

CIR

CENTER FOR INTER-LEGALITY RESEARCH

Working Paper No. 01/2021

Dr. Giulia Priora

***DALL'ARMONIZZAZIONE ALL'INTERLEGALITÀ:
LA TUTELA DELL'UTENTE FINALE NELLA DISCIPLINA EUROPEA DEL
DIRITTO D'AUTORE***

The Inter-Legality Working Paper Series can be found at

www.cir.santannapisa.it/working-papers

Dall'Armonizzazione all'Interlegalità: La Tutela dell'Utente Finale nella Disciplina Europea del Diritto d'Autore

Giulia Priora *

ABSTRACT: Complice la sua longevità, il diritto d'autore è in costante evoluzione. Motore del suo rinnovamento è oggi la tecnologia digitale, che ha introdotto nuove infrastrutture e prassi nella produzione e consumo di opere creative e ne ha messo in discussione numerosi profili normativi. L'ambiente digitale ha infatti acuito la contrapposizione tra autori ed utenti finali, polarizzando il dibattito pubblico e rimarcando la centralità del dilemmatico trade-off tra diritti di esclusiva ed accesso ai contenuti. Incapace di sciogliere tale nodo normativo da sé, il diritto d'autore europeo si interroga, in maniera sempre più ricorrente, sull'efficacia delle proprie disposizioni nel calibrare gli interessi in gioco in un contesto tecnologico in rapido cambiamento. A fronte di recenti riforme legislative ed una fiorente giurisprudenza, lo studio si sofferma sulla prospettiva dell'utente finale, contestualizzandola non solo all'interno del processo di armonizzazione ed "europeizzazione" del diritto d'autore attualmente in corso, bensì anche nel contesto digitale. Così facendo, l'analisi intende andare oltre le constatazioni relative alla persistente frammentazione territoriale della disciplina e pone enfasi sullo sfaccettato significato che la nozione di giusto equilibrio assume online. Richiamare l'attenzione sulle diverse razionalità normative coinvolte nella tutela dell'utente finale si dimostra un esercizio affine alla nozione di interlegalità, che ben ne inquadra le caratteristiche di concomitanza ed interdipendenza. L'utilità di tale approccio analitico si manifesta tanto sul piano descrittivo quanto su quello prescrittivo, mettendo in luce l'emergente e necessaria consapevolezza della normatività tecnologica quale legalità "altra" e concorrente nel definire il giusto equilibrio nel diritto d'autore europeo e digitale.

KEY WORDS: Diritto d'autore, mercato unico digitale, giusto equilibrio, eccezioni e limitazioni, utente finale, interlegalità.

* Assegnista di ricerca in Diritto Privato Comparato, Istituto di Diritto, Politica e Sviluppo (Dirpolis), Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa. Indirizzo e-mail: giulia.priora@santannapisa.it.

1. Introduzione

L'epoca storica contemporanea è profondamente caratterizzata dall'avvento delle tecnologie digitali e della "società della rete"¹. Internet, al pari di poche altre invenzioni del passato, ha rivoluzionato relazioni ed attività quotidiane, cambiandone infrastrutture e prassi e sfidandone il tessuto normativo e la dogmatica giuridica. Il diritto alla proprietà intellettuale ne è un esempio eclatante: la disciplina non solo ha subito un impatto notevole sul piano dell'*enforcement* dei diritti concessi ad inventori, autori, titolari di marchi, segreti commerciali e diritti connessi, bensì ha dovuto mettere in discussione un crescente numero di definizioni, principi e limiti propri dei tradizionali paradigmi giuridici a tutela delle opere dell'ingegno e dell'intelletto². In particolare, il diritto d'autore sta vivendo una stagione assai prospera in quanto a riforme legislative, evoluzioni giurisprudenziali e sviluppi nel dibattito pubblico e dottrinale. Il processo di standardizzazione della tutela autoriale sul piano internazionale, iniziato a fine Ottocento, ha prodotto risultati encomiabili, tracciando un quadro normativo di riferimento, che guarda, tuttavia, solo in parte al fenomeno digitale³. Più recentemente, il progetto di armonizzazione dei diritti d'autore nazionali a livello europeo ha sposato l'intento di modernizzare la disciplina per renderla più adatta alla realtà ed ai bisogni del mondo online⁴. Dal 2009 – anno di svolta simbolica nell'agenda politica del diritto d'autore europeo⁵ – ad oggi, l'adozione di svariate Direttive, Regolamenti e Comunicazioni da parte della Commissione Europea ha posto la questione digitale inequivocabilmente al centro della regolamentazione di contenuti creativi e opere culturali nell'Unione Europea (UE)⁶.

¹ M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell, 2010.

² Si v. tra tutti le analisi ad ampio respiro di G. Ghidini, *Rethinking Intellectual Property: Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018; C. Geiger, *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013; N. Lucchi, *Digital Media and Intellectual Property: Management of Rights and Consumer Protection in a Comparative Analysis*, Berlin, Springer, 2006.

³ L'unico trattato di diritto internazionale a guardare specificatamente al diritto d'autore in ambiente digitale è il *World Intellectual Property Organisation (WIPO) Copyright Treaty (WCT)*, 1996.

⁴ Sulla modernizzazione del diritto d'autore e l'emergere di standard regolatori di stampo europeo, si v. tra tutti B.P. Hugenholtz, *Is Harmonization a Good Thing? The Case of the Copyright Acquis*, in A. Ohly e J. Pila (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 65.

⁵ Il biennio 2009/2010 è generalmente considerato uno spartiacque sia nell'analisi delle politiche programmatiche, sia nello studio della giurisprudenza del diritto d'autore europeo. Si veda a tal proposito S. Dusollier, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in "Common Market Law Review", 57, 2020, p. 983. Tra i documenti più significativi, si v. Commissione europea, *Copyright in the Knowledge Economy*, COM(2009)532 final, 2009; Commissione europea, *A Digital Agenda for Europe*, COM(2010)245 final/2, 2010.

⁶ In particolare, si fa riferimento alla Direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane (Direttiva Opere Orfane); Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel

Al contempo, Internet si è radicato nelle nostre vite, creando un nuovo spazio di interazione tra individui, non senza un proprio corredo normativo. La rilevanza giuridica delle sue regole di funzionamento è racchiusa nella celebre espressione “*code is law*”⁷, a cui l’ambito della produzione e fruizione di contenuti creativi non fa eccezione. Basti osservare il funzionamento di popolari piattaforme di condivisione contenuti, quali YouTube, Facebook ed Instagram, o di noti servizi di intrattenimento, quali Spotify e Netflix, per constatare come Internet abbia posto in essere un regime normativo nuovo e transnazionale, caratterizzato da meccanismi di regolazione privata e tecnologica che governano la distribuzione di privilegi di accesso, contenuti e proventi⁸. In altre parole, la tecnologia digitale non ha influito solo sulla rapidità, qualità e vastità degli scambi, bensì anche sul vero e proprio esercizio e gestione dei diritti d’autore, sviluppando modalità di *lock-up* o blocco tecnologico dei contenuti⁹, possibilità di aggirare tali costrizioni sotto l’egida della cultura della “pirateria” digitale e prassi di licenza inedite che riguardano sia la tutela dei contenuti stessi¹⁰, sia la possibilità di condivisione libera e di rinuncia dei diritti di esclusiva¹¹. Così facendo, Internet ha profondamente “scosso” la disciplina autoriale, mettendone in luce problematiche di vecchia data – dalla territorialità dei diritti di esclusiva, alla loro eccessiva durata, alla difficoltà di rintracciarne i titolari –, e svelandone la natura di sintomi riconducibili ad una *path dependence* che rende l’intento di difendere l’autore a spada tratta spesso vetusto o impraticabile¹².

mercato interno; Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (Direttiva DSM); Commissione europea, *A Digital Agenda for Europe*, cit.; Commissione europea, *Towards a more modern, more European copyright framework*, COM(2015)626 final, 2015.

