

Dall'armonizzazione alla frammentazione: obiettivi e fallimenti della Direttiva Copyright (2019/790/UE) in materia di ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale

Caterina Sganga

La Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (CDSM) ha voluto segnare un cambio di marcia e direzione nell'approccio alle eccezioni al diritto d'autore europeo, optando per l'introduzione di norme di natura obbligatoria ed in larga parte non derogabili dall'autonomia privata. La svolta giunge in risposta alle severe critiche mosse da dottrina e stakeholder sugli effetti distorsivi della natura opzionale delle eccezioni proposte sino a quel momento dall'armonizzazione comunitaria. Gli artt. 3-6 CDSMD, che intervengono su temi centrali per l'accesso alla cultura, la preservazione del patrimonio culturale e il diritto all'educazione e alla ricerca, lasciano tuttavia ai legislatori nazionali ampi margini di discrezionalità su elementi chiave, e mancano di offrire linee guida utili al coordinamento delle nuove disposizioni con eccezioni già previste da direttive precedenti o dagli ordinamenti statali. A più di un anno dal termine fissato per la trasposizione, la frammentazione e disorganicità delle soluzioni normative adottate o proposte dagli Stati membri confermano i timori sollevati in fase di sua approvazione. Nel fornire una mappatura dello stato dell'armonizzazione, questo articolo offre (a) una analisi "verticale" delle divergenze nazionali nell'implementazione degli artt. 3-6 CDSMD e dei loro effetti negativi rispetto al perseguimento degli obiettivi delle singole norme, nonché (b) una valutazione "orizzontale" delle occasioni perse dai legislatori degli Stati membri, tanto rispetto ai margini di discrezionalità loro rimessi quanto nel coordinamento ed aggiornamento delle discipline nazionali, nonché delle conseguenze di tale "inerzia" sul bilanciamento tra diritto d'autore e accesso alla cultura, preservazione del patrimonio culturale e diritto all'educazione e alla ricerca.

Diritto d'autore – Eccezioni – Diritti fondamentali – Armonizzazione – Direttiva CDSM

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il bilanciamento tra diritto d'autore europeo e accesso alla cultura, preservazione del patrimonio culturale e diritto all'educazione e alla ricerca prima del 2019 – 2.1. Nel diritto primario e secondario – 2.2. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE – 2.3. Quale armonizzazione? – 3. Gli articoli 3-6 CDSMD: punti di forza e di debolezza – 4. Il post-Direttiva: due direttrici di valutazione – 4.1. Valutazione "verticale": divergenze nazionali nell'implementazione – 4.2. Valutazione "orizzontale": occasioni colte e perse dai legislatori nazionali – 5. Cosa c'è ancora da fare?

1. Premessa

La Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (CDSM)¹ ha voluto segnare

un cambio di marcia e direzione nell'approccio alle eccezioni al diritto d'autore europeo, optando per l'introduzione di norme di natura obbligatoria ed in larga parte non derogabili dall'autonomia privata. La

C. Sganga è professoressa associata di Diritto privato comparato presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e coordinatrice del progetto H2020 *reCreating Europe* (www.recreating.eu), dalle cui ricerche trae origine questo contributo.

Questo saggio fa parte della sezione monografica "Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto fra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d'autore" a cura di Deborah De Angelis, Sebastiano Faro e Ginevra Peruginelli.



svolta giunge in risposta alle severe critiche mosse da dottrina e stakeholder sugli effetti distorsivi della natura opzionale delle eccezioni proposte sino a quel momento dall'armonizzazione comunitaria². Gli artt. 3-6 CDSMD, che intervengono su temi centrali per l'accesso alla cultura, la preservazione del patrimonio culturale e il diritto all'educazione e alla ricerca, lasciano tuttavia ai legislatori nazionali ampi margini di discrezionalità su elementi chiave, e mancano di offrire linee guida utili al coordinamento delle nuove disposizioni con eccezioni già previste da direttive precedenti o dagli ordinamenti statali. A più di un anno dal termine fissato per la trasposizione, la frammentazione e disorganicità delle soluzioni normative adottate o proposte dagli Stati membri confermano i timori sollevati in fase di sua approvazione. Nel fornire una mappatura dello stato dell'armonizzazione, questo articolo offre (a) una analisi "verticale" delle divergenze nazionali nell'implementazione degli artt. 3-6 CDSMD e dei loro effetti negativi rispetto al perseguimento degli obiettivi delle singole norme, nonché (b) una valutazione "orizzontale" delle occasioni perse dai legislatori degli Stati membri, tanto rispetto ai margini di discrezionalità loro rimessi quanto nel coordinamento ed aggiornamento delle discipline nazionali, nonché delle conseguenze di tale "inerzia" sul bilanciamento tra diritto d'autore e accesso alla cultura, preservazione del patrimonio culturale e diritto all'educazione ed alla ricerca. Questo consentirà di valutare il livello di armonizzazione raggiunto e la sua efficacia nel perseguimento degli obiettivi di bilanciamento interni alla disciplina del diritto d'autore, con particolare riguardo alle attività transfrontaliere, nonché di comprendere se le nuove flessibilità offerte dalla Direttiva CDSM, da sole ed unite alle eccezioni già esistenti, siano efficaci e sufficienti a garantire un equo compromesso tra diritto d'autore, tutela dei diritti e delle libertà di insegnamento e ricerca ed obiettivi di policy in materia culturale (conservazione, accesso ecc.).

2. Il bilanciamento tra diritto d'autore europeo e accesso alla cultura, preservazione del patrimonio culturale e diritto all'educazione e alla ricerca prima del 2019

2.1. Nel diritto primario e secondario

La libertà delle arti e delle scienze ed il diritto all'istruzione trovano posto tra i diritti protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), rispettivamente all'art. 13 ed all'art. 14, nello stesso titolo, quello dedicato alle libertà, al-

l'interno del quale si ritrova anche la tutela della proprietà (art. 17, primo comma) e della proprietà intellettuale (art. 17, secondo comma)³. Del rispetto della diversità culturale si occupa l'art. 22, mentre è nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che si trova il riferimento alla necessità per l'Unione di contribuire allo sviluppo delle culture negli Stati membri, di incoraggiare la cooperazione tra Stati nella conservazione e la salvaguardia del patrimonio culturale, e di tenere in considerazione gli aspetti culturali e l'obiettivo di rispettarne e promuoverne la diversità nelle sue azioni (art. 167, commi 1, 2 e 4, *ex art.* 151 TCE).

Ben prima, comunque, del Trattato di Lisbona, e prima ancora della Carta di Nizza nel 2000⁴, atto prodromico della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea e molto simile a quest'ultima nei suoi contenuti, il diritto all'educazione, la libertà di ricerca scientifica e gli obiettivi di accesso alla cultura e preservazione del patrimonio culturale avevano già fatto ingresso nel diritto secondario dell'Unione in materia di diritto d'autore.

Fin dalla Direttiva software del 1991, poi riveduta nel 2009⁵, il legislatore comunitario aveva previsto una eccezione obbligatoria ai diritti esclusivi attribuiti al produttore di programmi per elaboratore, diretta a consentire tutti gli atti necessari ad osservare, studiare o sperimentare il funzionamento del programma «allo scopo di determinare le idee e i principi su cui è basato ogni elemento del programma, quando [la persona che ha il diritto di utilizzare una copia di un programma] effettua le operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che ha il diritto di effettuare» (art. 5, terzo comma). Successivamente, nell'introdurre i diritti di noleggio e prestito, la Direttiva 92/100/CEE⁶ (e così la sua ricodifica nel 2006)⁷ aveva contestualmente previsto la possibilità per gli Stati membri di prevedere un'eccezione per il prestito da parte di istituzioni pubbliche, dietro remunerazione in favore degli autori, stabilita tenendo conto degli obiettivi di promozione culturale perseguiti dagli enti *de quo*, con possibilità di esenzione per alcune categorie di particolare rilevanza pubblica (art. 6, primo e terzo comma)⁸. A tale eccezione opzionale si affiancavano altre due eccezioni, similmente opzionali, ai diritti connessi, per uso privato a fini non commerciali e per fini di insegnamento e ricerca (art. 10, lett. a) e c)).

In molto maggior dettaglio, complice anche il particolare oggetto della tutela ed il più alto rischio di conflitto tra tutela dei diritti esclusivi e protezione dei diritti di educazione e ricerca, la Direttiva database (96/9/CE)⁹ aveva introdotto la possibilità



per gli Stati membri di prevedere limitazioni tanto al diritto d'autore sulla struttura quanto al diritto *sui generis* sul contenuto della banca dati allorché l'impiego o l'estrazione avesse finalità didattiche o di ricerca scientifica da parte dell'utente legittimo, con citazione della fonte e nei limiti di quanto giustificato dagli scopi non commerciali perseguiti (art. 6, secondo comma, lett. b); art. 9, lett. b)). Attività di studio privato si potevano invece ricondurre all'eccezione per estrazioni a fini privati del contenuto di banche dati non elettroniche (art. 9, lett. a)).

I primi riferimenti e le prime norme di natura orizzontale si ritrovano, invece, nella Direttiva InfoSoc del 2001¹⁰, che tra le eccezioni al diritto di riproduzione (art. 5, secondo comma) menziona sia l'uso privato non commerciale (lett. b)) sia gli usi ad opera di biblioteche accessibili al pubblico, istituzioni di istruzione, musei o archivi (lett. d)). Pur se la finalità non è menzionata, è intuibile che la seconda disposizione sia diretta a consentire la copia in funzione di preservazione ed accesso ad opere protette da parte delle istituzioni beneficiarie. L'art. 5, terzo comma elenca invece, tra le eccezioni ai diritti di riproduzione e comunicazione al pubblico, gli usi diretti a finalità di insegnamento e ricerca (lett. a)), a beneficio di soggetti disabili (lett. b), chiaramente al fine di realizzare il loro diritto di accesso alla cultura, e per la messa a disposizione del pubblico su terminali dedicati di opere presenti nelle collezioni delle biblioteche, quest'ultima diretta a garantire tanto un più ampio accesso al patrimonio culturale quanto, nella sua lettura estensiva¹¹, la digitalizzazione e messa a disposizione di opere a fini di preservazione ed accesso.

Sempre per rimuovere un problematico ostacolo alla digitalizzazione del patrimonio culturale ed alla sua diffusione, la Direttiva sulle opere orfane¹² ha introdotto una eccezione obbligatoria ai diritti di riproduzione e comunicazione/messa a disposizione del pubblico *ex artt.* 2-3 Direttiva InfoSoc al fine di consentire a «biblioteche, istituti di istruzione e musei accessibili al pubblico, nonché archivi, istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro ed emittenti di servizio pubblico» (art. 1, primo comma) la digitalizzazione, indicizzazione, catalogazione, conservazione, restauro e messa a disposizione di opere il cui titolare non sia identificato né tracciato dopo una ricerca diligente e in buona fede, la cui procedura, da svolgersi nello Stato membro di prima pubblicazione o trasmissione¹³, richiede la consultazione delle fonti appropriate per la categoria di opere e di altri contenuti protetti, stabilite a livello nazionale d'accordo con i titolari dei diritti e con gli utilizzatori (art. 3, primo e secondo comma). Le opere coperte sono quelle pubblicate sotto forma di libri, riviste, quotidiani, rotocalchi o altre pubblica-

zioni, le opere cinematografiche o audiovisive e i fonogrammi conservati nelle collezioni delle organizzazioni beneficiarie, nonché le opere cinematografiche o audiovisive e i fonogrammi prodotti da emittenti di servizio pubblico fino al 31 dicembre 2002 e conservate nei loro archivi. Responsabili della ricerca sono le organizzazioni beneficiarie dell'eccezione, a cui è fatto anche obbligo di fornire alle autorità nazionali competenti informazioni relative agli esiti delle ricerche diligenti, all'utilizzo delle opere orfane ed a qualsiasi modifica del loro status, informazioni che gli Stati membri devono poi far confluire in OrphaNet, la banca dati online delle opere orfane gestita dall'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO, art. 3, quinto e sesto comma). Lo status di opera orfana ha effetto per tutto il territorio dell'Unione (art. 4) e può essere terminato su istanza dei titolari dei diritti (art. 5), che possono richiedere un equo compenso per gli usi fatti delle loro opere fino a tale momento (art. 6, quinto comma). Il meccanismo è inteso ad affiancare e non a sostituire ulteriori strumenti di realizzazione della missione di interesse pubblico delle istituzioni di preservazione del patrimonio culturale, ed in particolare modo i partenariati pubblico-privato, a cui la direttiva fa esplicito riferimento (art. 6, quarto comma).

Cinque anni dopo è la volta della Direttiva e del Regolamento Marrakech (2017/1564/UE e 2017/1562 (UE))¹⁴, con cui l'Unione europea ha adempiuto ai propri obblighi di firmatario del Trattato WIPO di Marrakech «per facilitare l'accesso ai testi pubblicati alle persone cieche, con incapacità visive o altre difficoltà ad accedere al testo stampato»¹⁵ (2013), con l'obiettivo di assicurare alle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa la disponibilità di libri ed altro materiale in formati accessibili, nel rispetto dei diritti loro riconosciuti dalla CDFUE e dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità (CRPD), con particolare riguardo al diritto alla cultura¹⁶. La Direttiva impone agli Stati membri di prevedere un'eccezione, di natura inderogabile, ai diritti esclusivi di riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione *ex artt.* 2-4 Direttiva InfoSoc, ai diritti di noleggio e prestito *ex artt.* 8 e 9 Direttiva noleggio, ai diritti esclusivi d'autore e *sui generis* sulle banche dati *ex artt.* 5 e 7 Direttiva database ed ai diritti esclusivi su programmi per elaboratore *ex art.* 4 Direttiva software II, su libri, riviste, quotidiani, rotocalchi, notazioni, spartiti e relative illustrazioni, su qualsiasi supporto, anche audio, e in formato digitale, in favore di beneficiari non vedenti, che soffrano di disabilità visiva non migliorabile, di disabilità percettiva o di lettura o di disabilità fisica che impedisca loro di tenere o maneggiare un libro o fissare e spostare lo sguardo nella misura che sarebbe



normalmente necessaria per leggere (art. 2, primo e secondo comma). I beneficiari diretti sono autorizzati a produrre copie in formato accessibile di opere in loro legittimo possesso e per proprio uso esclusivo; alle entità autorizzate è concesso inoltre di comunicare, mettere a disposizione, distribuire e prestare copie accessibili ai beneficiari diretti e ad altre entità autorizzate, anche in altri Stati membri, nei limiti del rispetto del *three-step test* (art. 3). Seppure le entità autorizzate siano soggette ad un numero consistente di obblighi sostanziali, orientati a prevenire abusi e fenomeni di pirateria (art. 5), la direttiva rappresenta in ogni caso un passo in avanti sostanziale nel bilanciamento tra diritto alla cultura e diritto d'autore rispetto ai risultati ottenuti dall'introduzione, ad opera della Direttiva InfoSoc, dell'eccezione opzionale al diritto di riproduzione per usi a vantaggio di persone con disabilità, le cui implementazioni nazionali erano state per molti versi restrittive e fortemente frammentate¹⁷.

