. cit., 461, nonché AUTERI, *Diritto d'autore*, cit., 610 ss. Uniformano invece le due tipologie di disposizioni per eadem ratio MELI, *Le "utilizzazioni libere" nella direttiva 96/9/CEE sulla protezione giuridica delle banche dati*, in questa *Rivista* 1997, 87 ss.; BUCCI, op. cit., 60; GALLETI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in questa *Rivista* 2002, 169, e già PIOLA CASELLI, ARIENZO e BILE, voce *Diritti d'autore*, in *Nov.Dig.*, Utet, Torino, 1960, 669 ss.

(202) Cfr. RICOLFI, op. ult. loc. cit., nonché AUTERI, op. ult. loc. cit. È stato tuttavia fatto notare come anche le seconde sottendano ugualmente al perseguimento di interessi di natura collettiva (cfr. VALENTI, op. ult. cit., 902).

(203) V. GRECO e VERCELLONE, op. ult. cit., 173.

(204) In tal senso L.C. UBERTAZZI e AMMENDOLA, op. cit., 435 ss., nonché RICOLFI, op. ult. cit., 460 ss.

(205) Si dà conto di questo, ex multis, in VALENTI, *Introduzione*, cit., 194-195.

della frammentazione, rigidità e a-sistematicità delle eccezioni sulla coerenza sistematica della settore.

Per tali ragioni, compiere con riguardo al diritto d'autore UE sforzi ricostruttivi simili a quelli compiuti a livello nazionale non si caratterizza più come un mero *divertissement* dogmatico, ma come una necessità a cui dare riscontro per garantire un più ordinato, certo e bilanciato sviluppo della disciplina.

Dinanzi alla a-sistematicità degli interventi armonizzatori dal 1991 ad oggi, dovuta alla loro natura interstiziale e settoriale ed alla mancanza di un obiettivo generale di costruzione, nel medio-lungo periodo, di un regime unitario di diritto d'autore UE, si sarebbe tentati di concludere per l'impossibilità o quantomeno per l'inutilità di un esercizio di riordino sistematico nei termini e modi classici a cui ci hanno abituato le dottrine nazionali, osservazione questa supportata dagli altrettanto frammentati spunti forniti dalla CGUE. È altrettanto vero, tuttavia, come non sia impossibile ritrovare all'interno dei testi legislativi e giurisprudenziali UE tracce comuni, ricorrenti e oramai definibili quali dati acquisiti, che possono costituire un utile punto di partenza per un primo tentativo di ri-sistematizzazione critica del regime delle eccezioni eurounitario, e per dedurne le implicazioni esegetiche conseguenti.

Prima di procedere, una puntualizzazione è necessaria. Nello sforzo di ricostruzione sistematica, è imprescindibile distinguere tra funzioni, natura e *ratio* delle singole disposizioni e funzioni, natura e *ratio* dell'atto armonizzatore. I due gruppi concettuali tendono infatti ad essere erroneamente confusi e sovrapposti nei preamboli di direttive e regolamenti, che spesso attribuiscono a specifiche norme scopi e giustificazioni che altro non sono, a ben vedere, che le ragioni supportanti l'armonizzazione, il suo focus e la scelta tra sua versione massima o minima. Seguire acriticamente le indicazioni del legislatore UE senza operare un critico distinguo espone l'interprete al rischio di riscontrare matrici ed obiettivi comuni per eccezioni aventi in realtà funzioni diverse, potendo queste ben condividere, come frequentemente accade, la stessa *ratio* di armonizzazione, senza che ciò comporti assonanza di funzioni ed obiettivi intrinseci delle norme.

E' sulla base di tale distinzione che si rivela pertanto opportuno procedere ad una riflessione separata su natura delle eccezioni UE e natura dell'armonizzazione UE, che rappresentano, peraltro, i primi due passaggi necessitati dell'esercizio ricostruttivo, tanto in ragione della natura consolidata dei dati legislativi e giurisprudenziali riferibili ai due concetti, quanto in ragione della loro importanza centrale ai fini della comprensione degli elementi essenziali del regime delle eccezioni al diritto d'autore eurounitario. Su tali basi sarà poi possibile trarre ordinatamente conclusioni distinte, utili per ragioni diverse al riordino.