⁷ L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York NY, Basic Books, 1999; L. Lessig, *Code Is Law. On Liberty in Cyberspace*, in “Harvard Magazine”, 1 gennaio 2000.

⁸ Si v. l’accurata analisi della triplice risposta normativa alla sfida digitale per via legislativa, contrattuale e tecnologica proposta da M. Ricolfi, *Intellectual Property Rights and Legal Order*, in “Global Jurist”, 2, 2002. Sul punto si v. altresì Lucchi, *Digital Media and Intellectual Property*, cit., p. 2 (“Owners of the old technology, transnational corporation and policy makers have privatized the access to digital content using a combination of technological and contractual instruments. When both remedies work together any rights that a consumer may have under copyright law could be replaced by a unilaterally defined contractual term and condition.”).

⁹ L’avvento di meccanismi quali le *technological protection measures* (TPM) e i *digital rights management systems* (DRM) hanno portato la dottrina del decennio scorso a domandarsi se il diritto d’autore tradizionale sarebbe sopravvissuto all’era digitale. Si v. tra tutti M. Myška, *The True Story of DRM*, in “Masaryk University Journal of Law and Technology”, 2, 2009, pp. 267-278.

¹⁰ Cfr. B.J. Jütte, *Coexisting Digital Exploitation for Creative Content and the Private Use Exception*, in “International Journal of Law and Information Technology”, 2015, pp.1-21; L. Pascault, B.J. Jütte, G. Noto La Diega e G. Priora, *Copyright and Remote Teaching in the Time of Coronavirus: A Study of Contractual Terms and Conditions of Selected Online Services*, in “European Intellectual Property Review”, 42, 2020, pp. 548-555.

¹¹ Tra le più note, le licenze Open Access e Creative Commons. Cfr. S. Dusollier, *Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering*, in “Chicago-Kent Law Review”, 82, 2007, pp.1391-1400.

¹² In linea con K. Gracz e P. De Filippi, *Regulatory Failure of Copyright Law Through the Lenses of Autopoietic Systems Theory*, in “International Journal of Law and Information Technology”, 2014, pp. 1-33, in cui si dimostra il ruolo cruciale della tecnologia come stimolo dell’evoluzione normativa in prospettiva storica ed autopoietica.

Alla luce di ciò, l'intenzione del legislatore comunitario di modernizzare il diritto d'autore e renderlo adatto alle nuove esigenze nel mondo digitale si scontra oggi con la difficoltà nel trovare *policies* e vie interpretative capaci di riflettere la duplice matrice di norme legislative e regole tecnologiche. Tale ostacolo è particolarmente visibile se si guarda al cuore della disciplina, ossia al *trade-off* tra i diritti di esclusiva dell'autore e il "diritto di accesso" dell'utente finale¹³. Come illustrato nell'analisi che segue, entrambe le categorie di soggetti sono tutelate dai plurimi obiettivi che l'istituto giuridico si propone di perseguire e, per questo motivo, esso si è consolidato nei secoli eleggendo a suo punto di equilibrio la natura limitata dei diritti di esclusiva concessi in via originaria ad autori e titolari di diritti connessi. Si sono così delineati i due limiti fondamentali della tutela autoriale, ossia la sua durata predefinita e le eccezioni e limitazioni che fungono da contorni al suo ambito di applicazione¹⁴. Tuttavia, tali costrizioni strutturali sono andate via via vacillando, generalmente a sfavore dell'utente finale. Dal punto di vista legislativo, l'evoluzione delle normative in materia ha visto una progressiva estensione della durata dei diritti di esclusiva¹⁵, un'interpretazione espansiva del loro oggetto e ambito di applicazione¹⁶ ed il riconoscimento di nuovi titolari di diritti connessi¹⁷. Anche dal punto di vista tecnologico l'equilibrio tende ad essere viziato a favore degli autori o presunti tali¹⁸: termini e condizioni di utilizzo di servizi e piattaforme digitali svelano approcci iperprotezionistici¹⁹, la condanna della pirateria online assume sempre più spesso toni rigidi

¹³ Seppur le normative vigenti in UE non contengano riferimenti al "diritto di accesso" né ai "diritti dell'utente", tali accezioni sono note in dottrina per il loro valore descrittivo ed epistemologico. Si v. tra tutti Z. Efroni, *Access-Right: The Future of Digital Copyright Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; M. Borghi, *Exceptions as Users' Rights in EU Copyright Law*, CIPPM Jean Monnet Working Papers 06-2020, 2020.

¹⁴ Si può constatare che il riconoscimento della durata e portata limitata del diritto d'autore siano momenti 'costituenti' di tale istituto giuridico. A tal proposito si v. M. Borghi, *A Venetian Experiment on Perpetual Copyright*, in R. Deazley, M. Kretschmer e L. Bently (a cura di), *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, Cambridge, Open Book Publishers, 2010; Ghidini, *Rethinking Intellectual Property*, cit., pp. 177 ss.

¹⁵ Durata armonizzata dall'art. 7 della *Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche* del 1886 ad un minimo di cinquanta anni *post mortem auctoris* (*p.m.a.*) e, in UE, a settanta anni *p.m.a.*, un lasso di tempo considerato da taluni "equivalente di fatto ad una durata perpetua". V. L. Zemer, *The Idea of Authorship in Copyright*, Farnham, Ashgate, 2007, p. 224. Cfr. J. Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*, London, Yale University Press, 2008, p. 11; D.R. Desai, *The Life and Death of Copyright*, in "Winsconsin Law Review", 2, 2011, p. 219.

¹⁶ A seconda dell'enfasi posta sulla dimostrata capacità del diritto d'autore ad adattarsi alle nuove tecnologie o al problematico crescente rischio di abuso del diritto, tale tendenza viene descritta come un "second strand of protection" o, piuttosto, come un processo di vero e proprio "enclosure" o financo di "persistent hegemony of the exclusionary model". Si v. rispettivamente Ricolfi, *Intellectual Property Rights and Legal Order*, cit.; J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in "Law and Contemporary Problems", 66, 2003, p. 33; Ghidini, *Rethinking Intellectual Property*, cit., p. 219.