2.2. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

Dell'importanza di tale bilanciamento, e con una sensibilità spiccata verso le esigenze di accesso alla cultura e preservazione del patrimonio culturale, si è dimostrata consapevole nel tempo anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), che ha fatto largo uso del metodo di interpretazione teleologica delle norme per definire con elasticità i confini di alcune eccezioni, rileggerne in chiave evolutiva alcuni dei loro concetti principali, e delineare i margini di discrezionalità rimessi agli Stati membri nella trasposizione delle eccezioni armonizzate a livello comunitario. Nel seguire quei precedenti che avevano affermato come tali disposizioni debbano sì essere interpretate in maniera restrittiva¹⁸, ma senza che ciò pregiudichi la loro effettività e la realizzazione dei loro obiettivi¹⁹, la Corte ha infatti fornito letture anche molto estensive di alcune eccezioni in materia, rendendone flessibile l'ambito applicativo ed estendendolo fino a includere condotte non formalmente coperte dalla norma ma ponenti le stesse necessità di bilanciamento, o costituenti prerequisito necessario per il funzionamento dell'eccezione stessa.

La decisione più significativa in tal senso resta *Ulmer* (C-117/13)²⁰, in cui la CGUE ha ritenuto che l'eccezione che consente alle biblioteche di mettere a disposizione del pubblico su terminali dedicati opere protette parte delle loro collezioni (art. 5(3)(n) Direttiva InfoSoc) debba essere interpretata come includente, quale condizione indispensabile, anche la riproduzione necessaria ai fini della digitalizzazione delle opere da loro detenute in formato cartaceo²¹.

La Corte ha negato inoltre che la tale prerogativa possa essere esclusa ove i titolari dei diritti proponano ragionevoli accordi di licenza su copie digitali delle opere, dacché ciò significherebbe subordinare la realizzazione degli scopi della norma (ossia «promuovere l'interesse pubblico ad incentivare la ricerca e lo studio individuale, attraverso la disseminazione della conoscenza») alla discrezionalità unilaterale dei titolari dei diritti²². Sulla stessa linea, in *Vereniging Openbare Bibliotheken (VOB)*²³, la CGUE ha esteso l'eccezione di prestito pubblico *ex art. 6*, primo comma Direttiva noleggio agli e-books, con interpretazioni letterali quasi pindariche, sostenendo come, alla luce dei nuovi sviluppi tecnologici ed economici²⁴, l'effettività della disposizione ed il perseguimento dei suoi scopi di promozione culturale sarebbero frustrati ove il suo ambito oggettivo di applicazione fosse stato limitato alle sole copie materiali²⁵.

2.3. Quale armonizzazione?

Dinanzi allo sforzo armonizzatore del legislatore comunitario ed alle significative spinte della CGUE, gli Stati membri non hanno mostrato risposte e sensibilità uniformi. E se la frammentazione delle eccezioni nazionali ed i problemi creati dalla loro natura territoriale sono fenomeni orizzontali e *topoi* classici nella letteratura del settore²⁶, le disposizioni nazionali in materia di bilanciamento tra diritto d'autore e ricerca, insegnamento e preservazione del patrimonio culturale mostrano, ove possibile, un quadro ancora più problematico.

Dal gennaio 2020 al giugno 2022, il progetto europeo *reCreating Europe* ha, tra le sue varie attività di ricerca, condotto una mappatura approfondita delle legislazioni e giurisprudenze nazionali in materia di flessibilità del sistema di diritto d'autore ("copyright flexibilities"), con l'aiuto di trentasei esperti provenienti dai ventisette Stati membri, a cui sono stati somministrati questionari riferiti al periodo precedente e successivo alla trasposizione della Direttiva CDSM²⁷. Dalla raccolta, classificazione e verifica delle informazioni così raccolte sono stati sviluppati un database pubblicamente disponibile online (www.copyrightflexibilities.eu), ventisette report nazionali e dieci studi comparativi, questi ultimi dedicati a singole categorie di flessibilità, raggruppate per tipologia di usi consentiti.

(i.) Le eccezioni in materia di insegnamento e ricerca

La mappatura delle eccezioni e limitazioni a fini educativi e di ricerca precedenti all'avvento della



Direttiva CDSM mostra un quadro a geometrie altamente variabili, più o meno riferibile alla norma opzionale di cui all'art. 5(3)(a) Direttiva InfoSoc. La maggioranza delle disposizioni nazionali fa riferimento ai soli usi a fini di insegnamento; gruppi più piccoli menzionano le due finalità in norme separate, o le uniscono senza distinzione in un'unica previsione. Più in generale, è possibile riscontrare pochi elementi in comune tra i vari approcci nazionali, principalmente riferibili ai limiti di finalità e necessità dell'uso, alla sua natura non commerciale, alla necessità di indicazione della fonte, e più raramente alla previsione di equo compenso. Permangono invece sostanziali ed a volte incolmabili divergenze in materia di beneficiari dell'eccezione, diritti ed opere inclusi, nonché quantità di opera utilizzabile liberamente.

Sul versante dei beneficiari, gran parte delle legislazioni nazionali evitano di fornire definizioni²⁸, adottando un approccio aperto e flessibile – seppur a volte limitato dalle corti²⁹ – mentre alcuni Stati membri si distinguono per la previsione di liste chiuse o aperte, che restringono o ampliano il novero dei tradizionali destinatari dell'eccezione. Nel primo caso possono farsi rientrare quelle disposizioni che specificano, seppure in via esemplificativa, il concetto di istituto di istruzione³⁰, o che in maniera ancora più restrittiva fanno riferimento ai soli istituti identificati dalla legge³¹, o ai soggetti che impartiscono specifiche istruzioni durante attività di insegnamento o ricerca³². Al secondo caso posso ricondursi, invece, quelle norme che aprono in via funzionale a tutti gli atti che si svolgono in biblioteche pubbliche, enti caritatevoli o di solidarietà, nonché istituti di istruzione primaria, secondaria ed universitaria³³; o che anziché menzionare l'istituzione identificano quali beneficiari, genericamente, insegnanti, terze parti coinvolte nella didattica frontale e studenti³⁴; o che fanno generico riferimento all'obiettivo di interesse pubblico alla promozione dell'istruzione e della ricerca scientifica, aprendo in via esemplificativa ad insegnanti, studenti, archivi, enti per il welfare giovanile, istituti di formazione e altre istituzioni pubbliche aventi la stessa missione³⁵. La potenziale flessibilità delle liste esemplificative aperte è testimoniata da alcune giurisprudenze nazionali, che non esitano ad applicare, ad esempio, l'eccezione al diritto di esecuzione pubblica a fini di insegnamento a qualunque atto avente tali finalità e rivolto al relativo pubblico (docenti, discenti e relativi familiari), anche se tenutosi al di fuori delle strutture dell'istituto³⁶. Tra gli approcci più flessibili, si ritrovano disposizioni che estendono l'eccezione a coprire istituzioni educative ed accademiche, i propri dipendenti, ogni altro soggetto coinvolto in processi socio-educativi o di ricerca³⁷, o a tutti gli enti pubblici di ricerca³⁸.

Sul versante degli usi consentiti, le legislazioni nazionali sono raggruppabili in un *continuum* composto da tre principali categorie, che vanno dai – pochi – Stati silenti sul punto³⁹ agli Stati che offrono liste dettagliate e distinte a seconda della finalità della norma eccezionale, fino ad arrivare a quei testi normativi le cui disposizioni coprono solo limitate e ben specifiche condotte, adottando un approccio più che restrittivo. Frequentemente le liste dettagliate di usi e diritti – generalmente riproduzione, distribuzione, comunicazione al pubblico, rappresentazione – variano all'interno della stessa normativa nazionale a seconda della specifica disposizione e funzione considerata (ad es. insegnamento, dimostrazione, ricerca, inclusione in antologie didattiche)⁴⁰, contribuendo ancora di più alla parcellizzazione delle soluzioni adottate. Non dissimili geometrie si ritrovano in quegli Stati dove a funzioni diverse corrispondono usi consentiti simili, ma con percentuali di opere protette utilizzabili differenti⁴¹. Non mancano, poi, esempi *sui generis* come quello italiano, che fonde l'eccezione di illustrazione a fini di insegnamento e ricerca con quella di citazione, estesa a coprire riproduzione e messa a disposizione del pubblico, e ricomprensivo anche la possibilità di includere le opere in antologie o libri di testo⁴². In generale, a Stati che ampliano le proprie eccezioni di insegnamento e/o ricerca a coprire un vasto novero di usi e diritti⁴³ si affiancano Stati che limitano la lista a riproduzione e comunicazione al pubblico, seguendo pedissequamente le indicazioni della Direttiva InfoSoc⁴⁴.

Un numero significativo di eccezioni nazionali, di solito complementari a norme più generali, limita il proprio ambito oggettivo di applicazione ad un solo uso/diritto: è questo il caso delle disposizioni che consentono la rappresentazione pubblica di opere protette negli edifici scolastici⁴⁵ o la loro inclusione in raccolte cartacee, media, libri di testo⁴⁶. In questa categoria spiccano, poi, norme talmente specifiche da rappresentare degli *unicum* nazionali, come l'eccezione italiana che consente la pubblicazione di versioni a bassa risoluzione di opere fotografiche o musicali online a fini di studio o ricerca (art. 70, comma 1-*bis* l. aut.), o l'eccezione maltese che consente la riproduzione di topografie di semiconduttori allo scopo di spiegare i processi tecnici ad essi sottesi nel contesto di attività di ricerca (art. 33(b) MCA). Completano il quadro frammentato quelle norme nazionali che subordinano specifici usi alla stipulazione di licenze collettive estese *ad hoc*, come è il caso della Svezia⁴⁷.

Sul versante delle opere coperte, la maggior parte delle disposizioni nazionali rimane silente sul punto, introducendo al massimo limiti di carattere quantitativo all'utilizzo⁴⁸. In casi sporadici, ma pur sempre in grado di contribuire alla parcellizzazione e frammen-



tazione di soluzioni nel mercato interno, i legislatori nazionali hanno introdotto regimi specifici per determinate tipologie di creazioni⁴⁹, o distinto su tale base le varie eccezioni. Un esempio viene dalla Germania, che permette l'utilizzo di intere opere solo nel caso di articoli isolati tratti dalla stessa rivista professionale o scientifica, o di altre opere brevi e fuori commercio, limitando invece l'uso ad estratti in tutti gli altri casi (§60 UrhG-G), o dalla Grecia, che limita la riproducibilità in libri di testo ed antologie per scuole primarie e secondarie, ufficialmente approvati dal Ministero dell'Istruzione, a solo parte della produzione totale di uno specifico autore (§22(1) GCA), prevedendo però una norma differente per l'utilizzo di estratti di periodici ed opere d'arte (§21 GCA). Similmente, l'Austria (§42(f) UrhG-A) ammette l'uso libero di opere scientifiche e di estratti di opere letterarie solo ove siano passati almeno due anni dalla prima pubblicazione, con l'eccezione dei lavori cinematografici. Chiudono il cerchio quegli Stati che optano per liste esemplificative molto vaste⁵⁰, con limitate esclusioni di solito riferibili a spartiti musicali (Belgio, art. XI.191/1, 3° CDE), programmi per elaboratore (Lituania, §21 LiCA), ed opere esplicitamente destinate ad uso didattico⁵¹. Sono poche, invece, ma sempre rilevanti per il contributo apportato alla frammentazione, le norme nazionali che restringono il proprio ambito oggettivo di applicazione ad opere specifiche e soggette a trattamento diversificato: se ne ritrovano molte nella disciplina austriaca⁵², mentre è tipico ritrovare norme *ad hoc* in materia di banche dati⁵³.

A contribuire alla diversificazione delle soluzioni nazionali, sia preesistenti all'introduzione dell'art. 5(3)(a) Direttiva InfoSoc che conseguenti alla sua entrata in vigore, è l'adozione da parte degli Stati membri di ulteriori requisiti o criteri applicativi. Il più frequente è l'imposizione di un obbligo di remunerazione a favore dei titolari dei diritti, declinato per il tramite di licenze collettive estese⁵⁴, o determinato nei suoi meccanismi di calcolo del corrispettivo, raccolta e distribuzione da disposizioni speciali⁵⁵ o dall'autorità giudiziale in mancanza di accordo tra le parti⁵⁶. Tali norme sono anche quelle più frequentemente oggetto di diatribe giudiziali, che contribuiscono a parcellizzare ancora di più il quadro di risposte nazionali⁵⁷.

Sulla stessa linea, quasi tutte le eccezioni contengono un limite di funzione, che consente l'utilizzo di opere protette solo nei limiti necessari allo scopo di insegnamento o ricerca perseguito. Se ciò si sostanzia spesso in una mera dichiarazione di finalità senza l'introduzione di condizioni ulteriori⁵⁸, sussistono, tuttavia, differenze sostanziali nei termini in cui tale funzionalizzazione è declinata. Ne sono esempi, tra tutti, l'approccio austriaco, che ammette la produzio-

ne di un numero di copie necessario ad uno specifico corso, attività di ricerca o esame (§42(6) UrhG), così come l'Irlanda (§53(1) CRRRA), ed adotta simili limiti funzionali in altre eccezioni. Simili limitazioni si ritrovano in Cechia, dove l'utilizzo di opere protette è ammesso solo al fine di soddisfare i bisogni interni di istituzioni educative e di ricerca e del loro personale (§35 CzCA) e, sulla stessa linea, in Ungheria (§35(5) SZJT), in Lituania (§22 LiCA), che ammette utilizzi nei limiti necessari a sostenere l'insegnamento e lo sviluppo di educatori e ricercatori, o in Romania (art. 35(1)(2) RDA) o Slovenia (art. 47 ZASP), che ammettono solo atti necessari ad identificare ed organizzare i temi di una specifica lezione. L'Italia (art. 70(2) l. aut.) lascia invece la definizione delle tipologie di uso ad apposito regolamento, e le corti hanno dato interpretazione estensiva della disposizione⁵⁹.

