



# RIVISTA ITALIANA DI INFORMATICA E DIRITTO

PERIODICO INTERNAZIONALE DEL CNR-IGSG

diretta da Sebastiano Faro e Marina Pietrangelo

In questo numero

SEZIONE MONOGRAFICA

**Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale  
Un confronto fra diritti fondamentali  
ed eccezioni al diritto d'autore**

*a cura di*

**D. De Angelis, S. Faro e G. Peruginelli**

SEZIONE MONOGRAFICA

**I cento anni di Piero Fiorelli**

1  
2023

Anno V, n. 1/2023 • Periodicità semestrale • ISSN 2704-7318  
Periodico telematico: [www.rivistaitalianadinformaticaediritto.it](http://www.rivistaitalianadinformaticaediritto.it)  
Direzione e Redazione: Istituto di Informatica Giuridica e Sistemi Giudiziari • Via dei Barucci 20 - 50127 Firenze

Consiglio Nazionale delle Ricerche





# Rivista italiana di informatica e diritto

## Periodico internazionale del CNR-IGSG

Anno V • n. 1/2023 • Periodicità semestrale

[www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it](http://www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it)

**Direzione** Sebastiano Faro (IGSG-CNR) e Marina Pietrangelo (IGSG-CNR)

**Comitato di direzione** Federigo Bambi (Univ. Firenze), Elda Brogi (European University Institute), Simone Calzolaio (Univ. Macerata), Davide Carnevali (IGSG-CNR), Gian Luca Conti (Univ. Pisa), Enrico Francesconi (IGSG-CNR e IAAIL), Antonio Iannuzzi (Univ. Roma Tre), Erik Longo (Univ. Firenze), Lorenzo Nannipieri (IGSG-CNR), Stefano Pietropaoli (Univ. Firenze), Francesco Romano (IGSG-CNR)

**Comitato scientifico nazionale** Laura Abba (IGSG-CNR), Agata C. Amato Mangiameli (Univ. Roma-Tor Vergata), Andrea Cardone (Univ. Firenze), Antonio Carcaterra (UnitelmaSapienza), Paolo Caretti (già Univ. Firenze), Massimo Carli (già Univ. Firenze), Enrico Carloni (Univ. Perugia), Elisabetta Catelani (Univ. Pisa), Adriana Ciancio (Univ. Catania), Renato Clarizia (Univ. Roma Tre), Carlo Colapietro (Univ. Roma Tre), Giuseppe Corasaniti (UnitelmaSapienza), Pasquale Costanzo (già Univ. Genova), Giovanna De Minico (Univ. Napoli-Federico II), Rosa Maria Di Giorgi (già IGSG-CNR), Elio Fameli (già IGSG-CNR), Carla Faralli (Univ. Bologna), Giusella Finocchiaro (Univ. Bologna), Tommaso E. Frosini (Univ. Napoli-Suor Orsola Benincasa), Mario Jori (già Univ. Milano), Donato A. Limone (UnitelmaSapienza), Aldo Loiodice (Univ. Europea Roma), Luigi Lombardi Vallauri (già Univ. Firenze), Nicola Lupo (Univ. Roma-LUISS), Nicoletta Maraschio (Accademia della Crusca), Paola Marsocci (Univ. Roma-Sapienza), Paolo Moro (Univ. Padova), Monica Palmirani (Univ. Bologna), Ugo Pagallo (Univ. Torino), Giovanni Pascuzzi (Consiglio di Stato), Paolo Passaglia (Univ. Pisa), Dianora Poletti (Corte di Cassazione), Oreste Pollicino (Univ. Milano-Bocconi), Giovanni Sartor (Univ. Bologna), Andrea Simoncini (Univ. Firenze), Carlo Sorrentino (Univ. Firenze), Giancarlo Taddei Elmi (già IGSG-CNR), Lara Trucco (Univ. Genova), Stefano Trumpy (Internet Society Italia), Alessandra Valastro (Univ. Perugia), Franco Vallocchia (Univ. Roma-Sapienza), Giovanni Ziccardi (Univ. Milano)

**Comitato scientifico dei corrispondenti stranieri** Y. Amoroso (C), T.J.M. Bench Capon (GB), D. Bourcier (F), W.E. Boyd (USA), V. De Mulder (NL), J. Dumortier (NL), F. Galindo (E), A. Gardner (USA), T. Gordon (D), G. Greenleaf (AUS), O.P. Hance (L), W. Kilian (D), F. Lachmayer (A), P. Leith (IRL), E. Mackaay (CAN), A. MacIntosh (GB), P. Maharg (GB), J. Mayor (USA), L.T. McCarty (USA), F. Novak (CZ), A. Paliwala (GB), A.E. Perez-Luño (E), R. Petrauskas (LT), L. Philipps (D), Y. Pouillet (B), A. Saarempaa (FIN), E. Schweighofer (A), P. Seipel (S), R. Susskind (GB), W.R. Svoboda (A), H. Yoshino (J), T. Van Engers (NL), M.A. Wimmer (A), R. Winkels (NL), J. Zeleznikow (AUS)