¹⁷ Quali artisti interpreti ed esecutori, produttori fonografici e costitutori di banche dati e programmi per computer. Cfr. Ghidini, *Rethinking Intellectual Property*, cit., pp. 188 ss.

¹⁸ Ricolfi, *Intellectual Property Rights and Legal Order*, cit. ("The delicate balance of copyright is tilted; and is tilted in favor of holders and to the detriment of users.").

¹⁹ Dusollier, *Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering*, p. 1393 ("Generally, use of private ordering mechanisms has been a way to expand the monopoly granted by the law and to constrain or prevent the

evocando condotte immorali e un vero e proprio stigma sociale ed, infine, l'utilizzo di meccanismi di *lock-up* ha ampliato in maniera non trascurabile il raggio di azione delle prerogative proprietarie, sdoganando un'idea di *enforcement* tecnologico che non sembra lasciare sufficiente spazio alle eccezioni e limitazioni della tutela autoriale²⁰.

Il legislatore comunitario dimostra una timida consapevolezza e crescente sensibilità nei confronti della salvaguardia dei “confini” del diritto d'autore a beneficio dell'interesse pubblico²¹. I più recenti sviluppi indicano una traiettoria giuridica nuova, che esplicita il bisogno di una ricalibratura tra gli interessi in gioco e si concentra sulla reale efficacia delle eccezioni e limitazioni nel paradigma autoriale. L'analisi proposta in questo capitolo si sofferma su tale cambio di prospettiva. Esplorando in che modo il diritto d'autore europeo si relaziona con la propria sfaccettata finalità (Sezione 2) e con la altrettanto complessa matrice normativa della tutela dell'utente finale (Sezione 3), il contributo si avvale della nozione di interlegalità per descrivere ed analizzare l'evolversi della disciplina nella sua reale interazione con il contesto digitale (Sezione 4).

2. La finalità plurima del diritto d'autore ed il “giusto equilibrio”

L'evoluzione del diritto d'autore europeo ha dovuto confrontarsi con la limitata competenza del legislatore comunitario nel regolare la disciplina²². A fronte dell'architettura giurisdizionale *ratione materiae* del diritto dell'UE, infatti, l'ampiezza dell'armonizzazione è dettata e vincolata dall'obiettivo finale di instaurare e garantire il buon funzionamento del

free use of resources by the public.”); Ricolfi, *Intellectual Property Rights and Legal Order*, cit. (“What are the terms or conditions which are accepted under a click-wrap license? [...] You accept that you cannot re-sell or even lend for free the accessed material. Therefore you give up the benefits conferred on you by the first sale doctrine. That you give up also any fair use defence you may have: you can neither reuse it in whole or in part, not even for the purpose of teaching nor you may quote from it, even for the purpose of discussion and criticism. The prohibition concerns protected as well as unprotected material and therefore concerns not only the form of representation of the work but its contents; it extends to the facts, to the ideas.”).

²⁰ Cfr. S. Dusollier, *Technology as an Imperative for Regulating Copyright: From the Public Exploitation to the Private Use of the Work*, in “European Intellectual Property Review”, 27, 2005, p. 201; N. Elkin-Koren e M. Perel, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in “Stanford Technology Law Review”, 19, 2016, p. 473.

²¹ S. Dusollier, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market*, cit., p. 981 (“[F]rom the 2001 Directive on the information society [...] to the 2019 legislative text, exceptions – at least some of them – have mutated from mere limitations of exclusive rights to proper enabling devices sustaining socially-benefiting uses of works and creations.”).

²² Per un'analisi puntuale e critica sui profili della competenza legislative nel diritto d'autore europeo, si v. A. Ramalho, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, Berlin, Springer, 2016.

mercato interno²³. Tuttavia, tale fine si è rivelato sufficientemente malleabile da accomodare poliedriche giustificazioni e sviluppi giuridici altrettanto variegati. L'interpretazione letterale della nozione di mercato unico, ossia la salvaguardia della libertà di movimento di beni, persone, servizi e capitale²⁴, ha infatti subito l'influenza delle politiche di economia sociale di mercato²⁵ e della trasformazione digitale, facendo proprie le vesti di un "mercato unico digitale" che guarda con particolare attenzione all'interesse pubblico²⁶. Sotto tali auspici, il diritto d'autore ha sviluppato la sua dimensione europea perseguendo gli obiettivi "tradizionali" di rimuovere ostacoli alla circolazione di beni e servizi²⁷ ed assicurare un alto livello di protezione dei titolari dei diritti²⁸ e, al contempo, abbracciando finalità "nuove", quali una maggiore competitività dell'economia digitale europea²⁹, la promozione dell'accesso alla cultura, all'educazione e alla conoscenza scientifica³⁰, la valorizzazione del patrimonio culturale³¹ ed una rafforzata inclusività nell'industria creativa³².

La varietà degli obiettivi espressamente perseguiti dal diritto d'autore europeo tesse una fitta trama teleologica in cui "il perseguimento di nessuno di quei fini può avvenire senza riguardo per gli altri, isolato dagli altri e trattato come se non si dovesse far fronte anche a quelli"³³. A comprova dell'intento di conciliare finalità interconnesse e talvolta contrapposte,

²³ Art.114 della versione consolidata del *Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea* (TFUE), 2012. Si v. sul punto T. Margoni, *The Harmonisation of EU Copyright Law: The Originality Standard*, in M. Perry (a cura di), *Global Governance of Intellectual Property in the 21st Century. Reflecting Policy Through Change*, Berlin, Springer, 2016, p. 85 ("It is the internal market – rather than copyright – that has driven the harmonization of EU copyright law to date").

²⁴ Art. 26(2) TFUE.

²⁵ Si v. art. 9 TFUE. Cfr. Ramalho, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, cit., p. 91; D. Ferri e F. Cortese, *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Abingdon, Routledge, 2018.

²⁶ Commissione Europea, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015)192 final, 2015.

²⁷ Considerando 6 e 7 Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (Direttiva InfoSoc).

²⁸ Considerando 9 Direttiva InfoSoc.

²⁹ V. considerando 11 Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (Direttiva Software); considerando 1 Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (Direttiva Enforcement); Commissione Europea, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, cit., p. 5. Cfr. Ramalho, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, cit., pp. 143–146.

³⁰ Considerando 14 Direttiva InfoSoc; Considerando 1 e 18 Direttiva Opere Orfane; Considerando 3, 8, 19-22 Direttiva DSM.

³¹ Considerando 34, 40 Direttiva InfoSoc; Considerando 25-29 Direttiva Opere Orfane; Considerando 2 Direttiva DSM.

³² Considerando 43 Direttiva InfoSoc; Considerando 3 Direttiva (UE) 2017/1564 del Parlamento europeo e del Consiglio 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 (Direttiva Marrakesh).