Ulteriori limitazioni contribuiscono a complicare il quadro: seppur convergenti, infatti, attorno a categorie e tipologie simili, le declinazioni nazionali tendono ad essere diversificate, tanto nei testi normativi che nelle interpretazioni giurisprudenziali. Ne è esempio il requisito di localizzazione della condotta nelle sedi dell'istituzione educativa o di ricerca⁶⁰, spesso letto in termini estensivi dalle corti⁶¹, o esplicitamente richiamato per derogarvi, come in Belgio, dove si fa riferimento ad attività educative svolte tanto all'interno che all'esterno delle istituzioni scolastiche (art. XI.191/1, § 2 CDE). Similmente, vi sono disposizioni nazionali che regolano nel dettaglio tipologia e numero di membri del pubblico ammesso alle rappresentazioni di opere protette, con differenti variazioni sul tema⁶².

Elevata frammentazione si riscontra sul versante delle quantità che possono essere liberamente utilizzate, e che variano da numeri di copie predefiniti (Olanda) a variegati percentuali massime (Spagna), o nei limiti di quanto previsto dalle *fair practices* commerciali (Svezia, Olanda, Lussemburgo e Grecia). Alcune norme prevedono limiti temporali prima dei quali non è possibile per l'opera essere soggetta ad eccezione: oltre al già menzionato limite di 2 anni dalla prima pubblicazione in Francia, rientra in questa categoria anche la Svezia (§18 URL), che consente l'inclusione di opere descrittive in altre creazioni, purché siano passati cinque anni dalla loro prima pubblicazione. Sulla stessa linea si inseriscono quelle disposizioni nazionali che richiamano direttamente il *three-step test* quale ulteriore requisito di applicabilità dell'eccezione (Italia)⁶³, o che subordinano l'operatività della stessa al fatto che la copia non abbia valore di sostituto rispetto all'acquisto o alla licenza di opera protetta (Slovacchia e Olanda) o che, da ultimo, richiedono il rispetto dei diritti morali d'autore (Croazia e Ungheria).



Contribuiscono alla parcellizzazione una serie di norme residuali, di matrice prevalentemente statale e dunque spesso originali ed isolate, aperte a consentire usi variegati da parte di istituzioni educative. Tra le norme più frequenti si segnalano quelle che consentono la rappresentazione pubblica di opere protette dinanzi ad una platea ristretta di discenti, docenti e terzi correlati (oltre ai già menzionati Irlanda e Francia, anche Estonia, §22 AutÕS, Bulgaria, art. 24(1)(8) BCA, Cechia, §35(2) CzCA; Grecia, art. 27(b) GCA; Italia, art. 15 l. aut.; Lettonia, §26(2) LaCA; Lituania, §22(4) LiCA; Polonia, art. 31(2) UPA, che applica l'eccezione ad eventi scolastici ed accademici indipendentemente dal loro luogo, ed esclude che gli esecutori interpreti possano ricevere compenso).

Le risultanze della mappatura mostrano come quelle in materia di ricerca ed insegnamento siano tra le eccezioni meno armonizzate nel territorio dell'Unione. Ciò non è dovuto solamente alla natura opzionale della stragrande maggioranza delle norme comunitarie in materia, ma anche e soprattutto dalla costante menzione congiunta delle due finalità all'interno della stessa disposizione, come nella Direttiva InfoSoc, caratteristica questa che ha lasciato liberi gli Stati membri di operare trasposizioni variegata, con norme riferite a entrambi gli scopi o solamente ad uno (di solito l'insegnamento), e con improprie equiparazioni di beneficiari ed usi consentiti. Il panorama di soluzioni nazionali, poi, è frammentato sotto ogni versante, dai beneficiari agli usi consentiti, situazione spesso peggiorata da decisioni giudiziali divergenti. A completare un quadro già critico, il bilanciamento tra diritto d'autore ed interessi ed esigenze connesse ad attività di ricerca è tema quasi completamente negletto dai legislatori nazionali, che si concentrano invece prioritariamente sull'istruzione, guardando alla ricerca in funzione ancillare. L'apertura verso gli usi digitali e transfrontalieri, poi, resta marginale e poco rilevante.

(ii.) Le eccezioni in materia di preservazione ed accesso al patrimonio culturale

Le eccezioni relative ad accesso, prestito e conservazione del patrimonio culturale rappresentano una categoria eterogenea e frammentata già per l'approccio adottato dal legislatore comunitario, che vi dedica disposizioni distinte in direttive differenti, e ancora più variegato sol che si guardi alle tradizioni nazionali. Come e forse più che per le eccezioni in materia di insegnamento e ricerca, è possibile riscontrare elementi in comune e di convergenza, quali la lista aperta di beneficiari, i limiti di funzione, finalità e luogo e, in limitati casi, la previsione di un equo compenso

per i titolari dei diritti. Restano, tuttavia, sostanziali divergenze in materia di diritti e natura delle opere incluse, con il risultato di creare un quadro per molti versi confuso e certamente parcellizzato.

Tra le norme dirette alla realizzazione di obiettivi di promozione culturale, l'eccezione di prestito pubblico rappresenta la prima in ordine di introduzione da parte del legislatore comunitario (1992, art. 6(2) Direttiva noleggio). Agli Stati membri è offerta la possibilità di consentire la messa a disposizione del pubblico di opere protette per un periodo di tempo limitato e senza scopo di lucro, da parte di istituzioni liberamente accessibili al pubblico, e sotto prestazione di equo compenso ai titolari dei diritti.

Gli Stati membri identificano i beneficiari di tale eccezione con un approccio prevalentemente funzionale, che omette di menzionare liste tipologiche di entità (Danimarca, Lussemburgo, Svezia e Slovenia), o prevede al massimo elencazioni aperte di soggetti accomunati da obiettivi di promozione culturale⁶⁴. Alcune legislazioni optano per soluzioni ibride, che affiancano a definizioni generali (ad es., istituzioni aperte al pubblico⁶⁵) una lista esemplificativa e non esaustiva di beneficiari (biblioteche, collezioni di video o audio, musei), che può prestarsi a letture estensive. La maggioranza degli Stati, tuttavia, preferisce l'utilizzo di ampie categorie generali, che spaziano dalle istituzioni culturali (biblioteche, gallerie, archivi, musei) ed educative (scuole ed università)⁶⁶ fino a ricomprendere anche enti non-profit aventi simili obiettivi⁶⁷, o istituzioni specifiche *ad hoc*⁶⁸. Non mancano definizioni più puntuali, orientate però a distinguere tra enti tenuti al pagamento dell'equo compenso ed enti esentati⁶⁹. Ad altra categoria appartengono quelle disposizioni nazionali che optano per una lista chiusa di soggetti, rinviando a fonti secondarie per l'identificazione delle istituzioni beneficiarie aventi scopi educativi o culturali⁷⁰ a cui è concessa l'eccezione di prestito pubblico con o senza remunerazione. Seguono e chiudono, poi, quegli Stati che optano invece per l'indicazione di specifiche tipologie di beneficiari, di solito limitati alle biblioteche pubbliche⁷¹ o alle istituzioni educative primarie e secondarie ed alle biblioteche accademiche⁷².

Meno frammentazione si ha sul versante dell'ambito oggettivo di applicazione dell'eccezione. La maggior parte degli Stati membri sono silenti sul punto, o propongono una lista di opere aperta ed esemplificativa⁷³, potenzialmente oggetto di letture estensive. Con un approccio più restrittivo, alcuni legislatori nazionali escludono specifiche categorie di creazioni, tra cui le banche dati, le opere d'arte applicata, gli edifici⁷⁴, le opere audiovisive⁷⁵, le opere cinematografiche ed i software in formato digitale⁷⁶, o prevedono in tali



casi un obbligo di remunerazione⁷⁷ o il soddisfacimento di ulteriori e variegate condizioni⁷⁸. La varietà torna, invece, dagli schemi di remunerazione previsti a livello nazionale che, come nel caso dell'eccezione di copia privata, mostrano una spiccata diversità, con particolare riguardo alle tipologie di prestito sottoposte o meno a tale condizione⁷⁹, o ai limiti massimi pagabili dal bilancio statale⁸⁰.

Il panorama delle eccezioni nazionali in materia di preservazione del patrimonio culturale, precedenti o conseguenti all'entrata in vigore dell'art. 5(2)(c) Direttiva InfoSoc manifesta simili divergenze. Un elevato livello di frammentazione può riscontrarsi sul versante dei beneficiari, che vede alcuni Stati riferirsi genericamente a musei, archivi, biblioteche ed istituzioni educative⁸¹, altri escludere queste ultime⁸², altri ampliare includendo ulteriori figure quali gli istituti di ricerca⁸³, i centri di documentazione, fino a coprire ogni ente pubblico o che presti servizi pubblici⁸⁴; altri limitarne il novero ad entità⁸⁵ o finalità specifiche. Di quest'ultima categoria è esempio l'Irlanda, che ha trasposto l'art. 5(2)(c) Direttiva InfoSoc per via di una pletora di disposizioni, ciascuna delle quali ha funzionalizzazioni, soggetti ed oggetto circoscritti e ben determinati (§§65 ss. CRR).

È bene comunque osservare che a disposizioni maggiormente settoriali si affiancano spesso norme di respiro più generale. È questo, ad esempio, il caso della Spagna, dove ad una norma di ampio respiro e riferita ad archivi audio-video, emeroteche, musei, istituzioni educative e di ricerca (art. 37(3) TRPLI) si affianca un'ulteriore disposizione che consente allo Stato, alle Comunità autonome e ad altre istituzioni pubbliche di ottenere la pubblicazione di un'opera protetta contro la volontà degli eredi dell'autore, ove l'interesse pubblico lo richieda (art. 40 TRLPI).

In aggiunta all'implementazione dell'art. 5(2)(c) Direttiva InfoSoc, alcuni Stati hanno previsto disposizioni *ad hoc* per consentire la riproduzione di opere che siano state perse, danneggiate o non più utilizzabili⁸⁶, o di estratti di quotidiani, periodici, libri ed altre opere letterarie⁸⁷, o la preservazione di opere cinematografiche o registrazioni audiovisive⁸⁸, mentre è molto più limitato il numero di Paesi che hanno ampliato l'ambito oggettivo di applicazione della norma comunitaria, prevedendo, ad esempio, la possibilità di comunicare al pubblico le opere audiovisive⁸⁹. In via del tutto speculare, altre legislazioni nazionali hanno esplicitamente escluso dall'oggetto dell'eccezione i programmi per elaboratore⁹⁰, le opere non pubblicate e quelle soggette a diritti connessi⁹¹.

Divergenze si riscontrano anche nell'ambito degli usi e diritti coperti. Un numero sostanzioso di disposizioni si spinge oltre la mera riproduzione includendo

nell'eccezione, tra tutti, prestito, esibizione, comunicazione al pubblico⁹², distribuzione⁹³, alterazione⁹⁴, diritti connessi⁹⁵, spingendosi in rare istanze ad includere anche la trasmissione radiotelevisiva⁹⁶. In un numero limitato di istanze, la riproduzione in qualsiasi formato, anche digitale era stata già ammessa prima dell'avvento della Direttiva CDSM⁹⁷.

Alcune disposizioni prevedono restrizioni sul numero di copie effettuabili, seppure con alcuni correttivi⁹⁸, o richiedono che la riproduzione non aumenti il numero di copie presenti all'interno della collezione⁹⁹. In termini generali, è frequente – ma non uniforme – la limitazione delle copie al numero necessario ai fini della preservazione¹⁰⁰, mentre sono frammentati e sparsi i riferimenti alla funzione della copia: si va dalla sola sostituzione di elementi mancanti in una collezione¹⁰¹ ad approcci più aperti, come quelli che includono la possibilità di riproduzione a fini di gestione, restauro tecnico, riparazione, messa in sicurezza e preservazione del patrimonio culturale¹⁰², nonché la sua catalogazione ed indicizzazione¹⁰³, o finanche lo scambio di materiale culturale ed opere tra enti no-profit¹⁰⁴, la messa a disposizione del pubblico di opere audiovisive a fini di *awareness raising*¹⁰⁵ e la restaurazione diretta ad evitare che le opere vadano in obsolescenza tecnologica¹⁰⁶. La natura suppletiva della copia è spesso utilizzata quale requisito essenziale, spesso con limitazioni nel numero delle riproduzioni effettuabili¹⁰⁷.

Sono pochi gli Stati che prevedono criteri funzionali laschi, come la Slovenia (art. 50(3) ZASP), che consente la riproduzione di opere per uso interno non commerciale, ed il Portogallo (art. 189(1)(e) CDA), che richiede solo che fissazioni e riproduzioni siano realizzate al fine di soddisfare l'interesse eccezionale in documentazione ed archiviazione da parte di un ente pubblico o esercitante pubblico servizio. Altre condizioni ricorrenti ma non presenti nel testo UE sono la difficile reperibilità dell'opera sul mercato¹⁰⁸, il rispetto del *three-step test*¹⁰⁹ o la remunerazione, tutte e tre presenti a geometria variabile nel territorio dell'Unione¹¹⁰.

A complicare e rendere ancora più parcellizzato il quadro vengono quelle disposizioni nazionali dall'oggetto e dalle condizioni *sui generis*. Ne sono esempio paradigmatico la Grecia (art. 22(1) GCA), che consente all'Archivio cinematografico di Stato di riprodurre opere cinematografiche di elevato valore artistico senza consenso dell'autore, nel caso di suo rifiuto abusivo, su decisione del Ministero della Cultura; o la Spagna (art. 37.1 TRLPI) che, come si è visto, consente all'autorità pubblica di intervenire ove gli eredi di un autore impediscano la pubblicazione postuma delle sue opere.



Vi è poi una categoria molto eterogenea di disposizioni nazionali, spesso complementari o sussidiarie rispetto alle norme in materia di preservazione del patrimonio culturale, generalmente dirette a finalità di conservazione/archiviazione, usi in istituzioni educative, e norme di natura residuale.

La frammentazione in questo settore è estrema. L'Irlanda presenta tra le più ampie varietà di norme, che vanno dalla singola copia di estratti (massimo 10%) di periodici (§61 CRRA) allo scambio di copie tra biblioteche (§63 CRRA), all'inclusione di opere in cataloghi ed all'esibizione in collezioni (§66 CRRA), fino alla riproduzione di opere inedite per soli fini interni (§67 CRRA). In Estonia le istituzioni culturali possono fornire copie alle autorità pubbliche ed a persone fisiche per uso privato (§§20(5)-(6) AutÕS). In Austria biblioteche ed altri istituti di preservazione del patrimonio audiovisivo possono utilizzare immagini e suoni in lezioni e rappresentazioni pubbliche per non più di due utenti per volta e dietro prestazione di equo compenso (§56(2) UrhG-A). Nel panorama scandinavo, la riproduzione, l'esposizione e la messa a disposizione del pubblico di opere protette da parte di biblioteche ed archivi sono oggetto di licenze collettive estese di ampia portata (Svezia, §42(d) URL; Finlandia, §16d TL).