Lo studio descrittivo finora condotto mostra, anzitutto, un cambiamento fondamentale della natura delle eccezioni, che dall'originale inquadramento in termini di utilizzazioni libere, diritti oggettivi su modello tedesco o difesa processuale non altrimenti qualificata in termini sostanziali passano ad una definizione quali diritti degli utenti, in linea con un'opinione che nelle dottrine nazionali rappresentava voce del tutto minoritaria. (206) Le implicazioni di tale cambio radicale nella

---

(206) Come ben ricostruito, in prospettiva comparata, da GUIBAULT, *Copyright Limitations*, cit., 183 ss.

qualificazione sono sostanziali ed ancora lungi dall'essere compiutamente declinate dalla CGUE. Ai limitati fini di questo studio, sarà sufficiente dar conto delle due più importanti conseguenze sistematiche di tale *revirement*.

*In primis*, il mutamento ontologico di definizione renderà inevitabile procedere ad una revisione concettuale e riconsiderazione del principio dell'interpretazione restrittiva della norma derogatoria, meglio declinandolo alla luce dell'attribuzione a quest'ultima del rango di diritti soggettivi, contrapposti ai diritti esclusivi degli autori e pertanto necessitati di un bilanciamento funzionale ponderato nel caso concreto, certo non aprioristicamente definito nei suoi contenuti ed esiti. Tale percorso, già avviato dalla Corte in *FAPL* e confermato dalla triade della Grande Sezione del luglio 2019, abbisogna di pieno sviluppo al fine di poter essere recepito ed internalizzato dalle giurisprudenze nazionali, ancora legate, salvo alcuni limitati esempi virtuosi, alla più tradizionale lettura formale, e dunque indifferenziatamente rigida, delle eccezioni.

In secondo luogo, l'equazione eccezione-diritto soggettivo rinforza la necessità di provvedere ad una nuova sistematizzazione della categoria, che costruisca una classificazione (e possibilmente una gerarchia) interna tra disposizioni fondata sul rango del diritto alla cui protezione è sottesa la previsione della norma derogatoria: l'operazione, peraltro in linea con un approccio già seguito dal legislatore eurounitario con l'art.17, settimo comma CDSM ed esplicitato nella sua *ratio legis* dal settantesimo considerando della Direttiva, dovrebbe condurre a definire obbligatorie, inderogabili e potenzialmente soggette a lettura estensiva ed analogica eccezioni aventi l'obiettivo di proteggere diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, distinguendole così da altre norme derogatorie poste in tutela di diritti soggettivi ed interessi pubblici generali di rango inferiore. Allo stesso modo, è da tale distinzione che dovrebbe essere fatta discendere la conseguenza sistematica dell'attribuzione di un maggiore o minore grado di flessibilità interpretativa all'eccezione, grado non più pertanto definito in maniera assoluta, ma subordinato a valutazioni di carattere funzionale, che guardano alla realizzazione effettiva dello scopo della disposizione nel caso concreto. Si tratta, in questo senso, di un deciso *revirement* rispetto alla sistematica classica degli ordinamenti nazionali (207) e di testi internazionali come la Convenzione di Berna, che prediligono invece classificazioni fondate sulla natura degli usi liberi consentiti, (208) dalla cui rilevanza e dal cui impatto sullo sfruttamento economico dell'opera si fanno discendere distinzioni in merito a struttura, contenuto e limiti delle eccezioni, pur nell'uniformità di una loro lettura formale restrittiva.

Muta poi, al contempo, la natura dell'armonizzazione. In principio, come testimoniato esplicitamente dal trentunesimo considerando InfoSoc, il legislatore UE

---

(207) Con l'importante eccezione della Germania che, invece, vede un ruolo importante giocato dai diritti fondamentali nella sistematica e nell'interpretazione del regime delle eccezioni già prima dell'europeizzazione della disciplina. Sul punto si veda la ricostruzione di DREIER e SPECHT, *Germany*, in HILTY e NERISSON, op. cit., 277 ss.