³³ G. Palombella, *Interlegalità. L'interconnessione tra Ordini Giuridici, il Diritto, e il Ruolo delle Corti*, in "Diritto e Questioni Pubbliche", 18, 2018, p. 318.

la nozione di “giusto equilibrio” ha guadagnato terreno e gioca oggi un ruolo cardine nel diritto d’autore europeo³⁴. Trovare un giusto equilibrio tra la tutela dei titolari dei diritti di esclusiva, ostaggio della “pirateria” digitale, e l’intento di sfruttare quelle stesse tecnologie per promuovere l’accesso alla cultura, all’informazione e alla conoscenza è la quintessenza del diritto d’autore “moderno, europeo ed equo” che il legislatore comunitario aspira a realizzare³⁵. Come già sottolineato, Internet ha avuto un impatto travolgente sulla disciplina e, in particolare, sulla ricerca del giusto equilibrio: se, da un lato, ha aperto canali inediti e globali di comunicazione e condivisione, dall’altro lato ha messo a rischio diritti ed interessi dei proprietari dei contenuti, fornendo l’infrastruttura per massimizzarne non solo la distribuzione, bensì anche gli usi non autorizzati. Entrambi questi cambiamenti hanno profondamente polarizzato il dibattito e l’evoluzione stessa del diritto d’autore europeo, dando un’impressione di rafforzata legittimità alle parti in gioco: i titolari dei diritti si sono sentiti in dovere di reclamare maggiori tutele, mentre gli utenti digitali si sono resi paladini della libertà di espressione ed informazione online. Presumendo che il diritto d’autore “offline” un equilibrio l’avesse raggiunto, Internet ha posto in essere la necessità di un *nuovo* giusto equilibrio in ambiente digitale.

Tra i numerosi esempi calzanti, il settore dell’editoria giornalistica offre uno spaccato di notevole rilevanza e pari attualità³⁶. L’informazione di cronaca online circola rapida, copiosa, alla portata di (quasi) tutti e non è di certo l’intento del legislatore né tantomeno delle nuove tecnologie rallentarla, diminuirla o censurarla. Eppure, quella stessa informazione è, ancora oggi, frutto di un lavoro intellettuale che va incentivato, retribuito, premiato. Internet ha acuito tale contrapposizione di fini, espandendo il mercato e, allo stesso tempo, introducendo nuovi intermediari, quali le piattaforme digitali e i servizi di aggregazione di notizie e rassegne stampa, il cui comportamento tende verso un *free riding* parassitario. È così emersa la necessità di stabilire un “giusto equilibrio” *ad hoc* per l’editoria giornalistica digitale, a cui il legislatore comunitario ha recentemente risposto con l’introduzione di un nuovo diritto connesso in capo

³⁴ Considerando 3, 31 Direttiva InfoSoc. Cfr. C. Geiger, *The Future of Copyright in Europe: Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information*, in “Intellectual Property Quarterly”, 1, 2010, p. 14; G. Finocchiaro, *L’equilibrio titolare/users nel diritto d’autore dell’Unione Europea*, in “Diritto dell’Informazione e dell’Informatica”, 3, 2016, p. 499; C. Sganga, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, in “European Intellectual Property Review”, 11, 2019.

³⁵ Commissione Europea, *Towards a modern, more European copyright framework*, cit.

³⁶ Per un’analisi completa dei recenti sviluppi del diritto d’autore europeo in materia di contenuti giornalistici, si v. G. Priora, *Diritto d’autore e accesso all’informazione giornalistica: accanimento o lungimiranza del legislatore comunitario?*, in “Diritto dell’Informazione e dell’Informatica”, 4, 5, 2020, pp. 833-855 (in corso di stampa).

agli editori, auspicando di innescare buone pratiche di ampio accesso all'informazione ed equa distribuzione dei proventi tra intermediari, editori e singoli giornalisti³⁷. Tuttavia, primi scontri drammatici tra legge e tecnologia e veri e propri fallimenti del mercato nel conciliare queste due forze normative distinte³⁸ inducono a dubitare della buona riuscita di tale intervento riformatore. In aggiunta, il nuovo diritto di esclusiva concesso agli editori di testate giornalistiche, seppur di durata limitata a due anni, lascia irrisolte alcune domande fondamentali in ottica di giusto equilibrio: come tutelare il diritto di cronaca e l'interesse del cittadino ad informarsi sulla vita pubblica nell'immediato degli eventi correnti? Come evitare un proliferare di meccanismi di *lock-up* dell'informazione giornalistica sotto forma di *paywalls* e servizi *on-demand* per garantire un dibattito pubblico vivo ed inclusivo? Quale l'aureo bilanciamento tra, ad esempio, i diritti di una poetessa che recita un suo scritto inedito ad un'inaugurazione presidenziale e l'interesse pubblico ad averlo accessibile online in versione integrale dopo pochi secondi³⁹?

Modalità e criteri per raggiungere il “nuovo” giusto equilibrio nel diritto d'autore digitale rimangono inespresi. I recenti sviluppi legislativi offrono spunti significativi, seppur spesso impliciti, palesando una crescente attenzione verso l'utente finale. Il legislatore comunitario è intervenuto in maniera strategica sulle eccezioni e limitazioni del diritto d'autore per agevolare l'utilizzo di opere orfane, fuori commercio e di dominio pubblico⁴⁰, facilitare l'accesso a contenuti creativi da parte di persone con disabilità⁴¹, assicurare più ampio respiro per gli utilizzi da parte di enti ed istituzioni culturali⁴² e supportare le attività di insegnamento e ricerca scientifica nel mondo digitale⁴³. L'intento di ovviare problemi di incertezza, eccessiva rigidità ed anacronismo delle disposizioni a tutela dell'utente finale emerge altresì dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE). Interpretando il diritto

³⁷ Art. 15 Direttiva DSM.

³⁸ Le esperienze spagnola e tedesca precedenti all'adozione della Direttiva DSM hanno portato a duri scontri tra Google e gli editori coinvolti, portando ad un inasprimento del dibattito pubblico ed alla sospensione del servizio Google News in Spagna. Analoghe frizioni si riscontrano attualmente in Francia, dove una sentenza della Corte d'Appello di Parigi ha imposto l'obbligo di negoziazione tra Google e testate giornalistiche. Si v. a riguardo AA.VV., *Niente trattativa, Google news chiude in Spagna*, in “La Repubblica”, 16 dicembre 2014; B. Ruffilli, *Copyright, i giudici francesi ordinano a Google di trattare con gli editori*, in “La Stampa”, 8 ottobre 2020.

³⁹ Esempio ispirato alla poesia “The Hill We Climb” di Amanda Gorman, apparsa sul web pochi secondi dopo la sua prima esecuzione inedita in occasione dell'insediamento del 46esimo Presidente degli Stati Uniti in data 20 gennaio 2021.

⁴⁰ Rispettivamente art.6 Direttiva Opere Orfane e artt.8-9, 14 Direttiva DSM.

⁴¹ Art.3 Direttiva Marrakesh.