A dare una spinta propulsiva forte verso l'armonizzazione nel settore è venuta la Direttiva sulle opere orfane, che nell'introdurre un'eccezione non solo di implementazione obbligatoria ma molto dettagliata nei suoi contenuti e nelle sue definizioni, ha portato ad una convergenza pressappoco completa delle discipline nazionali in materia. Sul versante dei beneficiari della disposizione, dipartite dal paradigma della Direttiva si limitano all'inclusione di emittenti radio-televisive¹¹¹, di istituzioni di ricerca e/o di istruzione¹¹², o di altri enti svolgenti attività di preservazione culturale¹¹³. Con riguardo all'ambito oggettivo di applicazione, la stragrande maggioranza dei legislatori nazionali optano per una implementazione pedissequa del testo comunitario, eccezion fatta per quegli Stati che preferiscono non indicare gli usi consentiti¹¹⁴, o andare al di là di riproduzione e messa a disposizione del pubblico, includendo anche l'accesso da remoto¹¹⁵. Vi è una pressoché totale convergenza sulle caratteristiche della procedura amministrativa necessaria all'attribuzione dello status di opera orfana, nonché sull'identificazione degli obiettivi dell'eccezione nella promozione di scopi educativi e culturali e nel restauro e preservazione delle collezioni archivistiche. In pochi casi le norme nazionali sono silenti sul punto, o includono obiettivi più ampi quali l'accesso alla cultura, l'informazione pubblica ed il progresso della scienza¹¹⁶. Limitate divergenze dal testo comunita-

rio si riscontrano inoltre nell'introduzione di ulteriori condizioni per l'applicazione della norma, come il limite temporale di sette anni¹¹⁷, nell'indicazione delle fonti da consultare per la ricerca diligente¹¹⁸, o nelle regole relative al calcolo ed alla raccolta del compenso dovuto per l'utilizzo dell'opera a seguito del termine del suo status di opera orfana¹¹⁹.

Nonostante la relativa omogeneità dei beneficiari, le eccezioni in materia di usi culturali e preservazione del patrimonio culturale dimostrano parcellizzazione a livello europeo e mancata armonizzazione a livello nazionale, con l'esclusione di quelle disposizioni obbligatorie per la cui trasposizione gli Stati membri sono riusciti ad arrivare ad una relativa e stabile convergenza. Tale doppio livello di frammentazione conduce non solo ad incertezza giuridica negli scambi transfrontalieri, come per le altre eccezioni territoriali e non efficacemente armonizzate, ma anche a problemi sistematici per il mancato coordinamento tra norme settoriali e per l'assenza di definizioni, principi e concetti uniformi. In aggiunta, a Stati relativamente aperti e flessibili nel bilanciamento tra diritto d'autore, diritto alla cultura ed interesse pubblico all'accesso ed alla preservazione del patrimonio culturale si affiancano Stati ben più rigidi rispetto alle possibilità offerte alle istituzioni culturali per il perseguimento della propria missione di interesse pubblico. Il quadro nel settore degli usi culturali è, dunque, tanto problematico quanto quello riscontrato nell'area di insegnamento e ricerca. Non stupisce, pertanto, che siano questi i tre temi su cui si siano concentrati gli sforzi del legislatore comunitario nei lavori preparatori dal 2009 in poi¹²⁰, e su cui poi infine è venuto a convergere l'ultimo – nonché uno dei più pervasivi – atti di armonizzazione delle ultime due decadi: la Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (CDSM) del 2019.

3. Gli articoli 3-6 CDSMD: punti di forza e di debolezza

La Direttiva CDSM ha introdotto tre nuove eccezioni, di trasposizione obbligatoria per gli Stati membri e non derogabili per contratto, al fine esplicito di assicurare il corretto funzionamento del mercato unico digitale e di garantire certezza del diritto negli scambi transfrontalieri¹²¹. In linea con precedenti testi normativi, gli artt. 3-6 CDSMD hanno l'obiettivo dichiarato di offrire un equo bilanciamento tra gli interessi dei titolari dei diritti e quelli degli utenti, e sono limitati nella loro applicazione dal *three-step test*¹²².

L'eccezione di *text and data mining*, fortemente dibattuta, giunge in risposta all'asserita insufficienza delle flessibilità esistenti a coprire tutti i passaggi



fondamentali delle attività TDM¹²³, e alla loro libera escludibilità via contratto¹²⁴. Nel lasciare impregiudicate disposizioni già esistenti e potenzialmente applicabili alla fattispecie *de quo*, quale l'eccezione obbligatoria di riproduzione temporanea *ex art. 5(1) Direttiva InfoSoc*¹²⁵, la Direttiva CDSM introduce due diverse previsioni: la prima, relativa ad attività TDM finalizzate a scopi di ricerca scientifica, impone agli Stati membri l'obbligo di introdurre un'eccezione in favore di organizzazioni di ricerca ed istituzioni culturali, per la riproduzione di opere protette e l'estrazione di materiale da databases a cui esse hanno legittimo accesso che, per il considerando 14, si sostanzia nell'acquisizione del contenuto per il tramite di accesso aperto, licenza, sottoscrizione e libera disponibilità online. In linea con le politiche UE in materia di ricerca, l'eccezione copre anche attività svolte in partenariato pubblico-privato¹²⁶. Allo stesso tempo, la definizione dei beneficiari è attentamente delineata per garantire una loro comune identificazione nel territorio dell'Unione, alla luce della loro estrema diversificazione¹²⁷. Ulteriori salvaguardie includono la possibilità per i titolari dei diritti di adottare misure strettamente necessarie a garantire la sicurezza e l'integrità delle reti e delle banche dati, e l'obbligo per i beneficiari di assicurare che le copie dei materiali estratti siano custodite secondo adeguati standard di sicurezza¹²⁸. È esclusa la possibilità per gli Stati membri di prevedere forme di equo compenso, non essendo l'eccezione ritenuta, per scopo e natura, suscettibile di creare pregiudizio rilevante ai diritti d'autore e *sui generis*¹²⁹. Sulla stessa linea, l'art. 4 CDSMD offre un'eccezione generale di TDM senza funzionalizzazione che però, a differenza dell'art. 3 CDSMD, opera solo se l'attività non è stata riservata espressamente ed in maniera appropriata dal titolare del diritto.

Molte delle osservazioni formulate da attenta dottrina a cavallo del processo di approvazione della Direttiva sono state recepite e riflesse nel testo comunitario¹³⁰, che ha certamente contribuito con le sue definizioni dettagliate a mitigare l'incertezza che affliggeva il settore, e potrà prospetticamente aiutare a ridurre i costi sopportati dalle istituzioni di ricerca impegnate in attività TDM. Un numero non piccolo di questioni, tuttavia, sono rimaste insolte: si pensi, ad esempio, alla mancata previsione di un regime speciale per le piccole e medie imprese, o alla frammentazione sistematica causata dalla bipartizione tra artt. 3 e 4 CDSMD. E seppure l'art. 3 CDSMD offra maggiore standardizzazione e dunque si presti a facilitare le collaborazioni transfrontaliere, esso non tiene in sufficiente conto le differenze sostanziali degli ecosistemi di ricerca degli Stati membri, privando alcuni di essi dei benefici di eccezioni TDM già esistenti, più

flessibili e ben funzionanti¹³¹. Allo stesso tempo, un certo rischio di parcellizzazione di soluzioni nazionali può sorgere dal fatto che l'art. 3(4) Direttiva CDSM rimette agli Stati membri il compito di incentivare i titolari dei diritti a definire *best practices* relative all'applicazione di obblighi e misure di sicurezza per integrità delle reti e conservazione delle copie.

La seconda eccezione obbligatoria introdotta dalla Direttiva consente l'uso digitale di opere protette per il solo scopo di illustrazione a fini di insegnamento, nei limiti di quanto necessario per lo scopo non commerciale, e sotto la responsabilità di un istituto di istruzione o nel contesto di sistemi elettronici sicuri ed aperti solo a studenti e personale docente. L'art. 5 CDSMD condiziona la propria operatività all'adeguata menzione della fonte, e lascia gli Stati membri liberi di decidere se escluderne l'applicazione per determinate categorie di opere, nei limiti in cui siano facilmente disponibili e rinvenibili sul mercato licenze appropriate, o se richiedere il pagamento di un equo compenso¹³². Al fine di prevenire gli effetti negativi della frammentazione regolatoria che tale discrezionalità può comportare, la disposizione introduce poi il principio della nazione di origine, che applica alle condotte la disciplina dello Stato in cui è stabilita l'istituzione beneficiante dell'eccezione.

La svolta apportata dalla Direttiva CDSM ha il merito di risolvere numerose incertezze limitanti l'offerta digitale transfrontaliera di corsi e titoli di studio, livellando le divergenze nazionali ed arginando la loro frequente rigidità con una norma onnicomprensiva ed una regola chiara di diritto internazionale privato. Il margine di discrezionalità rimesso agli Stati membri su temi importanti quali l'equo compenso, l'alternativa eccezione/licenza e la qualificazione dell'adeguatezza, disponibilità e visibilità di quest'ultima, la definizione della quantità di opera utilizzabile e della nozione di ambiente elettronico sicuro, tuttavia, aprono a potenziali corse al ribasso tra ordinamenti nazionali¹³³. Manca, in aggiunta, un coordinamento tra art. 5 CDSMD ed eccezioni nazionali in materia di insegnamento introdotte *ex art. 5 Direttiva InfoSoc*, ed è prevedibile che la sovrapposizione tra definizioni, requisiti, fattispecie e limiti generi dei corti circuiti interpretativi la cui risoluzione non potrà che passare dal tavolo della CGUE negli anni a venire.

La terza e ultima eccezione introdotta dalla Direttiva CDSM consente alle istituzioni culturali di riprodurre copie di opere protette che siano parte permanente delle loro collezioni, in qualsiasi formato o supporto, allo scopo di e per quanto necessario alla loro preservazione. I suoi beneficiari sono biblioteche liberamente accessibili, musei, archivi, istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro, biblioteche ed



archivi nazionali, istituti d'istruzione ed emittenti pubbliche. La disposizione, obbligatoria e inderogabile per contratto, cristallizza la decisione del caso *Ulmer* in norma cogente, eliminando le differenze nazionali nella trasposizione degli artt. 5(2)(c) e 5(3)(n) Direttiva InfoSoc, e gettando così le basi per una migliore cooperazione tra istituzioni, lo sviluppo di standard comuni interoperabili, la riduzione dei costi transattivi per le licenze, e la gestione diretta dei progetti di digitalizzazione. Allo stesso tempo, però, la Direttiva non offre indicazioni chiarissime sulla definizione di istituzione culturale, creando così incertezze sull'applicabilità di definizioni di *lex specialis* come quelle offerte dalla Direttiva sulle opere orfane¹³⁴. La discrezionalità nazionale è poi circoscritta dal fatto che l'art. 5 CDSMD fa riferimento solo allo scopo di digitalizzazione, e resta incerto quanto i legislatori statali restino liberi o meno di seguire la dottrina *Ulmer*, ora che il considerando 27 CDSMD recita 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».

Chiude il cerchio l'art. 8 CDSMD¹³⁵, che prevede l'intervento di licenze collettive estese in favore di istituzioni culturali per la digitalizzazione di opere fuori commercio, curate da società di gestione collettiva integranti specifici requisiti operativi e di rappresentatività. In assenza di società che possano adempiere a tale compito, la Direttiva richiede l'implementazione di una eccezione obbligatoria atta allo scopo.

Dinanzi ai relativi passi in avanti da parte del legislatore comunitario ed alla epocale svolta nell'approccio alla definizione ed alla natura di eccezioni e limitazioni, risulta oltremodo utile verificare gli effetti ad oggi sulle legislazioni nazionali e, più in generale, sullo stato del bilanciamento interno al diritto d'autore rispetto a cultura, ricerca ed insegnamento.

4. Il post-Direttiva: due direttrici di valutazione

A più di un anno dallo spirare del termine ultimo per l'implementazione della Direttiva CDSM, 16 Stati hanno provveduto alla trasposizione, mentre altri hanno reso pubblici i propri disegni di legge, consentendo dunque di avere un ampio anche se non completo quadro delle soluzioni adottate dai legislatori nazionali¹³⁶. Ciò aiuta a formulare una prima valutazione – verticale – del livello di armonizzazione raggiunto grazie al nuovo approccio alle eccezioni,

ed una valutazione “orizzontale” delle lacune ancora presenti e delle occasioni di discrezionalità non colte dai legislatori nazionali per migliorare e rendere più efficace il bilanciamento tra diritto d'autore, diritti ed obiettivi confliggenti nei settori della cultura, dell'insegnamento e della ricerca.

4.1. Valutazione “verticale”: divergenze nazionali nell'implementazione

Già prima della Direttiva CDSM alcuni Stati membri avevano consentito l'utilizzo di opere protette in formato digitale a fini di insegnamento, seppure per scopi limitati: era ed è questo il caso dell'art. 70(1)-*bis* della legge italiana sul diritto d'autore, che ammette la pubblicazione online di foto ed opere musicali degradate; del §57A del CRRA irlandese, che consente agli studenti di riprodurre un'opera già trasmessa loro digitalmente quale parte di una lezione o esame per utilizzarla in un momento successivo; degli art. 27(2) UPA polacco e §44(2) ZKUASP slovacco, che autorizzano la messa a disposizione a studenti e docenti di opere in formato digitale a fini educativi; e della Svezia, che ammette tali usi nel contesto di più ampi schemi ECL.

Grazie alla natura obbligatoria dell'art. 5 CDSMD, le nuove norme nazionali in materia mostrano un elevato grado di armonizzazione rispetto agli aspetti fondamentali dell'eccezione/limitazione: è questo il caso degli usi consentiti, delle principali condizioni di applicabilità, tra cui la menzione della fonte, delle opere coperte e della non derogabilità via contratto. Non mancano però neanche qui divergenze rispetto al modello delineato dalla Direttiva. Con riguardo alle opere coperte dall'eccezione, alcuni Stati hanno fatto leva sulla discrezionalità lasciata dalla disposizione per escludere dal suo ambito applicativo alcune categorie, in ogni caso oppure ove siano disponibili sul mercato licenze volontarie. È questo il caso, in Italia e Germania, per le opere dirette al mercato dell'istruzione e per gli spartiti musicali. L'Austria limita, ma non esclude, l'uso di opere che per loro natura e destinazione siano destinate all'insegnamento, nonché di opere cinematografiche ove non siano passati almeno due anni dalla loro prima rappresentazione in Austria o Germania o in una lingua di una minoranza riconosciuta in Austria (§42g(2) UrhG-A). La Francia esclude, la riproduzione e comunicazione al pubblico di spartiti musicali e di illustrazioni per insegnamento destinate all'ambiente non digitale (art. L. 122-5-4 CPI), mentre Malta adotta un approccio intermedio, che non esclude gli spartiti ma richiede la stipulazione di una licenza per l'utilizzo di opere intese prevalentemente per il mercato dell'istruzione (l. n. 261/2021,



art. 6(2)), similmente alla Romania (art. 36(3) RDA). In maniera più restrittiva, Francia e Irlanda subordinano l'operatività dell'intera eccezione all'assenza di adeguate licenze (art. L. 122-5-4 CPI e §57C CRRA), mentre Stati come l'Estonia (§19 AutÖS) ed il Lussemburgo (art. 10(2), *sub-para 2-bis* LuDA) optano per pure eccezioni senza limitazioni oggettive.