(208) Con il solo distinguo dell'eccezione di citazione, unica ad essere dichiarata di adozione obbligatoria dalla Convenzione di Berna. La più ampia ed articolata indagine sul punto, con ricchissima bibliografia, è condotta da APLIN e BENTLY, *Global Mandatory Fair Use. The Nature and Scope of the Right to Quote Copyright Works*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

ha considerato le divergenze nazionali in materia di eccezioni ininfluenti sul corretto funzionamento del mercato interno delle opere protette, e favorito la natura opzionale delle norme derogatorie in funzione protettiva delle peculiarità socio-culturali degli Stati Membri e nel rispetto del principio di sussidiarietà. (209) Dinanzi ad evidenze non più ignorabili dei negativi effetti della frammentazione e della conseguente incertezza sui traffici transfrontalieri, tutti i successivi interventi in materia propongono eccezioni di natura obbligatoria e molto più dettagliate nel contenuto, giustificando la scelta di armonizzazione massima sulla base sulle medesime istanze di protezione del mercato interno (funzione dell'armonizzazione), ed affiancandovi però in posizione equoordinata la tutela di interessi pubblici e diritti fondamentali di volta in volta sottesi alle singole eccezioni (funzione della norma), tra cui la preservazione del patrimonio culturale, il diritto alla cultura, il diritto all'educazione ed alla ricerca, la libertà di espressione, pensiero e critica, la libertà di stampa, la libertà di creazione ed espressione artistica, e così via.

Nonostante la presa di coscienza degli effetti nefasti della territorialità e dell'irragionevolezza di un approccio diverso all'armonizzazione di diritti esclusivi ed eccezioni, tuttavia, il legislatore UE ha ritenuto non opportuno intervenire a ritroso emendando la natura opzionale dell'art.5 InfoSoc, lasciando così nelle mani dell'interprete un complesso di norme il cui carattere obbligatorio o opzionale non è dipendente dal loro contenuto né dal loro scopo, né dall'impatto di uno o dell'altro sul corretto funzionamento del mercato interno, ma dalla mera cronologia di emanazione delle singole disposizioni. L'unica indicazione sistematica utile ai fini di un riordino viene dalla CGUE, che distingue tra eccezioni opzionali ed obbligatorie attribuendo quest'ultima qualifica, in maniera implicita, alle norme derogatorie finalizzate alla protezione di un diritto fondamentale, e dal settantesimo considerando della Direttiva CDSM, che conferma il medesimo approccio. Su questa base, tuttavia, ed ove si volesse guardare allo scopo delle norme per una loro classificazione sistematica, si dovrebbe operare una distinzione tra le eccezioni ex art.5 InfoSoc sulla base del diritto alla cui tutela esse sono preposte: sarebbe dunque logico, in ragione della matrice e dell'obiettivo comune, equiparare, ad esempio, l'eccezione di *lex specialis* in materia di insegnamento a distanza/online ex art.6 CDSM all'eccezione di *lex generalis* in materia di illustrazione per finalità di insegnamento e ricerca di cui all'art. 5, comma 3, lettera a) InfoSoc, giudicandole entrambe obbligatorie. Tale interpretazione, seppur coerente a livello sistematico, si porrebbe tuttavia in totale contrasto con le indicazioni del preambolo della Direttiva InfoSoc che, pur se testo non cogente, rappresenta comunque criterio interpretativo teleologico di elezione per l'esegesi delle norme comunitarie e per la loro sistematizzazione.

Dinanzi a tale irrinconciliabile *contradictio in terminis*, ora resa ancora più visibile dalla compresenza di eccezioni aventi medesime funzioni ma diversa natura, un intervento chiarificatore e di riordino da parte del legislatore, da lungo atteso, si avverte quantomai necessario. E ciò non solo e non tanto per riportare a sistema un regime oramai palesemente a-sistematico, ma soprattutto per garantire l'effettiva ed uniforme adozione delle soluzioni prescelte dal legislatore UE da parte degli Stati membri: non è un mistero, infatti, come la rivoluzionaria decisione nel caso *Deckmyn*, che avrebbe potuto teoricamente condurre alla progressiva convergenza delle

---

(209) Così anche VALENTI, op. ult. cit., 196.

legislazioni nazionali su contenuti e struttura dell'eccezione di parodia, abbia avuto effetti inesistenti sui legislatori degli Stati Membri e molto limitati sulle loro corti, (210) dimostrando come l'azione della CGUE non possa essere sempre sufficiente a risolvere il caos creato da un legislatore chiaramente poco avvezzo a ragionare in termini di sistema.