⁴² Art.6 Direttiva DSM.

⁴³ ibid Artt.3-5.

dell'UE alla luce della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE)⁴⁴, la Corte non solo ha enfatizzato il carattere costituzionale degli interessi in gioco – tanto del diritto alla proprietà intellettuale quanto delle libertà di espressione e informazione, del diritto all'istruzione, della libertà di impresa, del rispetto della vita privata e della protezione dei dati personali⁴⁵ – bensì ha contribuito significativamente alla definizione del raggio d'azione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore online⁴⁶, avvalorando la tesi di una necessaria flessibilità interpretativa al fine di riempire i vuoti legislativi⁴⁷. In maniera sempre più ricorrente, la Corte fa riferimento alla nozione di giusto equilibrio⁴⁸, divenuta vero e proprio *building block*⁴⁹ della linea argomentativa, entrando tuttavia raramente nel vivo della sua definizione specifica: sentenze quali *GS Media* e *Renckhoff*⁵⁰, in cui la CGUE ha giudicato “bilanciato” e, pertanto, lecito l'utilizzo non autorizzato di opere protette via *hyperlinking*⁵¹ e, al contrario, “non bilanciato” e conseguentemente illegittimo il corrispettivo *re-posting*⁵², rappresentano casi atipici. Prassi assai più frequente è il rimando al ruolo di legislatori e giudici nazionali, a cui viene attribuito il fondamentale compito di trovare la retta via interpretativa verso un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, confrontandosi sempre più spesso con scenari e nuove consuetudini digitali.

⁴⁴ Il Trattato di Lisbona del 2009 riconosce la CDFUE come fonte di diritto primario dell'UE. Cfr. Borghi, *Exceptions as Users' Rights in EU Copyright Law*, cit., pp. 7–8.

⁴⁵ Rispettivamente artt.17(2), 11, 14, 16, 7-8 CDFUE.

⁴⁶ C. Sganga, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the Directive on Copyright in the Digital Single Market and the Trio of the Grand Chamber of the European Court of Justice*, in “ERA Forum”, 21, 2020, pp. 317 ss.

⁴⁷ Una mossa che ha attirato sospetti e critiche di attivismo giurisprudenziale. Cfr. J. Griffiths, *Taking Power Tools to the Acquis. The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law*, ed altresì V. Cassiers e A. Strowel, *Intellectual Property Law Made by the Court of Justice of the European Union*, entrambi i contributi pubblicati in C. Geiger, C.A. Nard e X. Seuba, *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018; C. Geiger, *The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and Sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union*, Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 3, 2016.

⁴⁸ Studi empirici hanno dimostrato come la nozione di giusto equilibrio sia uno dei *topoi* più ricorrenti nella giurisprudenza della CGUE in materia di diritto d'autore ad oggi. Si v. tra tutti M. Favale, M. Kretschmer e P. Torremans, *Is There a EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of The Workings of The European Court of Justice*, in “Modern Law Review”, 79, 2015, p. 64.

⁴⁹ G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, Hart, 2012, p. 174 (“(...) paragraphs which occur again and again in identical or nearly the same form in the Court's case law”).

⁵⁰ Rispettivamente C-160/15 *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV et al* [2016] EU:C:2016:644 (*GS Media*); C-161/17 *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff* [2018] EU:C:2018:634 (*Renckhoff*).

⁵¹ *GS Media*, para. 45.

⁵² *Renckhoff*, para. 41.

3. Il “carve-out” normativo a tutela dell’utente finale

Il frequente rimando da parte della CGUE all’interpretazione di legislatori e giudici nazionali è tutt’altro che sorprendente. Dall’evoluzione del diritto d’autore europeo emergono numerosi spazi di delega interpretativa e persistenti difficoltà nel relazionarsi con la tutela dell’utente finale e la sua matrice normativa sibillina. Ciononostante, il legislatore ed il giudice comunitari hanno iniziato ad interrogarsi sulla nozione di giusto equilibrio, consapevoli del fatto che la sua efficacia dipende dalla capacità di intersecare la “legalità” del diritto in senso stretto con le regole tecnologiche del contesto digitale.

Il legislatore comunitario sposa un’idea “ampia” di tutela dell’utente finale innescando un fenomeno di *carve-out* normativo, ossia introducendo la possibilità di ritagliare spazio decisionale a favore di attori normativi “altri”⁵³. Complici le restrizioni di competenza legislativa e l’intento di preservare la diversità culturale dell’Unione⁵⁴, l’armonizzazione del diritto d’autore è incompleta ed ampi margini di discrezionalità sono concessi ai legislatori nazionali nell’attuazione delle Direttive. L’Articolo 5 della Direttiva InfoSoc ne è un caso lampante, in quanto dispone una lunga lista di eccezioni – tra cui per copia privata, citazione, parodia, uso didattico o di ricerca scientifica, uso a scopo informativo e di cronaca⁵⁵ – e lascia agli Stati Membri la possibilità di scegliere se e quali introdurre nei propri ordinamenti. È interessante notare come un *carve-out* legislativo emerga altresì da eccezioni e limitazioni armonizzate in via obbligatoria: la recente Direttiva DSM permette, ad esempio, agli Stati Membri di fare “eccezione all’eccezione” per usi didattici digitali, escludendone l’applicazione per determinati utilizzi o tipologie di opere e facendo prevalere meccanismi di licenze disponibili sul mercato⁵⁶. In tal modo, il legislatore comunitario invita i parlamenti e, di riflesso, le corti nazionali a trovare i propri “giusti equilibri”, valutando caso per caso gli interessi coinvolti e mettendo in atto le misure necessarie per raggiungere una tutela autoriale sostenibile.

⁵³ L’accezione prende ispirazione dalle più celebri clausole arbitrali denominate *carve-out clauses*, le quali derogano dalla giurisdizione arbitrale ed assegnano la decisione su alcune materie specifiche ad altro foro. Si v. J. de Werra, *Risks of IP Carve-out in Arbitration Clauses*, in “Journal of Intellectual Property Law & Practice”, 9, 2014, p. 184.

⁵⁴ Obiettivo che il legislatore comunitario fa proprio, bensì con una competenza legislativa assai limitata. Si v. artt 6 e 167(4) TFUE; considerando 2 Direttiva DSM. Cfr. Cfr. Ramalho, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, cit., pp. 39 ss.

⁵⁵ Rispettivamente art.5(2)(b) e art.5(3)(d),(k),(a),(c) ed (f) Direttiva InfoSoc.

⁵⁶ Art. 5 Direttiva DSM. Cfr. J.P. Quintais, *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*, in “European Intellectual Property Review”, 42, 2020, pp. 33–34.