Se la Direttiva è silente sulla quantità di opera che può essere utilizzata, molti Stati membri hanno introdotto limiti quantitativi: l'Austria fissa un tetto del 10% per le opere intese per il mercato educativo e le opere cinematografiche; la Germania il 15% di qualsiasi opera, ed il 10% delle raccolte di materiale audiovisivo a fini educativi (§60b UrhG-G); l'Italia limita la disposizione a "estratti, passaggi o parti" (art. 70-*bis* l. aut.), mentre Lituania e Austria fanno riferimento ad "opere minori ed estratti di opere pubblicate" (art. 22(1) LiCA; §42g(2) UrhG-A), e la Romania consente ai titolari dei diritti di limitare il numero di riproduzioni possibili (art. 36(4) RDA). L'Ungheria ammette, invece, la riproduzione e messa a disposizione di estratti di libri, quotidiani e periodici a fini di istruzione, con un numero di copie corrispondente a quello degli studenti di un gruppo o classe, e al fine di esami negli istituti pubblici di istruzione primaria, secondaria, terziaria e specialistica (§35(5) SZJT). Il resto degli Stati membri ripropone il testo della Direttiva in maniera pedissequa, limitando l'utilizzo a quanto necessario dallo scopo non commerciale perseguito.

Sul versante dei beneficiari ("educational establishments"), la Croazia si distingue per un approccio restrittivo: dopo aver dichiarato che l'eccezione si applica a tutti i livelli di istruzione (art. 199(2) NN), l'art. 199(6) NN restringe la categoria alle istituzioni statali, pubbliche e ad altri enti autorizzati a svolgere tali attività. In via analoga, l'Irlanda (§2 CRRA) rinvia a fonti secondarie la definizione di "educational establishments", e la Spagna fa riferimento al personale docente impiegato in centri riconosciuti dal sistema educativo nazionale e dallo staff di università e centri di ricerca (art. 68, Real decreto n. 24/2021).

La Francia estende il concetto di "illustrazione e insegnamento" con l'adozione di un approccio funzionale, che ricomprende anche usi per praticantati, training, sviluppo e disseminazione di materiali per esami e concorsi, con l'unica eccezione delle attività a scopo ricreativo, mentre solo pochi Stati – sempre la Francia, Austria e Malta – esercitano la propria discrezionalità nel richiedere il pagamento di un equo compenso in favore dei titolari dei diritti, per il tramite di gestione collettiva non obbligatoria (Austria) o licenze collettive estese (Francia).

Sul versante dell'eccezione di *text and data mining* a finalità di ricerca¹³⁷, gli Stati che hanno già provve-

duto alla trasposizione della Direttiva seguono molto da vicino se non pedissequamente il testo degli artt. 3-4 CDSMD, come Lussemburgo (artt. 10(15) e (16) LuDA), Croazia (artt. 187-188 NN), Estonia (§§19(1) and 19(2) AutÖS), Lituania (art. 22(1)-(2) e art. 32(7) LiCA), Malta (artt. 4-5 l. n. 261/2021) e Olanda (artt. 15n e 150 AW). Lo stesso può dirsi con riferimento ai beneficiari *ex art.* 3 CDSMD che, salvo casi minori ed isolati, vengono identificati in istituzioni culturali ed organizzazioni di ricerca *ex artt.* 2(1) e 2(3) CDSMD. L'Irlanda ha addirittura fatto rinvio pieno al testo della Direttiva, mentre solo Austria (§42h(1) UrhG-A) e Germania (§60d(3) UrhG-G) hanno tentato di fornire una definizione più dettagliata e per alcuni versi più ampia, includendo anche ricercatori indipendenti coinvolti occasionalmente in attività o progetti di ricerca, purché con finalità non commerciali. La Francia, dal canto suo, ha seguito *verbatim* il testo della Direttiva, estendendo però l'eccezione anche alle attività TDM condotte da terzi in nome e per conto dei beneficiari (art. L. 122-5-3-2 CPI).

Anche con riferimento agli atti consentiti, la maggior parte degli Stati segue il testo comunitario. Pochi legislatori nazionali optano per un ambito oggettivo di applicazione più ampio, indicando però un novero di diritti variegato. L'Italia (art. 70-*ter*(1) l. aut.) include anche gli atti di comunicazione al pubblico delle riproduzioni, purché espresse in una nuova opera ed in maniera originale. La Spagna include anche la traduzione, l'adattamento ed altre trasformazioni di software (art. 67 Decreto n. 24/2021); similmente, in Austria (§42h(2) UrhG-A) ed in Germania (§60d(3) UrhG-G) è consentita la messa a disposizione delle riproduzioni ed estrazioni da databases ad un gruppo delimitato di persone per ricerche scientifiche congiunte, o a chiunque al fine di verificare la qualità ed i risultati della ricerca, purché ciò sia giustificato da scopi non commerciali. All'opposto, la Romania consente ai titolari dei diritti di limitare il numero di riproduzioni consentite (art. 36(5) RDA).

Se la maggior parte degli Stati membri segue il modello della Direttiva nel richiedere solamente che le copie siano custodite seguendo appropriati standard di sicurezza, l'Irlanda ha tentato di fornire indicazioni più dettagliate («access and validation through IP address or user authentication», § 53A(3A) CRRA)), consentendo peraltro ai titolari dei diritti di richiedere informazioni dettagliate sulle procedure impiegate. Solo un numero limitato di legislazioni nazionali richiamano l'invito della Direttiva a che titolari dei diritti, istituzioni culturali ed organizzazioni di ricerca stipulino volontariamente codici di condotta e *best practices*, che definiscano procedure concordate di TDM per generare ricerca ed altri tipi di dati (Francia,



Spagna, Italia), utilizzo di misure tecnologiche di protezione per prevenire ulteriori accessi non autorizzati alle opere protette (§42h(2) UrhG-A), e così via.

Nessuna divergenza sostanziale si riscontra nelle trasposizioni dell'art. 4 CDSMD, eccezioni fatta per l'Irlanda, che richiama il preambolo della Direttiva ammettendo che la riserva espressa da parte del titolare del diritto possa essere fatta anche attraverso i termini e le condizioni di un sito web o di un servizio (§53B CRR). Un simile elevato livello di armonizzazione si ha in relazione alla possibilità di trattenere le copie generate durante le attività di TDM, con l'unica aggiunta originale da parte della Spagna, che richiede il rispetto dei diritti digitali e delle norme in materia di protezione dei dati personali in manenza della conservazione dei risultati ottenuti.

L'art. 6 CDSMD è stato implementato quasi del tutto uniformemente, con l'eccezione di quegli Stati che hanno sostenuto di offrire già disposizioni atte allo scopo (ad es. l'Olanda e il suo art. 16n AW). La stragrande maggioranza delle nuove disposizioni nazionali segue pedissequamente la definizione dei beneficiari individuati dall'art. 2(3) CDSMD, con poche specificazioni aggiuntive tratte dal considerando 13¹³⁸. Lo stesso può dirsi con riguardo alla delineazione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, che vede la maggioranza degli Stati membri trasporre l'art. 6 CDSMD *verbatim* e senza ulteriori specificazioni, con l'eccezione di Francia ed Ungheria, che non fanno riferimento alla necessità che le opere siano collocate permanentemente nelle collezioni delle istituzioni (art. L. 122-5-8 CPI e art. 35(4) SZJT), e con riguardo a diritti ed usi coperti, su cui solo tre legislazioni nazionali intervengono ad ampliare la lista comunitaria: l'Austria permette ai beneficiari di esibire e prestare le copie delle opere riprodotte (§47(7) UrhG-A), mentre la Francia e l'Ungheria (*ibid.*) permettono anche la loro distribuzione. Rispetto al testo standard dell'art. 6 CDSMD, poi, solo Germania (§§60e(1) e 60f(1) UrhG-G) e Spagna (art. 60 Decreto n. 24/2021) riconoscono la possibilità di intervento di terze parti e di partenariati pubblico-privato per assistere i beneficiari dell'eccezione nelle procedure di digitalizzazione delle collezioni. status La maggior parte degli Stati membri hanno poi implementato gli artt. 8-11 CDSMD pedissequamente, con un limitato numero di specificità. Se ne riscontrano, in particolare, sul versante delle procedure per la dichiarazione dello status di opera fuori commercio, con alcune legislazioni nazionali che individuano nei sei mesi il termine massimo tra il primo utilizzo dell'opera ed il momento in cui l'informazione sul suo status debba essere registrato presso l'EUIPO (§ 574 AutÖS, §37(b)(4) CzCA, art. 50 ZASP). Altri Stati prevedono procedure differenti quanto a termini

ed autorità coinvolte¹³⁹. Anche la definizione del meccanismo che in mancanza di una società di gestione collettiva porta all'applicazione dell'eccezione trova qualche discrasia tra le varie opzioni nazionali¹⁴⁰. Sono invece pochi gli Stati che hanno introdotto anche una presunzione di status di opera fuori commercio per specifiche categorie di opere¹⁴¹, o stabilito che tale status potesse essere conferito solo in presenza di determinate condizioni¹⁴². Nella prima ipotesi, le disposizioni nazionali dimostrano più flessibilità rispetto al paradigma comunitario, mentre nel secondo caso l'approccio si rivela più restrittivo. Alcuni Stati membri, poi, estendono la disciplina anche a software e databases (Irlanda, §§330 e 82A CRR; Slovenia, art. 50 ZASP; Spagna, art. 71(7)(b) Decreto n. 24/2021; Italia, art. 102-*duodecies*(4) l. aut.), o ad includere anche altri diritti oltre la riproduzione e la messa a disposizione del pubblico, tra cui la trasformazione (Spagna, e Italia, che aggiunge estrazione, traduzione, adattamento) o la performance, trasmissione, distribuzione, noleggio e prestito (Svezia e Slovacchia, §§79 e 80 ZKUASP). Al contrario, l'Olanda (art. 44(3) AW) restringe l'ambito oggettivo di applicazione alle sole opere letterarie, artistiche e scientifiche, lasciando al Ministero della Cultura la possibilità di introdurre nuove fattispecie. Similmente, la proposta finlandese di §16h(4) TL limita la disposizione alle sole opere mai commercializzate per sei anni dopo la loro inclusione nella collezione di una istituzione culturale, con procedure particolari ed una durata settennale, invece, per software e videogiochi (§16h(2) TL).

L'introduzione di eccezioni obbligatorie e dal contenuto molto più dettagliato ha senza dubbio comportato una maggiore armonizzazione e convergenza tra le risposte nazionali, con un indiscutibile impatto positivo sulla circolazione transfrontaliera delle opere protette e sulla certezza del diritto in merito all'esercizio delle eccezioni nel mercato unico digitale. La minore vaghezza definitoria delle norme comunitarie non ha implicato, tuttavia, il completo azzeramento dei margini di discrezionalità rimessi agli Stati membri, ed è esattamente in queste aree che si ritrovano ancora limitate divergenze tra le soluzioni nazionali, la cui limitata portata desta tuttavia meno preoccupazioni rispetto alle criticità affliggenti, tra tutte, le flessibilità *ex art. 5* Direttiva InfoSoc, e promette – sperabilmente – minori negative conseguenze.

4.2. Valutazione “orizzontale”: occasioni colte e perse dai legislatori nazionali

Tale discrezionalità, tuttavia, avrebbe potuto essere virtuosamente sfruttata dai legislatori nazionali per intervenire in maniera più organica sul proprio tessu-



to di norme derogatorie, nonché per colmare le lacune lasciate dal legislatore comunitario: oltre, infatti, a poter adottare o mantenere in vigore disposizioni più ampie compatibili con le precedenti direttive (art. 25 CDSMD) ed utilizzare questa occasione per apportare modifiche alle eccezioni nazionali preesistenti, la Direttiva CDSM aveva infatti lasciato una serie di elementi aperti ad interventi specificativi e correttivi.

Nel contesto delle eccezioni di TDM, gli Stati membri avrebbero potuto chiarire meglio una serie di nozioni essenziali come quelle di “accesso legittimo” alla fonte, “non commerciale”, o riserva “espressa in modo appropriato”; era a loro disposizione la scelta tra eccezione o limitazione, ossia la subordinazione o meno dell’uso libero al pagamento di equo compenso ai titolari dei diritti; potevano, ove compatibile con il testo della Direttiva, estendere l’eccezione a coprire ulteriori diritti esclusivi ed usi; da ultimo, non era loro vietato intervenire in funzione specificativa e migliorativa sul novero dei beneficiari, includendo, ad esempio, i ricercatori indipendenti. Con riguardo all’art. 5 CDSMD (attività didattiche digitali e transfrontaliere), i legislatori nazionali avrebbero potuto intervenire sulle tipologie di opere e materiali inclusi, sulle quantità utilizzabili, sugli usi e diritti coperti; era richiesto loro di prendere una decisione sulla previsione o meno di equo compenso, e sull’alternativa tra eccezione e licenza; ed avrebbero potuto inoltre decidere se ampliare il novero dei beneficiari. Da ultimo, in materia di conservazione del patrimonio culturale (art. 6 CDSMD), rimaneva la possibilità di specificare il novero dei beneficiari, intervenire sulle tipologie di opere incluse, e definire con maggiore specificità le finalità degli usi consentiti.

Ad uno sguardo orizzontale di insieme, spicca subito come gli Stati membri abbiano sì colto alcune opportunità, ma ne abbiano perso un numero altrettanto cospicuo di significative.