Accanto a tale sforzo di riordino e ripensamento, classificare e raggruppare le eccezioni sulla base di matrici, obiettivi e/o usi condivisi a fini esegetici sarebbe soluzione praticabile nell'ordinamento UE tanto quanto lo è stato storicamente negli ordinamenti nazionali. L'esercizio, tuttavia, potrebbe rivelarsi di scarsa utilità: struttura, contenuti, limiti interni, natura gratuita o onerosa (*id est* subordinazione alla prestazione di equo compenso) delle singole disposizioni eurounitarie non appaiono essere conseguenza diretta di tali variabili e, pertanto, non è biunivoco il rapporto tra determinate finalità o usi consentiti da un lato, e connotati fondamentali dell'eccezione dall'altro. Ciò implica come tali categorizzazioni non possano essere con sicurezza utilizzate per la formulazione ed applicazione di principi interpretativi e dottrine comuni tra norme derogatorie, in particolar modo appartenenti a fonti diverse. E se tale circostanza non risolve ma aggrava i problemi posti dal nebuloso rapporto che nel diritto d'autore UE hanno *leges generales* e *leges speciales*, a complicare ulteriormente il quadro viene il fatto che requisiti e condizioni di applicabilità delle eccezioni sono in alcuni casi imposti e dichiarati di obbligatoria implementazione, in altri casi rimessi alla discrezionalità degli Stati Membri, senza che sia possibile ricostruire una *ratio* unitaria sottesa alla distinzione. (211) Ne consegue che la stessa norma derogatoria, avente le medesime finalità e posta in protezione dello stesso diritto o interesse confliggente, potrebbe presentare caratteristiche intrinseche ben diverse nelle varie esperienze nazionali: si pensi, ancora una volta, all'esempio dell'eccezione per gli usi a fini di insegnamento, soggetta ad equo compenso in alcuni stati e gratuita in altri.

Si potrebbe obiettare come i difetti di *drafting* legislativo, la frammentazione e la a-sistematicità non conducano necessariamente a risultati nefasti o subottimali, specie in ragione del fatto che il diritto d'autore UE resta, quantomeno in teoria, un diritto federale di matrice interstiziale ed innestantesi su ben più complesse, articolate ed autonome discipline nazionali, solide nella loro configurazione sistematica. L'affermazione, tuttavia, peccherebbe di eccessiva *naïveté*. Se è vero, infatti, che rappresenta fenomeno storicamente ricorrente la presenza di norme derogatorie frammentate, difficili da ricondurre a sistema, variegata in principi ed obiettivi e spesso introdotte da fonti normative diverse, è altrettanto vero come l'incoerenza e contraddittorietà insita nella regolazione differente di eccezioni omogenee in contenuto, struttura e finalità, senza che si palesi la *ratio* sottesa alla diversificazione, comporta degli importanti rischi di corto-circuiti esegetici e di decisioni confliggenti,

---

(210) Si veda, ad esempio, JONGSMA, *Parody after Deckmyn. A comparative overview of the approach to parody under copyright law in Belgium, France, Germany and the Netherlands*, in *IIC* 2017, 11 ss.

(211) Non si riesce a comprendere, infatti, per quale motivo – diverso diritto o interesse sotteso, impatto sul mercato, dimensioni del fenomeno, utilizzo in concorrenza con lo sfruttamento economico principale dell'opera - l'equo compenso in caso di copia privata sia di implementazione obbligatoria, ma la stessa cosa non possa dirsi per l'equo compenso previsto, tra tutti, per gli usi a fini didattici.