Se il legislatore si limita ad accogliere un'idea di tutela dell'utente finale permeata da diverse razionalità normative – quelle nazionali –, la CGUE si rivela vero e proprio motore trainante della concezione composita tra legalità giuridica e legalità tecnologica. Parallelamente al consolidarsi del ruolo delle eccezioni e limitazioni nella legislazione comunitaria, emerge con altrettanta intensità in giurisprudenza la domanda sul come garantirne l'*efficacia*. A fronte di una molteplicità di attori chiamati a decidere le sorti del giusto equilibrio, la CGUE ha voluto sottolineare la necessità di “salvaguardare l'effetto utile dell'eccezione (...) e di rispettarne la finalità”⁵⁷. Tale enfasi sull'effettività, o efficacia, delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore si è consolidata diventando un tratto distintivo della giurisprudenza europea dell'ultimo decennio⁵⁸. L'adozione da parte della Corte di tale approccio marcatamente teleologico e tendenzialmente pragmatico ha stimolato non solo nuove prospettive dottrinali⁵⁹, bensì una rinnovata flessibilità nell'interpretazione del diritto d'autore europeo, la quale segue una logica duplice ed innovativa: seguendo la scia della nozione di efficacia, la CGUE suggerisce che alla *finalità* delle eccezioni e limitazioni – quali “confini” fondamentali della tutela autoriale a salvaguardia dell'interesse pubblico – debbano corrispondere una sufficiente *omogeneità* delle normative nazionali ed una altrettanto adeguata *attuabilità* tecnologica delle eccezioni stesse.

Il focus sull'*omogeneità* delle normative nazionali trova esaustiva spiegazione nel Considerando 31 della Direttiva InfoSoc, che recita:

(...) Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. Le differenze esistenti (...) hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme⁶⁰.

⁵⁷ Procedimenti Riuniti C-403/08 *Football Association Premier League Ltd et al c. QC Leisure et al* e C-429/08 *Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd* [2011] ECR I-09083 (*Football Association Premier League*), para. 163.

⁵⁸ *Football Association Premier League*, para. 163; C-145/10 *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH et al* [2013] EU:C:2013:138 (*Painer*), para. 133; C-476/17 *Pelham GmbH et al c. Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben* [2019] EU:C:2019:624 (*Pelham*), para. 63; C-117/13 *Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG* [2014] EU:C:2014:2196 (*Ulmer*), para. 32, 43; C-174/15 *Vereniging Openbare Bibliotheken c. Stichting Leenrecht* [2016] EU:C:2016:856 (*Vereniging Openbare Bibliotheken*), para. 50-51; C-201/13 *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW c. Helena Vandersteen et al* [2014] EU:C:2014:2132 (*Deckmyn*), para. 23; C-516/17 *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck* [2019] EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), para. 36, 55; C-469/17 *Funke Medien NRW GmbH c. Federal Republic of Germany* [2019] EU:C:2019:623 (*Funke Medien*), para. 51.

⁵⁹ Cfr. Sganga, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations?*, cit., p. 318; Griffiths, *Taking Power Tools to the Acquis*, cit.; T. Rendas, *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*, in “International Review of Intellectual Property and Competition Law”, 49, 2018, p. 153.

⁶⁰ Considerando 31 Direttiva InfoSoc.

La CGUE ribadisce in più di un'occasione la necessità di una coerenza normativa, ribadendo la necessità che gli Stati Membri si attengano in maniera rigida al *numerus clausus* delle possibili eccezioni previste dal diritto comunitario⁶¹ e si allineino su una modalità comune di calcolo dell'equo compenso per l'autore, quando previsto⁶².

La declinazione della nozione di efficacia come *attuabilità* tecnologica delle eccezioni e limitazioni ha assunto un carattere più pragmatico, concentrandosi sulla concreta fattibilità degli utilizzi liberi nel contesto digitale. La salvaguardia del buon funzionamento di Internet, le sue peculiarità strutturali ed il comportamento del suo "pubblico" digitale sono considerazioni a cui la CGUE dedica attenzione in maniera crescente. Secondo tale logica, la Corte ha statuito in più di un'occasione che l'efficacia delle eccezioni e limitazioni passa attraverso un'interpretazione consapevole della realtà tecnologica contemporanea, argomentando, ad esempio, che la velocità dei flussi di informazione online influisce sull'interpretazione del diritto all'informazione⁶³ e che le eccezioni concesse alle biblioteche per promuovere il prestito pubblico e la consultazione di opere letterarie autorizzano, oggi, le stesse biblioteche a digitalizzare le proprie collezioni⁶⁴ e dare in prestito libri anche in versione digitale (*e-book*)⁶⁵.

Gli sviluppi legislativi ed il recente decorso della giurisprudenza della CGUE hanno portato la dottrina ad interrogarsi ampiamente sugli effetti di un'interpretazione creativa ed espansiva delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore⁶⁶. In tale esercizio analitico, si sono tuttavia trascurati, se non del tutto ignorati, i presupposti dell'evoluzione giuridica in corso, sui quali è altrettanto necessario soffermarsi: da un lato, la prismatica normatività a cui è soggetto l'utente finale online e, dall'altro lato, il desiderio di compattezza regolatoria ed efficacia applicativa del diritto d'autore europeo, che ne caratterizza, più di ogni altro aspetto, l'attuale ricerca di modernizzazione.

⁶¹ Si v. tra tutti C-466/12 *Nils Svensson et al c. Retriever Sverige AB* [2014] EU:C:2014:76 (*Svensson*), para. 6-7; *Pelham*, para. 63-64; *Spiegel Online*, para. 47-48.

⁶² C-572/13 *Hewlett-Packard Belgium SPRL c. Reprobel SCRL* [2015] EU:C:2015:750 (*Reprobel*), para. 38-39.

⁶³ *Spiegel Online*, para. 81.

⁶⁴ *Ulmer*, para. 43.

⁶⁵ *Vereniging Openbare Bibliotheken*, para 51.

⁶⁶ Si v. tra tutti C. Sganga, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations?*, cit.; Borghi, *Exceptions as Users' Rights in EU Copyright Law*, cit.; T. Rendas, *Exceptions in EU Copyright Law: In Search for a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2021 (in corso di stampa).

4. Oltre la frammentazione regolatoria: la prospettiva interlegale

Nell'era della trasformazione digitale, la coesistenza di normative nazionali divergenti riguardanti il raggio d'azione di eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva è notoriamente associata a problemi di frammentazione e, di conseguenza, incertezza giuridica, che lasciano l'utente-consumatore nel dubbio della liceità dei propri utilizzi online di opere protette a scopo educativo, informativo, culturale e di interesse pubblico⁶⁷: possiamo pubblicare un estratto di libro sulla piattaforma digitale che usiamo per insegnare a distanza per raggiungere studenti in Italia e all'estero? È lecito citare per intero un discorso di un politico nostrano su un giornale a diffusione internazionale? A quale pubblico mi sto rivolgendo caricando un video satirico o un'immagine parodica sui *social media*? Concentrandosi sulle problematiche territoriali che sfidano il diritto d'autore nel mondo digitale, si tende ad ignorare l'ulteriore sfaccettatura normativa che, in maniera sempre più decisiva, influisce sulle eccezioni e limitazioni garantite dalle legislazioni nazionali, ossia la loro "legalità" ed attuabilità sul piano prettamente tecnologico.