Sul versante delle opportunità colte, possono accogliere positivamente quei tentativi, seppure limitati, di alcuni legislatori nazionali di ampliare il novero dei beneficiari dell’eccezione di TDM, al fine di coprire figure non perfettamente inquadrare all’interno di istituzioni di ricerca, ma ugualmente meritevoli di tutela. Sono mancati invece, tra tutti, interventi sul concetto di legittimo accesso, essenziali per garantire la condivisione dei materiali necessari ai fini delle attività di TDM e dei relativi risultati nei casi di ricerca cooperativa e/o consortile. Nell’ambito dell’art. 5 CDSMD, sono benvenuti quei tentativi nazionali di ampliare la lista dei beneficiari con formule aperte e capaci di ricomprendere anche attività vocazionali e di praticantato, e lo stesso dicasi per la maggior flessibilità che alcuni Stati hanno dimostrato rispetto

alla definizione dei diritti e degli usi ricompresi dall’eccezione. Il numero di paesi che hanno optato per la licenza quale alternativa all’eccezione si è mantenuto limitato e circoscritto a quelle legislazioni nazionali già optanti per tale modello prima dell’avvento della Direttiva, ma sono rimaste, riproposte, divergenze e frammentazioni in materia di quantità ammesse ed opere escluse. Seppure gli effetti negativi di tale mancata armonizzazione saranno limitati dall’operatività del principio della nazione di origine, ciò non toglie che il bilanciamento tra diritto all’educazione e diritto d’autore continuerà a ricevere un trattamento non completamente omogeneo tra i vari Stati membri, e ciò viene confermato anche dal fatto che – salvo alcune sparutissime ipotesi – nessun legislatore nazionale ha colto l’occasione offerta dalla Direttiva CDSM per intervenire sulle proprie eccezioni di insegnamento esistenti. Lo stesso dicasi per l’art. 6 CDSMD rispetto all’ancora più frammentato quadro preesistente in materia di eccezioni per accesso, uso e conservazione del patrimonio culturale. Seppure, infatti, sia questa la disposizione implementata in maniera più pedissequa ed in alcuni casi ampliativa delle flessibilità offerte dal testo comunitario, non si riscontra alcuno sforzo di coordinamento con le eccezioni preesistenti a livello nazionale, a contribuire ancora di più alla debole coerenza del sistema.

5. Cosa c’è ancora da fare?

Dinanzi a tale quadro, è evidente come ai legislatori nazionali debba essere reiterata la raccomandazione di utilizzare al meglio i margini di discrezionalità offerti dalla Direttiva CDSM, e di cogliere l’occasione per operare una revisione delle eccezioni esistenti *ex art.* 25 CDSMD, garantendo un più coerente coordinamento tra vecchie e nuove disposizioni. La via per un efficace e sostenibile bilanciamento interno al diritto d’autore, particolarmente con riguardo a ricerca, insegnamento e accesso al patrimonio culturale, tuttavia, non si ferma alla Direttiva CDSM. Accanto al plauso per il significativo passo che il legislatore comunitario ha fatto verso la direzione di una maggiore certezza nei trend di sviluppo di eccezioni e limitazioni, infatti, l’analisi dello *status quo* spinge anche a suggerire ulteriori correttivi e proposte di riforma per risolvere alcune permanenti criticità del sistema.

In termini generali, sarebbe auspicabile un ripensamento globale dell’approccio all’armonizzazione delle flessibilità al diritto d’autore, nonché una semplificazione dei loro regimi che assicuri coerenza nella loro qualificazione, e dunque renda comprensibile la *ratio* giustificatrice dell’attribuzione della natura opzionale o obbligatoria a questa o quella disposizione. I più



recenti interventi hanno dimostrato come l'utilizzo di eccezioni dalla natura obbligatoria e/o l'applicazione del principio della nazione di origine contribuiscano a risolvere le più importanti criticità create dalla natura territoriale della disciplina. Di tale innovazione hanno beneficiato, tuttavia, le norme derogatorie di nuova introduzione, ma non quelle già esistenti, che restano ancora per la stragrande maggioranza opzionali, con conseguente frammentazione e compresenza, spesso, di regimi diversificati per eccezioni che sottendono la protezione dei medesimi diritti fondamentali o interessi pubblici. Un approccio olistico all'intero apparato di norme derogatorie apporterebbe indubbio giovamento all'intero sistema. Similmente, le conseguenze negative della frequente rigidità dei sistemi di eccezioni e limitazioni nazionali potrebbero essere mitigate dall'introduzione, a livello comunitario, di disposizioni definenti l'ambito oggettivo di applicazione dell'eccezione non sulla base degli usi consentiti ma sulla base delle funzioni perseguite dalla norma: ciò ne consentirebbe una interpretazione più flessibile, adattabile ai mutamenti socio-economici e culturali più rilevanti, e più uniforme lungo tutto il territorio dell'Unione. Allo stesso tempo, le incertezze create dalla non uniforme ricezione di importanti precedenti della CGUE e dalla loro non chiara compatibilità con le più recenti innovazioni normative (v., ad esempio, il caso *Ulmer*) beneficerebbe di un richiamo esplicito di tali dottrine da parte dei testi di armonizzazione comunitari.

Sul versante delle specifiche eccezioni, altre sono le riforme che la mappatura delle flessibilità nazionali suggerisce quali necessarie. La prima è l'introduzione di una eccezione obbligatoria generale ed inderogabile per usi a fini di ricerca. L'analisi delle discipline nazionali mostra, infatti, sostanziali lacune nella copertura del settore al di là delle attività di TDM, una loro impropria e non efficiente regolazione unitamente agli usi a fini di insegnamento, ed una non omogenea inclusione nel loro oggetto di opere di rilevanza centrale quali le banche date ed i software. L'approccio adottato dall'art. 5 CDSMD, unito alle definizioni ed all'ambito applicativo dell'art. 3 CDSMD, adeguatamente emendate nei loro aspetti più problematici, potrebbe aiutare ad ottenere una maggiore armonizzazione e maggiore certezza del diritto, offrire adeguata considerazione alle esigenze degli operatori degli spazi comuni di ricerca europei, e consentire un più efficace coordinamento con le politiche europee in materia di accesso e scienza aperta¹⁴³. Similmente, in materia di eccezioni di insegnamento, le risultanze della mappatura evidenziano una sostanziale frammentazione sul versante delle disposizioni applicabili alle attività educative "tradizionali", tanto antecedenti quanto conseguenti alla Direttiva InfoSoc, ed un loro manca-

to allineamento alla quasi standardizzazione imposta dall'art. 5 CDSMD, con il conseguente diverso trattamento tra usi educativi digitali e non digitali. È dunque opportuno, in tal senso, condurre un *impact assessment* degli effetti di tale divergenza a seguito della completa trasposizione della Direttiva CDSMD ad opera degli Stati membri, per scongiurare in prospettiva futura potenziali cortocircuiti sistematici.

Sul versante delle eccezioni in materia di accesso al patrimonio culturale, la situazione di incertezza conseguente alla decisione in *VOB* rende pressante il bisogno di un aggiornamento della normativa rispetto alle nuove opportunità e sfide proposte dall'ambiente digitale, prestito pubblico *in primis*. Allo stesso tempo, l'elevata frammentazione delle eccezioni nel settore ed i conseguenti ostacoli creati alla cooperazione transfrontaliera nell'implementazione di politiche comuni di preservazione del e accesso al patrimonio culturale rendono particolarmente pressante l'esigenza di una più ponderata convergenza nelle definizioni di beneficiari, usi, diritti e funzioni delle norme, di una loro maggiore standardizzazione a livello comunitario, e di una loro più generale semplificazione in un minor numero di disposizioni caratterizzanti.

Se i passi avanti sono stati tanti negli ultimi anni, ed è prevedibile che il legislatore comunitario non avanzerà ulteriori proposte sostanziali di riforma del diritto d'autore nel prossimo quinquennio, ciò non deve far desistere dai piani di sistematizzazione dell'esistente e dalla correzione di distorsioni e falle che rendono la disciplina autorale ancora lontana dalla maturità nell'equilibrio tra privativa e diritti fondamentali all'educazione ed alla ricerca, e tra privativa ed esigenze di cura, restauro e diffusione del patrimonio culturale. La via da percorrere è ancora lunga, ma i suoi contenuti ben segnati da solide evidenze empiriche, e propiziamente sostenuti da sforzi armonizzatori che hanno già tracciato, seppur con qualche sbavatura, la giusta direzione.

Note

¹Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, 17 maggio 2019.

²La letteratura sul punto è molto vasta. Si vedano, tra tutti, C. GEIGER, *Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law*, in "International Review of Intellectual Property and Competition Law", vol. 39, 2008, pp. 178-197; L. GUIBAULT, *Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: the Case of the Limitations of Copyright under Directive 2001/29/EC*, in "Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law", vol. 1, 2010, p. 53 ss.; P.B. HUGENHOLTZ, M. SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, p. 9 ss.; M.M. VAN EECHOUD, P. BERNT HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL et



al., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-07, 2008, p. 298 ss.

³Su contenuto ed interpretazione dei diritti fondamentali protetti dalla Carta, v. R. MASTROIANNI, S. ALLEGREZZA, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017.

⁴Su cui v., tra tutti, G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Atti del Convegno AIDC (Taormina, giugno 2001), Giuffrè, 2001, nonché C. CARLETTI, *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*, Giuffrè, 2005.

⁵Direttiva 91/250/CEE del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, seguita da Direttiva 2009/24/CE del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

⁶Direttiva 92/100/CEE concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.

⁷Direttiva 2006/115/CE 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.

⁸Al comma quarto, l'art. 6 richiedeva poi alla Commissione di elaborare, in collaborazione con gli Stati Membri ed anteriormente al 1° luglio 1997, una relazione sui prestiti di opere da parte di istituzioni pubbliche nella Comunità, da trasmettersi poi al Parlamento Europeo ed al Consiglio.

⁹Direttiva 96/9/CE dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche dati.

¹⁰Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹¹Come quella fornita dalla Corte di Giustizia nel caso *Ulmer*, di cui si avrà modo di riferire nel prossimo paragrafo.

¹²Direttiva 2012/28/UE del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane. Per un più ampio commento, in Italia, v. C. SAPPÀ, *Opere orfane: la soluzione europea*, in "Le Nuove leggi civili commentate", 2014, n. 3, pp. 671-691, nonché M.L. MONTAGNANI, *Le utilizzazioni delle opere orfane*, in "AIDA", 2013, pp. 162-174, e G. CARRARO, *Le opere orfane nella prospettiva delle formalità costitutive e pubblicitarie*, *ivi*, pp. 107-116.

¹³Nel caso di opere cinematografiche o audiovisive, la ricerca deve essere svolta nello Stato membro in cui sia stabilita la sede principale o la residenza abituale del produttore (art. 3, terzo comma).

¹⁴Direttiva (UE) 2017/1564 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 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹⁵Decisione del Consiglio 2014/221/UE del 14 aprile 2014 relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del Trattato di Marrakech. Per un'analisi degli aspetti principali del dibattito relativo all'implementazione del Trattato in Europa, v. A. RAMALHO, *Signed, sealed, but not delivered: the EU and the ratification of the Marrakesh Treaty*, in "European Journal of Risk Regulation", vol. 6, 2015, n. 4, pp. 629-632.

¹⁶Come specificato nel terzo considerando della Direttiva Marrakech.

¹⁷Di cui si dà ampiamente conto in C. SGANGA, *Disability, Right to Culture and Copyright: Which Regulatory Option?*, in "International Review of Law, Computers & Technology", vol. 29, 2015, n. 2-3, p. 91 ss.

¹⁸La prima importante decisione in materia viene dal caso C-5/08, *Infopaq International A/S c Danske Dagblades Forening*, paragrafi 56-57.

¹⁹Principio, questo, specificato invece in cause riunite C-403/08 *Football Association Premier League Ltd e altri v QC Leisure e altri* e C-429/08 *Karen Murphy c Media Protection Services Ltd (FAPL)*, paragrafo 163.

²⁰C-117/13 *Technische Universität Darmstadt c Eugen Ulmer KG*, EU:C:2014:2196.

²¹*Ivi*, paragrafo 57, purché non sia reso possibile stampare o salvare su chiave USB le opere digitalizzate, così da assicurare un corretto bilanciamento tra la realizzazione degli obiettivi dell'eccezione e la necessità di assicurare un elevato livello di protezione ai titolari dei diritti.

²²*Ivi*, paragrafi 27-28

²³C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken c Stichting Leenrecht*. EU:C:2016:856.

²⁴Citando, a supporto di tale considerazione, il quarto considerando della Direttiva noleggio, che richiede che la disciplina in materia di diritto d'autore sia interpretata in maniera tale da adattarsi ai nuovi sviluppi economici (*ivi*, paragrafo 45).

²⁵*Ivi*, paragrafi 50-53. La Corte ha supportato tale conclusione, di ispirazione assiologica, con attenta considerazione degli argomenti di più spiccata matrice letterale: la limitazione del concetto di "copia" ai supporti tangibili operata dall'art. 7 WCT e dal relativo *Agreed Statement* sui diritti di noleggio e distribuzione viene infatti ritenuto non applicabile al prestito, non menzionato esplicitamente dal Trattato WIPO (*ivi*, paragrafi 33-34).

²⁶Come già *supra*, nota 2.

²⁷Per maggiori dettagli sulla metodologia utilizzata e sul piano di lavoro, v. C. SGANGA, M. CONTARDI, P. TURAN et al., *Copyright flexibilities: mapping and comparative assessment of EU and national sources*, 2022, p. 18 ss.

²⁸Austria (§§42f, 45, 51, 54(1)(3), 56c, 59c, 65c(3) UrhG-A), Belgio (art. XI.191/1, §1er, 2°-5° CDE), Bulgaria (art. 24(1)(3) BCA), Croazia (art. 98(2) NN), Cechia (§§31(1)(c) e 92(b) CzCA, specificamente per banche dati), Danimarca (§23(1) DCA), Estonia (§§19(2), 75(1)(2) AutÖS), Finlandia (§14 TL), Grecia (artt.20(1)-(3) e 21 GCA), Ungheria (§§34(2), 68(2) SZJT), Irlanda (§53 CRRA), Italia (art. 70(1)(2) e 64-series l. aut.), Lettonia (§21 LaCA), Lituania (artt. 22(1), 58(1)(7) LiCA), Lussemburgo (art. 10(2) LuDA), Malta (artt. 9(1)(h), e 32(b) MCA), Olanda (art. 16 AW), Polonia (art. 27(1) UPA), Portogallo (art. 75(2)(e)-(f) CDA), Romania (art. 35 RDA), Slovenia (artt. 47, 49 ZASP), Svezia (§§14, 18 URL).

²⁹Come nel caso della Polonia, dove è stato escluso che le biblioteche possano invocare l'eccezione a fini di insegnamento (art. 27 UPA) per evitare di corrispondere l'equo compenso ai titolari dei diritti, sostenendo come esse non si configurino quali istituzioni di educazione o accademiche. V., ad es., Wyrok Sądu Apelacyjnego (Corte d'App. di Łódź), 4 Febbraio 2016, I ACa 1107/15; Legalis 2055849.