e lascia l'interprete privo di qualsivoglia guida per compensare le mancanze della legislazione ed uscire dall'*impasse*. Tale circostanza, unita all'incertezza derivante dalla frammentazione di soluzioni nazionali e ora dalla compresenza di una serie di regimi a gradazioni diverse di obbligatorietà e (in)derogabilità senza che siano chiare le radici della distinzione, genera un livello di entropia sistemica a cui deve porsi rimedio sia per mano dottrinale, con gli interventi di riordino di cui si è data qualche breve spigolatura in queste pagine, sia attraverso una ben più decisa rivoluzione nell'approccio legislativo al settore. Spetta, infatti, al legislatore UE intervenire sulle più evidenti criticità del regime per migliorarne la qualità, la coerenza sistematica e la sostenibilità, garantendone allo stesso tempo uno sviluppo equilibrato, bilanciato e prevedibile nei suoi esiti. A tal fine, sono tappe obbligate l'adozione di un trattamento simile, sotto il profilo di natura e livello di armonizzazione, tra diritti esclusivi ed eccezioni; una maggiore cura per l'uniformazione terminologica e concettuale tra eccezioni di simile oggetto e contenuto; l'eliminazione della discrezionalità legislativa nazionale sull'implementazione o meno di elementi regolatori che, se diversamente conformati, modificano contenuto, struttura e natura dell'eccezione; da ultimo, ma per nulla meno importante, uno sforzo di consequenzialità e coerenza sistematica, che conduca a regolare similmente eccezioni che condividono le stesse finalità e *rationes*, tanto *pro futuro* quanto con un riordino dell'esistente.

9. L'armonizzazione europea delle eccezioni è stata a lungo caratterizzata da lacune e criticità. La loro scarsa flessibilità ha da sempre indebolito la cogenza e diminuito la prevedibilità del bilanciamento interno alla disciplina del diritto d'autore, rendendola scarsamente adattabile alle innovazioni tecnologiche ed alle sfide da queste poste. La loro natura opzionale, territorialità e frammentazione nazionale ha ostacolato il fiorire degli scambi transfrontalieri, problema a cui si è aggiunto, per completare il quadro, lo scarso coordinamento di definizioni e concetti tra *leges generales* e *leges speciales*. Di tali problematiche si sono lungamente occupati dottrina, attivisti e *stakeholders*, senza però riuscire a suscitare reazioni significative nel legislatore europeo. Dal 2008 in poi, tuttavia, le eccezioni sono divenute protagoniste di un numero cospicuo di casi CGUE e, seppur lentamente, hanno acquistato sempre maggiore rilevanza all'interno dei lavori preparatori della Commissione UE, fino ad assurgere ad oggetto principale di due testi legislativi, la Direttiva sulle opere orfane e la Direttiva Marrakesh. Nel 2019, la Direttiva CDSM ha introdotto tre nuove eccezioni orizzontali, dichiarandole obbligatorie ed inderogabili per contratto, ed attribuendo natura obbligatoria ad alcune eccezioni opzionali ex art. 5 InfoSoc, al fine di proteggere diritti fondamentali degli utenti. Pochi mesi più tardi, la Grande Sezione della CGUE ha pronunciato tre decisioni storiche sul ruolo dei diritti fondamentali nella determinazione di ambito applicativo e interpretazione delle eccezioni, ridefinendo i margini di discrezionalità legislativa e giudiziale rispetto alla possibilità di modellare tali disposizioni sui bisogni sociali, economici e culturali statali, con un adattamento della dottrina *Melloni* al settore del diritto d'autore e la conferma della perdurante validità dell'insegnamento di sentenze fondamentali come *Promusicae*, *FAPL*, *Ulmer*, *VOB* e *Deckmyn*, consolidando così il rapporto tra la giurisprudenza della Corte, l'approccio legislativo alla natura delle eccezioni e le implicazioni che sul tema hanno la connessione tra eccezioni e diritti fondamentali.