La pluralità di concezioni di giusto equilibrio è un nodo essenziale da sciogliere nel processo di modernizzazione del diritto d'autore europeo. A tal fine, la nozione di interlegalità viene in soccorso, mettendo a fuoco la presenza e l'interconnessione di ordini normativi concorrenti ed inevitabilmente limitati nel perseguire i propri obiettivi⁶⁸. Abbracciare una visione interlegale della tutela dell'utente finale nel diritto d'autore europeo significa promuovere una visione di insieme, capace di studiare la concomitanza e reciproca influenza tra le diverse interpretazioni della nozione di giusto equilibrio da parte del legislatore internazionale, comunitario, nazionale e del "regolatore" tecnologico⁶⁹. Sotto tale luce, il processo di armonizzazione europea, attraverso la sua crescente sensibilità nei confronti dell'efficacia delle proprie disposizioni, svela la sua natura non solo sovranazionale, bensì

⁶⁷ Cfr. A. Fischer-Lescano e G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in "Michigan Journal of International Law", 25, 2004, p. 1019; G. Mazziotti, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlin, Springer, 2008, pp. 114 ss.; M. van Eechoud (a cura di), *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 313–314.

⁶⁸ Cfr. Palombella, *Interlegalità*, cit., pp. 318–319.

⁶⁹ *ibid*, p. 324 ("(...) la nozione di interlegalità predispone un'opportunità 'emancipatoria', nella misura in cui essa muove dal mutuo riconoscimento, tra legalità esterne e concorrenti, del carattere normativo che ognuna possiede, senza necessariamente condurre all'incondizionata accettazione delle relative pretese: in luogo di quest'ultima, richiede una ponderazione delle ragioni di tutte e di ciascuna, e di conseguenza favorisce un equilibrio basato su tale considerazione critica.").

interlegale, ossia consapevole dell'esistenza ed interferenza di regimi normativi "altri" e di conflitti interpretativi irrisolvibili attraverso la sola gerarchia delle fonti⁷⁰.

Uno sguardo approfondito ad una delle più recenti ed emblematiche sentenze della CGUE aiuta a districare l'apparente complessità del tessuto interlegale su cui si sta sviluppando la disciplina. In *Spiegel Online* la Corte è stata chiamata a giudicare se la pubblicazione non autorizzata da parte di un giornale online di un intero manoscritto redatto da un personaggio pubblico potesse rientrare nell'ambito di applicazione delle eccezioni al diritto d'autore per uso a scopo informativo a mezzo stampa e per citazione⁷¹. In maniera ben poco sorprendente, trovare il giusto equilibrio tra le pretese dell'autore e l'interesse pubblico all'informazione si è rivelata questione assai spinosa.

La linea argomentativa della CGUE mette in luce quattro razionalità distinte che interferiscono in tale valutazione. In primo luogo, la Corte riconosce che le eccezioni al diritto d'autore evocate non sono oggetto di armonizzazione completa e che, quindi, il piano normativo nazionale ha una significativa discrezionalità nell'identificare un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco⁷². Tuttavia, in seconda battuta, viene sottolineato come il piano normativo comunitario giochi un ruolo fondamentale, in quanto l'unità ed il primato delle proprie norme e della tutela della CDFUE non possono essere compromesse da diritti nazionali divergenti⁷³. Da rispettare sono pertanto le finalità perseguite dal diritto dell'UE, l'effettività delle sue disposizioni e la coerenza nell'attuazione delle eccezioni e limitazioni⁷⁴. In altre parole, gli Stati Membri devono garantire un giusto equilibrio che sia al contempo nazionale e a stampo europeo. In aggiunta, la cornice internazionale della Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU) viene introdotta come terzo piano normativo⁷⁵, statuendo che "al fine di effettuare il bilanciamento tra il diritto d'autore e il diritto alla libertà di espressione, [la Corte Europea dei Diritti Umani] ha sottolineato, tra l'altro, la necessità di tener conto della circostanza che il tipo

⁷⁰ Fischer-Lescano e Teubner, *Regime-Collisions*, cit., p. 1022 ("Transnational substantive norms are created, within a form of mixed law approach, with an eye both to one's own and to the other legal regime, but also with an eye to third party legal orders"). Si v. altresì C. Joerges, *Legitimität der Europäisierung des Privatrechts: Überlegungen zu einem Recht-Fertigungs-Recht für das Mehrebenensystem der EU*, in C. Joerges e G. Teubner, *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 193 ss., in cui viene avanzata la tesi di un regime di "semi-autonomous levels of European multi-level-governance".

⁷¹ *Spiegel Online*, para. 15.

⁷² *ibid*, para. 27-29.

⁷³ *ibid*, para. 20-21, con riferimento alla c.d. dottrina Melloni, v. C.399/11 *Melloni* [2013] EU:C:2013:107, para. 59.

⁷⁴ *Spiegel Online*, para 37-48.

⁷⁵ *ibid*, para. 44, 57.

di «discorso» o di informazione di cui trattasi rivesta un'importanza particolare, segnatamente nell'ambito del dibattito politico o di un dibattito che tocca l'interesse generale»⁷⁶. Infine, la CGUE guarda alla tecnologia e, in particolare, ad Internet⁷⁷ come realtà normativa a sé stante, ossia alla concreta efficacia dell'eccezione per uso a scopo informativo nella società digitale, la quale impone la necessità di comunicare informazioni rapidamente, “il che mal si concilia con il requisito del previo conseguimento del consenso dell'autore, requisito che potrebbe rendere eccessivamente difficile, se non addirittura impedire, la fornitura al pubblico di informazioni pertinenti in tempo utile”⁷⁸.

L'interpretazione della CGUE in *Spiegel Online* si dimostra un esempio calzante di interlegalità non solo come situazione giuridica autonoma “in sé e per sé”⁷⁹, bensì anche come approccio normativo “in azione”⁸⁰, il cui esito vede il giudice nazionale chiamato ad operare una complessa operazione di innesto interpretativo⁸¹: tracciare la linea del giusto equilibrio destreggiandosi con “uno strano esperanto giuridico di regimi normativi in cui norme nazionali, internazionali e transnazionali reclamano attenzione”⁸². Distinguere i piani normativi e riconoscere il loro reciproco influenzarsi è, metodologicamente e sostanzialmente, un passaggio fondamentale nell'analisi e nell'evoluzione della tutela autoriale, in Europa e non solo, nell'era digitale. La prospettiva interlegale offre tale opportunità, introducendo una concezione olistica della disciplina ed una duplice utilità. Da un lato, essa mette in luce l'attuale intricata malleabilità della nozione di giusto equilibrio ed i suoi potenziali paradossi: in *Spiegel Online*, enfatizzando il ruolo fondamentale della libertà di stampa nella società democratica⁸³, la CGUE riconosce veri e propri “diritti a vantaggio degli utenti di opere o di altri materiali protetti”⁸⁴; tale interpretazione si discosta significativamente dall'approccio normativo suggerito dal legislatore internazionale e promosso da numerosi se non tutti gli Stati Membri, ancorati alla

⁷⁶ *ibid.*, para. 58.