³⁰Ad es. L'Austria, §§42(6), 42g, 56c UrhG-A.

³¹È questo il caso del Belgio, art. XI.191/1, §1er, 2°-5° CDE.

³²Irlanda, § 53(1) CRRA.

³³Croazia, art. 198 NN, ma anche l'Ungheria §35(4)(5) SZJT.

³⁴Come la Danimarca, §13 (4) DCA, la Cechia, §35 CzCA e la Germania, § 60a(2) UrhG-G.

³⁵Sempre in Germania, §47 UrhG-G.

³⁶Come in Estonia (Caso 3-2-1-159-16, Corte Suprema, 27 febbraio 2017).

³⁷Slovacchia, § 45 ZKUASP.

³⁸Spagna, art. 32(3)(4)(5) TRLPI.

³⁹Bulgaria, art. 24(1)(3) BCA, Cechia, 31(1)(c) CzCA, Estonia, § 19(2)-(3) AutÖS, Finlandia, § 26 TL, Ungheria, § 34(1)(4) SZJT, Lettonia, § 19(1)(2) LaCA, e Olanda, art. 16 AW.



⁴⁰L'Austria è un perfetto esempio di tale approccio: il § 42(6) UrhG-A copre i soli atti di riproduzione e distribuzione, mentre i §42f, 42j e 45 UrhG-A includono anche la comunicazione al pubblico.

⁴¹Ad esempio la Germania, dove il § 60a UrhG-G consente riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione fino al 15% dell'opera, mentre il § 60b UrhG-G fino al 10% (ai fini dell'inclusione dell'opera in raccolte audiovisive).

⁴²Come in Italia (art. 70(1)-(2) l. aut.)

⁴³Es. La Lituania, che al §22 LiCA richiama riproduzione, comunicazione/messa a disposizione del pubblico, esibizione e rappresentazione, similmente all'art. 32(3)-(5) spagnolo, o a Malta (art. 9(1)(h) MCA), che aggiunge anche la traduzione.

⁴⁴V. Lussemburgo (art. 10(2) LuDA), il §45 UrhG-A austriaco, e l'art. 75(2)(f) CDA portoghese.

⁴⁵Tra cui il § 56c UrhG-A austriaco, l'art. XI.191/1, 2° CDE belga, l'art. 179 NN croato, il §35 CzCA in Cechia, il §22 LiCA in Lituania, l'art. 12(5) MCA a Malta e il §38(1)(b) SZJT in Ungheria.

⁴⁶Come l'Italia, anche il §18(1) DCA danese, il §18 TL finlandese, l'art. 22(1) GCA in Grecia, che però limita la riproduzione in testi ufficialmente approvati dal Ministero per l'educazione, e l'art. 27(1) UPA polacco.

⁴⁷§ 42c URL (riproduzione in generale), §18 URL (riproduzione in altre opere), §14 URL (per performance radio o teletrasmesse).

⁴⁸Austria (§42(6) UrhG-A), Belgio (art. XI.191/1, 2°, 6° CDE), Bulgaria (art. 24(1)(3) BCA), Croazia (art. 198 NN), Cechia (§31(1)(c) CzCA), Danimarca (§18(1) DCA), Estonia (§9(2)-(3) AutÖS), Lituania (art. 22), Finlandia (§§18, 26 TL), Francia (art. L. 122-5-3° e) CPI), Germania (§47 UrhG-G); Grecia (artt. 21, 22 GCA), Ungheria (§§34(2), 35(4) SZJT), Irlanda (§§53, 57 CRR), Italia (art. 70(1)(2) l. aut.), Lettonia (§§19(1)(2), 22 LaCA), Lussemburgo (art. 10(2) LuDA), Olanda (art. 16 AW), Polonia (art. 27(1) UPA), Portogallo (art. 75(2)(f) CDA), Romania (art. 35(2) RDA), Slovacchia (§§45 ZKUASP), Slovenia (art. 49 ZASP), Spagna (art. 32(3)(4) TRLPI) e Svezia (§18 URL).

⁴⁹Come nel caso della Lituania, che prevede norme *ad hoc* per esecuzioni, fonogrammi e fissazioni di opere audiovisive o di trasmissioni radio-televisive (§58(1)(5) LiCA).

⁵⁰Ad esempio la Croazia (art. 179 NN), l'Irlanda (§53(1) CRR), che include non solo opere letterarie, artistiche, drammatiche e musicali ma anche opere tipografiche, opere audiovisive, cinematografiche, trasmissioni e banche dati), l'Ungheria (§34(2) SZJT, con opere letterarie, cinematografiche, musicali, architettoniche, insieme a design ed opere d'arte, similmente all'art. 47 ZASP sloveno, che menziona anche la cartografia).

⁵¹Art. 32(3)(4)(5) TRLPI (Spagna), che le esclude dal novero di opere da cui possono riprodursi brevi estratti a fini di insegnamento e ricerca, come anche in Estonia ed Austria (v. *supra*).

⁵²§§ 45, 51, 54(1)(3), 56c(1) UrhG-A, anche se la Corte suprema austriaca ha proposto letture estensive (v. OGH 4 Ob 131/08f), estendendo ad esempio tali disposizioni a coprire anche il diritto di utilizzare opere letterarie ed artistiche incorporate inseparabilmente in un'opera cinematografica (OGH 4 Ob 227/08y).

⁵³Tra tutti v. art. 93g(2) BCA (Bulgaria), art. 64-*sexies*-(1) l. aut. (Italia), art. 26(2)(b) MCA (Malta).

⁵⁴In Austria (§59c(1) UrhG-A), Danimarca (§23(1) DCA), Finlandia (§14a LT) e Svezia (§42c URL).

⁵⁵Croazia (art. 179 NN), Francia (art. L.122-5-3° e) CPI), Italia (art. 70 l. aut.), Olanda (art. 16 AW), Bulgaria (art. 24(1) BCA), Lituania (artt. 22(1)(2), 58 LiCA), Polonia (art. 27(1) UPA), Slovenia (art. 47 ZASP), Belgio (art. XI.191/1, §1er 3°-4° e 3° CDE) e Spagna (art. 32(3)(4)(5) TRLPI).

⁵⁶Così in Belgio (v. *supra*) e in Svezia (§18 URL).

⁵⁷Esempi vengono dalla Lituania (Corte suprema, caso n. 3K-3-28/2007 del 30 gennaio 2008), che ha escluso il pagamento di equo compenso in un caso in cui la pubblicazione era a tiratura limitata e per un numero limitato di studenti e docenti, dalla Slovenia (SL V Cpg 907/2014, 28.8.2014), che invece ha offerto il compenso anche ai c.d. *clipping performers* nonostante la loro non menzione nel testo legislativo, e dalla Spagna, dove il Tribunal Supremo ha chiarito la nozione di uso non-commerciale, escludendo l'applicabilità dell'eccezione di uso a fini di insegnamento a professori che vendevano copie del materiale usato a lezione ai propri discenti (STS 287/2013 - ECLI:ES:TS:2013:287).

⁵⁸Estonia (§§19(2)(3), 22 AutÖS), Grecia (art. 20(1)(2) GCA), Ungheria (§34 SZJT), Lettonia (§21 LaCA), Lituania (§§22, 58 LiCA), Italia (artt. 70(1)(2), 64-*sexies*-(1) a l. aut.), Lussemburgo (art. 10(2) LuDA), Malta (artt. 9(1)(h), 26(2)(b), 32(b) MCA), Olanda (art. 16 AW), Polonia (art. 27(1) UPA), Slovenia (artt. 47, 49 ZASP), Spagna (art. 32(3)(4)(5) TRLPI), Svezia (§§14, 18 URL) e Portogallo (art. 75(2)(f) CDA).

⁵⁹Ad esempio Tribunale di Milano, Sez. spec. Impresa, n. 11564, 17 settembre 2013, che include nello scopo educativo anche lo scambio di esperienze e suggerimenti.

⁶⁰§§19(2) AutÖS in Estonia e art. 75(2)(f) CDA in Portogallo.

⁶¹La Corte suprema estone, per esempio (n. 3-2-1-159-16 del 27 febbraio 2017) ha ritenuto coperto dall'eccezione qualsiasi luogo scelto dalla scuola a fini di insegnamento.

⁶²§22 AutÖS (Estonia); art. L.122-5-3° e) CPI (Francia); art. 16 AW (Olanda), art. XI.191/1, 3° CDE (Belgio).

⁶³Già interpretato da Cass. Civ., 7 marzo 1997, n. 2098.

⁶⁴Bulgaria, art. 22a BCA, Cechia, §37 CzCA, Olanda, art. 15 AW, Spagna, art. 37 TRLPI.

⁶⁵Come in Austria (§16(a)(3) UrhG-A) e in Germania (§27(2) UrhG-G).

⁶⁶Bulgaria, art. 22a(4) BCA.

⁶⁷Cechia, § 37(2) CzCA

⁶⁸*Ivi*, nonché in Olanda (art. 15c AW), Polonia (art. 28(1)(1) UPA) e Spagna (art. 37(2) TRLPI).

⁶⁹In Cechia (§37(3) CzCA) e Spagna (art. 37(2) TRLPI).

⁷⁰Belgio (art. XI.192 CDE) e Lussemburgo (art. 65 LuDA).

⁷¹Croazia (art. 34 NN), Estonia (art. 133 AutÖS), Francia (art. L. 133-1 CPI), Ungheria (§39 SZJT), Italia (art. 69 l. aut.), Lettonia (§19(1)(2) LaCA) e Romania (art. 18 RDA).

⁷²Grecia (art. 22(2) GCA).

⁷³Alle già citate Bulgaria, Estonia, Francia, Grecia, Ungheria, Lettonia, Spagna, Germania, si aggiungono Lussemburgo (art. 65 LuDA), Lituania (art. 15 LiCA) e Irlanda (§42(4) CRR).

⁷⁴Croazia (art. 34(1) NN).

⁷⁵Cechia (art. 37(3) CzCA).

⁷⁶Danimarca (§19 DCA), Svezia (§19 URL) e Finlandia (§19 NL).

⁷⁷Polonia (art. 28(4) UPA).

⁷⁸In Italia, ad esempio, le opere cinematografiche ed audiovisive possono essere prestate solo 18 mesi dopo la prima distribuzione o 24 mesi dopo la produzione (art. 69(1) l. aut.), termine che in Romania scende a 6 mesi (art. 18 RDA) ed in Estonia a quattro mesi (art. 133 AutÖS); in Slovenia (art. 36(2) ZASP), ed in Romania (art. 18(3) RDA) particolari opere sono escluse dal generale obbligo di remunerazione.

⁷⁹Come la Spagna (art. 37(3) TRLPI), che esenta da remunerazione solo la consultazione di opere protette da specifici terminali in loco, in assenza di licenza, e prevede invece criteri diversificati per le altre fattispecie, definiti da decreto (R.d. n. 624/2014). In Belgio è il re che determina i beneficiari esenti da obbligo di remunerazione (art. XI.243 CDE), mentre in Cechia il §35(29) CzCA determina l'ammontare dovuto solo nei casi di prestito per consultazione sul posto.



⁸⁰Così esplicitamente in Estonia, che al §133(10) AutÕS fissa quale limite il quadruplo dei salari medi lordi dell'anno precedente.

⁸¹Es. Austria (§56a UrhG-A); Belgio (artt. XI.190, 12° e XI.217, 11° CDE); Bulgaria (art. 24(1)(9) BCA), Cipro (art. 7(2)(j) CL); Cechia (§37(2) CzCA), Lussemburgo (art. 10(10) LuDA), Malta (art. 9(1)(d) MCA), Olanda (art. 16n AW), Slovacchia (§ 49 ZKUASP), Romania (art. 35(1)(d) RDA) e Slovenia (art. 50(3) ZASP).

⁸²Come in Lettonia (§23(1) LaCA), ed implicitamente la Svezia, la Grecia (art. 22(1) GCA) e la Finlandia (§16a TL).

⁸³In Polonia (art. 28(1)(2) UPA).

⁸⁴In Portogallo (art. 75(2)(e) CDA e art. 189(1)(e) CDA, per preservazione di documenti aventi elevato valore documentale).

⁸⁵Come la Danimarca, che restringe il novero dei beneficiari alle istituzioni finanziate con fondi pubblici o di proprietà dello Stato, ed ai musei in linea con il Museum Act (§16(1) DCA).

⁸⁶In Irlanda (§65 CRRA), Finlandia (§16a TL) e Lituania (§23(1) LiCA).

⁸⁷In Danimarca (§16(b) DCA).

⁸⁸Come la Grecia (§22(1) GCA) e la Germania (§56a UrhG-G); similmente la Finlandia (§16c TL), che esclude però le opere cinematografiche depositate da produttori esteri presso l'Istituto nazionale per l'audiovisivo.

⁸⁹In Lussemburgo (art. 10 LuDA).

⁹⁰Come in Danimarca (§16 DCA) e in Svezia (§16 URL).

⁹¹Come la Bulgaria (v. *supra*), mentre la Lituania esclude solo le opere protette da diritti connessi messe a disposizione online.

⁹²È il caso dell'Austria (§42(7)(8) UrhG-A), mentre la Finlandia copre anche il prestito (§16 TL), e il Lussemburgo la messa a disposizione del pubblico (art. 10(10) LuDA).

⁹³In Danimarca (§16(1) DCA) e Svezia (§16 URL).

⁹⁴Così in Germania (§§60e(6)-60f(3) UrhG-G).

⁹⁵In Belgio (art. XI.217, 11° CDE).

⁹⁶§16c TL (Finlandia), che consente all'Istituto nazionale per l'audiovisivo di riprodurre opere protette e trasmetterle via TV e radio, ai fini della loro preservazione.

⁹⁷Cfr. Austria (§42(8) UrhG-A), Slovenia (art. 50(3) ZASP) e Cechia (§37(1) CzCA). In Danimarca il §16(b) DCA include esplicitamente le copie digitali sotto uno schema ECL *ex* §50 DCA, mentre il §68A CRRA consente alterazioni dell'opera inclusa la sua digitalizzazione.

⁹⁸Il §65 CRRA irlandese consente a bibliotecari ed archivisti di riprodurre una sola copia a fini di preservazione delle opere danneggiate o perse, seppure esistano altre disposizioni più estensive. In Lettonia, invece, il §23(1) LaCA contiene la stessa limitazione, senza tuttavia essere controbilanciato da altre disposizioni più flessibili.

⁹⁹Art. 28(2) UPA (Polonia).