La CGUE non ha completamente liberato le eccezioni al diritto d'autore dalle catene imposte dalla rigida esaustività dei loro elenchi legislativi, confermando la necessità di rispettare i vincoli ed i confini fissati dai testi normativi. Allo stesso tempo, tuttavia, ha reiterato come l'applicazione di tali disposizioni non possa essere soffocata da interpretazioni troppo stringenti, in particolar modo ove tale opzione implichi la frustrazione della loro effettività e dei loro obiettivi, o implichi la violazione di diritti e libertà fondamentali configgenti. La protezione dei diritti fondamentali può, inoltre, giustificare la trasformazione di eccezioni opzionali in obbligatorie e determinare l'armonizzazione ulteriore delle loro definizioni e contenuti nel territorio dell'Unione. E se è vero che tale conclusione, confermata dalla Direttiva CDSM, riduce sostanzialmente il margine di discrezionalità lasciato ai legislatori nazionali, non le si può negare il merito di aver gettato le basi per un significativo incremento del livello di certezza del diritto e dei gradi di flessibilità del sistema di diritto d'autore europeo.

Molte delle criticità emerse durante le consultazioni pubbliche e la redazione dei lavori preparatori restano ancora irrisolte, come la territorialità delle eccezioni e una loro regolazione frammentata tra fonti disomogenee e scarsamente coordinate, in un puzzle reso ancora più complesso e problematico dalla frequente presenza di definizioni e regolazioni differenti di fattispecie ed usi altrimenti comparabili. Dal canto suo, la stessa Direttiva CDSM è destinata a far sorgere ulteriori questioni esegetiche: resta da chiarire, ad esempio, quale sia la relazione tra eccezioni ora obbligatorie ora opzionali (si pensi, tra tutte, alle eccezioni di insegnamento digitale e di preservazione del patrimonio culturale nelle Direttive CDSM e InfoSoc) ove il loro ambito applicativo, i loro concetti e le loro definizioni siano sovrapponibili; quale sia il ruolo del *three-step test* rispetto alle eccezioni obbligatorie; e se la dottrina *Deckmyn*, che richiede, non si dimentichi, anche la disapplicazione di un'eccezione ove la sua operatività possa ledere un diritto fondamentale, possa trovare applicazione anche rispetto ad eccezioni obbligatorie.

La strada verso l'emanazione di un codice europeo del diritto d'autore, che possa affrontare in maniera coerente, contestuale e organica queste ed altre criticità, è ancora molto lunga, se mai percorribile, e la CGUE sarà sicuramente chiamata a pronunciarsi ancora sul tema. Ciononostante, i passi recentemente compiuti nella direzione di un sistema più coerente, prevedibile e bilanciato di eccezioni sono stati più che significativi, e per la prima volta compiuti di concerto ed in maniera armonica dai massimi organi legislativi e giudiziari dell'Unione: dopo anni di battaglie e frustrazioni dottrinali e di contorsioni nazionali, si tratta di segni di cui si avvertiva il forte bisogno, e che aprono spiragli di speranza rispetto a quello che il futuro dell'armonizzazione europea del diritto d'autore può ancora riservare. Spetta ora al legislatore UE rimediare alle più evidenti criticità affliggenti il regime delle eccezioni, lungo le linee che solo un attento riordino critico ed una puntuale ricostruzione sistematica fondata su dati empirici – fino ad ora ritenuta inutile se non impossibile per la natura parziale ed interstiziale dell'armonizzazione eurounitaria – potrà suggerire con cognizione di causa.

#### ABSTRACT

After years of scarce or no attention from the EU legislator, copyright exceptions have been targeted by a wide array of interventions by Directives, Regulations and

landmark decisions of the Court of Justice of the European Union, some of them impressing key changes to their nature and interpretation. This article offers a systematic reordering and analysis of the steps made in the field, focusing on outstanding flaws and inconsistencies that affect the current state of the art of EU copyright harmonisation. After an overview of the evolution of EU copyright exceptions and limitations prior to the entry into force of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, it comments on the interpretative problems solved, created and left behind by the CJEU, and analyzes the path delineated by the preparatory works that led to the CDSM Directive, shedding light on mechanisms and reasons that caused some reform proposals to be successfully adopted and others to be abandoned over the years. Then, it critically goes through the novelties introduced by the CDSM Directive and their overall effects on the conceptualization of copyright flexibilities, reading them against the background of the recent decisions of the Grand Chamber in *Funke Medien*, *Pelham* and *Spiegel Online*, which redraw the margins of discretion and flexibility left to Member States' legislators and courts in defining the copyright balance, and concluding with an assessment of strengths and weaknesses of the new framework.