⁷⁷ *ibid.*, para. 81.

⁷⁸ *ibid.*, para. 71.

⁷⁹ Palombella, *Interlegalità*, cit., p. 330.

⁸⁰ Cfr. R. Pound, *Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change*, in “American Law Review”, 44, 1910.

⁸¹ *Spiegel Online*, para. 69 (“Nel caso di specie, spetta al giudice del rinvio verificare se la pubblicazione delle versioni originali del manoscritto e dell'articolo pubblicato nella raccolta in questione, nella loro integralità e senza le indicazioni di dissociazione del sig. Beck rispetto al contenuto di tali documenti, fosse necessaria per raggiungere l'obiettivo informativo perseguito.”).

⁸² Fischer-Lescano e Teubner, *Regime-Collisions*, cit., pp. 1022–1023 (traduzione a cura dell'autrice), i quali proseguono: “Concerned courts—national courts and transnational instances of conflict resolution—would be required to meet the challenges of creating transnational substantive norms out of this chaos, seeking for the individual case at hand appropriate legal norms beyond their territorial, organizational and institutional legal spheres and taking responsibility for combining them norms in order to develop a transnational body of law.”

⁸³ *Spiegel Online*, para. 72.

⁸⁴ *ibid.*, para. 54.

concezione di tutela dell'utente finale come caso "eccezionalissimo", specifico e limitato, da interpretare in maniera restrittiva. Dall'altro lato, l'interlegalità permette di rintracciare, e potenzialmente costruire, la dimensione di tutela dell'utente finale là dove non esplicitata o non ancora matura in legislazione e di prevederne gli sviluppi futuri, seguendo le tracce dei regimi normativi che intersecano la definizione di giusto equilibrio, dall'evoluzione della giurisprudenza della CEDU, agli sviluppi dell'armonizzazione europea in materie tangenti il diritto d'autore⁸⁵, alle nuove frontiere della regolazione privata e tecnologica⁸⁶.

5. Conclusioni

Come raggiungere un giusto equilibrio tra i diritti di esclusiva di autori, produttori e licenziatari e gli interessi degli utenti di Internet sembra essere diventato l'enigma da risolvere per modernizzare il diritto d'autore europeo. Al dilemmatico *trade-off* tra un'armonizzazione efficace e la tutela della diversità culturale e giuridica nell'UE si aggiunge, e spesso dimentica, la razionalità normativa della tecnologia digitale stessa e del "code law" di Internet. Ad oggi, il diritto d'autore europeo non ha risposte univoche alla domanda sul quando e come tutelare l'utente finale; al contrario, la consapevolezza di una malleabile coesistenza di piani normativi distinti permette di delegare la ricerca del giusto equilibrio, influenzando negativamente sulla certezza giuridica e sull'efficacia delle misure adottate.

Tuttavia, la disciplina sta maturando una connotazione moderna, che guarda all'efficacia delle proprie norme in ambito digitale e che quindi, necessariamente, deve tenere in considerazione le regole di funzionamento di tale infrastruttura. Se, fino a tempi recenti, l'interpretazione ed applicazione delle norme sulla tutela autoriale lasciava possibilità di scelta sul prendere in considerazione l'imminente avvento di Internet o meno, oggi questo non è più possibile. Il diritto d'autore europeo impone non solo nuove regole che guardano specificatamente al contesto digitale, bensì una concezione di giusto equilibrio composita, che tiene conto di diversi vettori normativi, tra cui il diritto internazionale, la *ratio* europea, le

⁸⁵ Quale, ad esempio, la protezione dei dati personali. Si v. a tal proposito C-264/19 *Constantin Film Verleih GmbH v YouTube LLC and Google Inc* [2020] EU:C:2020:542 (*Constantin Film Verleih*).

⁸⁶ Emblematici i casi relativi all'utilizzo via *hyperlink* (*GS Media*) e *cache copying* (*C-360/13 Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd and Others* [2014] EU:C:2014:1195).

normative nazionali, il funzionamento di Internet, e, non da ultimo, i valori cardine della società democratica, alcuni dei quali in netta contrapposizione con il diritto d'autore stesso⁸⁷.

In tale prospettiva, l'analisi ha dimostrato che il giusto equilibrio a cui ambisce il diritto d'autore europeo è un equilibrio "interlegale", capace non solo di calibrare gli interessi in gioco, bensì di farlo in maniera consapevole ed efficace nel contesto digitale. L'interlegalità, quale cornice teorica capace di rispecchiare la sfaccettata natura della "legalità" nell'industria creativa online, si rivela un valido punto di partenza per una risposta funzionale e sostenibile alla necessità di tutela dell'utente finale⁸⁸. Seguendo la scia del diritto d'autore dell'UE e dell'approccio proposto dalla CGUE, legislatori e giudici nazionali, in particolare in questa delicata fase di riforma e modernizzazione delle proprie normative, hanno la possibilità di dare concretezza all'idea di interlegalità, promuovendo una visione di insieme della tutela autoriale, includendo – piuttosto che ignorando – aspetti giuridici e tecnologici che si rivelano cruciali nel perseguire gli obiettivi della disciplina ed avanzando un efficace bilanciamento tra l'incentivo a creare e il diritto di avere accesso ai contenuti online. In tal modo, esplorando la prospettiva interlegale, l'intelaiatura legislativa e l'interpretazione giuridica convergerebbero nel tentativo di (ri)definire il ruolo dell'utente finale nel diritto d'autore, dare risposta ai "conflitti sociali" oltre che ai conflitti giuridici che lo riguardano⁸⁹, dare pieno riconoscimento alla "legalità" tecnologica a cui è soggetto ed, infine, dare coerenza all'equilibrio tra pretese proprietarie e necessità critiche della società europea democratica e digitale.

⁸⁷ La contrapposizione tra diritto d'autore e diritto alla protezione dei dati personali ne emerge come uno degli scontri più caratteristici dell'era digitale, si v. a tal proposito G. Priora, *Catch me if you can: CJEU safeguards the privacy of online copyright infringers in landmark decision Constantin Film Verleih v YouTube*, in "Medialaws Rivista di diritto dei media", 3, 2020, pp. 260-266.

⁸⁸ Fischer-Lescano e Teubner, *Regime-Collisions*, cit., p. 1008 ("Legal unity within global law is redirected away from normative consistency towards operative "inter-legality.") con riferimento a M. Amstutz, *Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung*, in H. Honsell (a cura di), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zurich, Schulthess Juristische Medien, 2003, p. 161; B. de Sousa Santos, *State Transformation, Legal Pluralism and Community Justice*, in "Social and Legal Studies", 1, 1992, pp. 131 ss.

⁸⁹ Fischer-Lescano e Teubner, *Regime-Collisions*, cit., p. 1023.