¹⁰⁰V. Belgio (art. XI.190, 12° CDE), Bulgaria (art. 24(1)(9) BCA, "quantità necessarie"), Cechia (§37(1) CzCA, "numero e formati necessari a fini di preservazione").

¹⁰¹Croazia (art. 193 NN), Finlandia (§16 TL), Lussemburgo (art. 10(10) LuDA) e Polonia (art. 28(1)(2) UPA).

¹⁰²Art. 193 NN (Croazia), nonché §16 TL (Finlandia), che consente la riproduzione a fini di amministrazione, organizzazione, preservazione, restauro o riparazione di collezioni.

¹⁰³È il caso della Germania (§§60e(1)-60f(1) UrhG-G).

¹⁰⁴In Grecia (art. 22(1) GCA).

¹⁰⁵Art. 10 LuDA (Lussemburgo).

¹⁰⁶Così in Olanda (art. 16n AW).

¹⁰⁷Romania (art. 35(1)(d) RDA), Slovacchia (§49 ZKUASP), Olanda (art.16n AW), Lettonia (§23(1) LaCA) e Irlanda (§65 CRRA).

¹⁰⁸Lettonia (§23(1) LaCA), Irlanda (§65 CRRA), Grecia (art. 22(1) GCA), Finlandia (§16 TL) and Danimarca (§16(3) DCA).

¹⁰⁹Belgio (art. XI.190, 12° CDE, art. XI.217, 11° CDE), Cipro (art. 7(2)(j) CL), Lettonia (§23(1) LaCA) e Lussemburgo (art. 10(11) LuDA).

¹¹⁰Particolarmente aperte sono le disposizioni croate (art. 193 NN) e greche (art. 22(1) GCA), che escludono la remunerazione; al contrario Danimarca (§50 DCA) e Portogallo (art. 75(2)(e) CDA) la richiedono.

¹¹¹In Bulgaria (§71b(1) BCA), Estonia (§276 AutÕS), Lituania (art. 89(1) LiCA).

¹¹²Estonia (§276 AutÕS), Lituania (art. 89(1) LiCA).

¹¹³Così in Croazia (art. 189 NN). Parlano di istituzioni pubblicamente accessibili l'Austria (§56e UrhG-A) e la Lettonia (§62(1) LaCA).

¹¹⁴Bulgaria (art. 71b BCA), Cipro (7J(1) CL), Cechia (§37a CzCA) e Estonia (§27(6) AutÕS).

¹¹⁵Danimarca (§75(f)-(m) DCA), Italia (art. 69-*bis* (b) l. aut.), Lettonia (art. 62(1) LaCA), Lituania (art. 89(3) LiCA) e Polonia (art. 35(5)-(9) UPA).

¹¹⁶In Lituania (art. 89(3) LiCA) e Portogallo (art. 75(2)(u) CDA).

¹¹⁷Menzionato esplicitamente in Francia (art. L.135-2 CPI) e Grecia (art. 27A GCA).

¹¹⁸Di solito indicate periodicamente da fonti ministeriali (es. §56e UrhG-A, art. L-135-2 CPI).

¹¹⁹L'Estonia rimette la definizione dei criteri al Ministero della Giustizia (§272 AutÕS), l'Ungheria ad un decreto governativo (§41/K SZJT), richiamando comunque nel testo della disposizione molti dei criteri enucleati dalla Direttiva.

¹²⁰Come si è avuto modo di approfondire in C. SGANGA, *Le mille sorti e progressive delle eccezioni nel diritto d'autore europeo tra obbligatorietà, discrezionalità e flessibilità*, in "AIDA", 2021, p. 449 ss.

¹²¹Direttiva CDSM, quinto considerando: «La natura facoltativa delle eccezioni e delle limitazioni di cui alle direttive 96/9/CE, 2001/29/CE e 2009/24/CE in questi settori può avere un impatto negativo sul funzionamento del mercato interno. Ciò riguarda in particolare gli utilizzi transfrontalieri, sempre più importanti nell'ambiente digitale. [...] Andrebbero introdotte limitazioni o eccezioni obbligatorie per l'uso di tecnologie di estrazione di testo e di dati (*text and data mining*), per finalità illustrative ad uso didattico in ambiente digitale e per la conservazione del patrimonio culturale. 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 nazionale. Le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE dovrebbero, pertanto, essere modificate.»

¹²²Direttiva CDSM, sesto considerando.

¹²³Direttiva CDSM, settimo considerando.

¹²⁴Direttiva CDSM, decimo considerando.

¹²⁵Direttiva CDSM, nono considerando, che fa riferimento a tecniche TDM che non comportino la realizzazione di copie al di là dell'ambito di applicazione dell'eccezione stessa.

¹²⁶Direttiva CDSM, dodicesimo considerando.

¹²⁷*Ivi*, che cita università, altri istituti di istruzione superiore e loro biblioteche, entità come gli istituti di ricerca e gli ospedali che svolgono attività di ricerca. La lista è da intendersi esemplificativa, ma i beneficiari «hanno in comune il fatto di agire senza scopi di lucro ovvero nell'ambito di una finalità di interesse pubblico riconosciuta dallo Stato. Tale finalità potrebbe tradursi, ad esempio, in un finanziamento pubblico oppure in disposizioni di leggi nazionali o in appalti pubblici». Il tredicesimo considerando (istituzioni culturali) copre «le biblioteche accessibili al pubblico e i musei, indipendentemente dal tipo di opere o altri materiali che detengono nelle loro



collezioni permanenti, nonché gli archivi e gli istituti per la tutela del patrimonio cinematografico o sonoro. Vi dovrebbero rientrare anche le biblioteche nazionali e gli archivi nazionali e, per quanto concerne i loro archivi e le loro biblioteche accessibili al pubblico, vi dovrebbero altresì far parte gli istituti di istruzione, gli organismi di ricerca e gli organismi di radiodiffusione pubblici».

¹²⁸Direttiva CDSM, quindicesimo considerando. Gli usi per *peer review*, ricerca congiunta ecc. restano coperti dall'eccezione di cui all'art. 5(3)(a) Direttiva InfoSoc.

¹²⁹Direttiva CDSM, diciassettesimo considerando.

¹³⁰Tra tutti, possono vedersi le comprensive analisi di C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data?*, in "IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law", vol. 49, 2018, pp. 814-844; del policy paper R. HILTY, M. SUTTERER, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules*, 4 March 2017; T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *The Text and Data Mining exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why it is not what EU copyright law needs*, 25 April 2018.

¹³¹Come notato da E. ROSATI, *An EU text and data mining exception for the few: would it make sense?*, in "Journal of Intellectual Property Law & Practice", vol. 13, 2019, n. 6, pp. 429-430

¹³²Direttiva CDSM, art. 5(2) e considerando 23 (licenze) e 24 (equo compenso).

¹³³Il ventitreesimo considerando della Direttiva CDSM specifica come tali obiettivi possono essere raggiunto anche attraverso l'utilizzo di licenze collettive e licenze collettive estese e che, per garantire la certezza del diritto, gli Stati membri debbano specificare chiaramente le condizioni secondo le quali gli istituti di istruzione debbano ricorrere a licenze commerciali o possano beneficiare dell'eccezione.

¹³⁴Direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, su taluni utilizzi consentiti di opere orfane.

¹³⁵L'ultima disposizione in materia di eccezioni, in realtà, esula dall'ambito della preservazione del patrimonio culturale, della ricerca e dell'insegnamento: l'art. 17(7) e il considerando 70 CDSMD, infatti, rendono obbligatorie alcune eccezioni opzionali della Direttiva InfoSoc, quali quelle di citazione, critica, caricatura, parodia e *pastiche*, ma solo in favore di utenti di servizi di condivisione online di contenuti, non toccando i principali – seppure opzionali – riferimenti in materia da parte di una fonte comunitaria, ossia l'art. 5(3)(d) Direttiva InfoSoc (citazione per critica o review) e l'art. 5(3)(k) (parodia, caricatura, *pastiche*). L'opzione è in linea con il generale approccio della Direttiva e con la decisione CGUE nel caso *Deckmyn* (causa C-201/13, *Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW c Helena Vandersteen e altri*, EU:C:2014:2132) ma crea un inevitabile iato con la natura opzionale della lista di eccezioni ex art. 5 Direttiva InfoSoc, dove citazione, critica, caricatura, parodia e *pastiche* trovano la loro più generale regolazione. Resta da chiarire, dunque, se l'attribuzione di forza obbligatoria a tali disposizioni, motivata dal bisogno di garantire uniforme protezione ai diritti fondamentali degli utenti nell'Unione, debba e possa supportare simili considerazioni ed effetti rispetto alle eccezioni di cui all'art. 5 Direttiva InfoSoc, oltre il mero ambito applicativo dell'art. 17 CDSMD.

¹³⁶Una valida risorsa che offre la mappatura aggiornata dello stato dell'implementazione è disponibile nel sito di [CREATE \(UK Copyright Creative Economy Centre\)](http://CREATE.UK).

¹³⁷È utile notare come ancor prima della trasposizione della Direttiva CDSM, tanto la Germania (§60d UrhG-G) quanto l'Irlanda (§53A CRR) offrirono un'eccezione TDM, orientata

a consentire la riproduzione di opere protette nello svolgimento di analisi computazionali delle stesse per il solo scopo di ricerca non-commerciale, e nei limiti necessari a spiegare i risultati di tali analisi. Entrambe le disposizioni sono state successivamente integrate dall'avvento della Direttiva comunitaria.

¹³⁸In Germania, §§ 60g e 60f UrhG-G includono gli istituti di istruzione; similmente, il nuovo §35(4)(b) SZJT ungherese ne menziona una vasta gamma (biblioteche pubbliche, istituti pubblici di istruzione, entità specializzate in formazione professionale, accademia e centri di ricerca), mentre l'Italia (art. 70-ter-(3) l. aut.) annovera biblioteche, archivi, musei liberamente accessibili al pubblico, anche ove collegati ad istituti di istruzione, ricerca e patrimonio audiovisivo. L'Austria enfatizza il bisogno che si tratti di entità non di lucro (§47(7) UrhG-A), mentre la Germania ha consentito a biblioteche pubbliche a scopo di lucro di poter beneficiare dei §§ 60e(6) e 60f(3) UrhG-G.

¹³⁹Come nel caso dell'Irlanda (§8(2), Reg. no. 567/2021), che richiede ai titolari dei diritti di notificare la società di gestione collettiva competente, fornendo sufficienti informazioni sull'opera oggetto della contesa e sulla titolarità dei diritti sulla stessa. Spetta alla società notificare l'istituzione culturale con cui è stata stipulata una licenza collettiva, la quale deve sospendere l'utilizzo dell'opera entro quattro settimane. In Germania (§61e UrhG-G) è il Ministero per la Giustizia a regolare le conseguenze dell'opposizione dei titolari dei diritti ed il contenuto degli obblighi informativi in capo alle società di gestione (§61d(3) UrhG-G).

¹⁴⁰In Svezia l'assenza di una società rappresentativa deve essere riportata al Ministero della Cultura perché si attivi l'eccezione (§16e URL), e lo stesso avviene in Francia (art. L.138-2 e art. 122-5-5 CPI).

¹⁴¹Il §52v della legge tedesca sulle società di gestione collettiva (VGG) statuisce che opere quali libri, giornali, riviste, periodici ed altre opere scritte devono considerarsi non disponibili solo se almeno 30 anni sono passati dalla loro prima pubblicazione. In Ungheria, il § 41/L SZJT fissa come data prima della quale la pubblicazione deve essere avvenuta il 31 agosto 1999, mentre la proposta di §16c TL finlandese introduce una presunzione di status di opera fuori commercio per opere in collezioni di istituzioni culturali non circolanti nei canali commerciali da almeno 5 anni; software e videogames 7 anni dopo la prima pubblicazione, opere sottorappresentate da società di gestione collettiva.

¹⁴²In Polonia, l'art. 35(10) UPA ammette quali potenziali opere fuori commercio solo libri, quotidiani e altre pubblicazioni a stampa che non siano facilmente disponibili sul mercato e che siano state pubblicate prima del 24 maggio 1994, con l'esclusione dalla licenza collettiva estesa di opere straniere tradotte in polacco.

¹⁴³Ai fini di un più efficace allineamento del diritto d'autore europeo con gli obiettivi del programma europeo in materia di scienza e accesso aperto, la mappatura condotta da *re-Creating Europe* e le *policy recommendations* che vi hanno fatto seguito hanno enfatizzato la necessità di un intervento sul diritto contrattuale d'autore, al fine di introdurre clausole inderogabili nei contratti di edizione scientifica, rispettosi dei requisiti di OA e OS europei, insieme con l'introduzione di *reversion rights* obbligatori e di un diritto europeo di seconda pubblicazione, riservato agli autori ai fini di archiviazione in accesso aperto, non derogabile per contratto e attribuito ai ricercatori o alle università e/o centri di ricerca, quest'ultimo in grado di armonizzare le frammentate soluzioni nazionali adottate nell'ultimo quinquennio. Tali suggerimenti si pongono in linea con le proposte formulate dagli studi commissionati dalla unità Open Science della Commissione Europea, e segnatamente, EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study*



on EU copyright and related rights and access to and reuse of scientific publications, including open access: exceptions and limitations, rights retention strategies and the secondary publication right, Publications Office of the European Union, 2022,

nonché EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, M.R.F. SENFTLEBEN, *Study on EU copyright and related rights and access to and reuse of data*, Publications Office of the European Union, 2022.

* * *

From harmonization to fragmentation: objectives and failures of the CDSM Directive (2019/790/EU) in the fields of research, education and access to cultural heritage

Abstract: Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market (CDSMD) aimed at impressing a change of direction in the approach to EU copyright exceptions and limitations, opting for mandatory provisions that are not overridable by contract. This shift came as a reaction to the distortive effects of the optional nature of the exceptions introduced so far by the EU harmonization. However, Articles 3-6 CDSMD, which intervene on key issues for access to culture, cultural heritage preservation and right to education and research, leave to national legislators ample room for discretion on fundamental regulatory aspects, and do not offer any guideline on how to coordinate the new provisions with existing EU and national exceptions. More than one year after the expiry of the implementation deadline, the fragmentation of national solutions confirm the risks flagged before the approval of the Directive. Providing a mapping of the state of harmonization, this article offers (a) a “vertical” analysis of national divergences in the implementation of Articles 3-6 CDSMD and of their negative effects on the achievement of their goals; and (b) a “horizontal” assessment of the opportunities lost by national legislators, compared to the margin of discretions they had and vis-à-vis the need to coordinate old and new national provisions, and in light of their impact on the balance between copyright and access to culture, cultural heritage preservation and right to education and research.

Keywords: Copyright – Exceptions – Fundamental rights – Harmonization – CDSM Directive