**Esperti per la valutazione** Fulvia Abbondante (Univ. Napoli-Federico II), Enrico Albanesi (Univ. Genova), Maria Romana Allegri (Univ. Roma-Sapienza), Marco Bassini (Univ. Milano-Bocconi), Raffaella Brighi (Univ. Bologna), Giuseppe Cammarota (Univ. Cagliari), Gianluigi Ciacci (Univ. Roma-LUISS), Sofia Ciuffoletti (Univ. Firenze), Melania D'Angelosante (Univ. Chieti), Isaac Martín Delgado (Universidad de Castilla-La Mancha), Maria Vittoria Dell'Anna (Univ. Salento), Fabio Dell'Aversana (Univ. Cassino e Lazio Meridionale), Francesco di Ciommo (Univ. Roma-LUISS), Rossana Ducato (Univ. Trento), Fernanda Faini (Univ. Pisa), Elisabetta Frontoni (Univ. Roma Tre), Paolo Galdieri (Univ. Napoli-Federico II), Riccardo Gualdo (Univ. Tuscia), Paolo Guarda (Univ. Trento), Ilaria Kutufà (Univ. Pisa), Alessandro Lovari (Univ. Cagliari), Gianclaudio Malgieri (Free University of Brussels - VUB), Fabio Martinelli (IIT-CNR), Daniele Marongiu (Univ. Cagliari), Letizia Materassi (Univ. Firenze), Giuseppe Mobilio (Univ. Firenze), Matteo Monti (Univ. Roma-LUISS), Angelo Giuseppe Orofino (Univ. LUM), Erica Palmerini (Scuola Superiore Sant'Anna), Saule Panizza (Univ. Pisa), Anna Papa (Univ. Napoli-Parthenope), Viviana Patti (Univ. Torino), Nicola Pettinari (Univ. Perugia), Giovanni Piccirilli (Univ. Roma-LUISS), Benedetto Ponti (Univ. Perugia), Cecilia Robustelli (Univ. Modena e Reggio Emilia), Andrea Rossetti (Univ. Milano-Bicocca), Simone Scagliarini (Univ. Modena e Reggio Emilia), Caterina Sganga (Scuola Superiore Sant'Anna), Maurizio Tesconi (IIT-CNR), Marco Torre (Univ. Firenze), Emilio Tosi (Univ. Milano-Bicocca), Giuseppe Vaciago (Univ. Insubria), Giulia Venturi (ILC-CNR)

**Segreteria di redazione** Simona Binazzi

**Elaborazione dei testi** Giuseppina Sabato

**Responsabile del sito web** Elisabetta Marinai

### Direzione e Redazione

IGSG/CNR

Via dei Barucci, 20 • 50127 Firenze

tel. 055 43995 • fax 055 4399605 • [RivistaRIID@igsg.cnr.it](mailto:RivistaRIID@igsg.cnr.it) • [www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it](http://www.rivistaitalianadiinformaticaediritto.it)

**Direttore responsabile** Sebastiano Faro

Registrazione presso il Tribunale di Roma al n. 127/2019



Tutti i contenuti della Rivista sono liberamente disponibili, nei termini della licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale (CC BY-NC-SA 4.0)

# Indice



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, Ginevra Peruginelli*

- 7 **DEBORAH DE ANGELIS • SEBASTIANO FARO • GINEVRA PERUGINELLI**  
Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto fra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d'autore. Introduzione
- 9 **DEBORAH DE ANGELIS**  
Verso una regolamentazione sovranazionale dei diritti fondamentali alla ricerca, educazione e accesso alla cultura
- 17 **CHRISTOPHE GEIGER • BERND JUSTIN JÜTTE**  
Il diritto alla ricerca come garanzia di sostenibilità, innovazione e giustizia nel diritto d'autore dell'Unione europea
- 35 **ROBERTO CASO**  
Il diritto umano alla scienza e il diritto morale di aprire le pubblicazioni scientifiche. Open Access, "secondary publication right" ed eccezioni e limitazioni al diritto d'autore
- 47 **CATERINA SGANGA**  
Dall'armonizzazione alla frammentazione: obiettivi e fallimenti della Direttiva Copyright (2019/790/UE) in materia di ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale
- 67 **SALVATORE ORLANDO**  
Il diritto di *Text and Data Mining* (TDM) non esiste
- 83 **SARAH DOMINIQUE ORLANDI • CRISTINA MANASSE • ANNA MARIA MARRAS**  
Educazione museale e strategie Open Access
- 89 **IOLANDA PENSA**  
Lasciateci partecipare. Riutilizzo e disseminazione del sapere educativo, scientifico e culturale attraverso Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap
- 93 **GINEVRA PERUGINELLI • SEBASTIANO FARO**  
Il modello Diamond Open Access per la comunicazione scientifica accademica: contesto e iniziative in corso



105

**I CENTO ANNI DI PIERO FIORELLI**

127

**MASSIMO FARINA**

Intellectual property rights in the era of Italian “artificial” public decisions: time to collapse?

143

**PIER GIORGIO CHIARA**

Il *Cyber Resilience Act*: la proposta di regolamento della Commissione europea relativa a misure orizzontali di cybersicurezza per prodotti con elementi digitali

155

**ALESSANDRO TEDESCHI TOSCHI • GIAMPAOLO BERNI FERRETTI**

Il contrasto legislativo ai socialbot. Alcuni spunti per una riforma in Italia

177

**CARLO BOTRUGNO**

Tra *dataveillance* e *cybersecurity*: il *digital phenotyping* alla prova del regolamento UE 2016/679



191

**MANOLA CHERUBINI • FRANCESCO ROMANO • ANDREA BOLIOLI  
NAZARENO DE FRANCESCO • IRENE BENEDETTO**

La *summarization* di testi giuridici: una sperimentazione con GPT-3



205

**LORENZO NANNIPIERI**

Eterodirezione “algoritmica” negli appalti della logistica. Verso un quadro giurisprudenziale in mutamento



**Osservatorio su  
Intelligenza Artificiale e diritto**  
coordinato da Giancarlo Taddei Elmi

211

**GIANCARLO TADDEI ELMI • SOFIA MARCHIAFAVA**

Sviluppi recenti in tema di Intelligenza Artificiale e diritto: una rassegna di legislazione, giurisprudenza e dottrina (gennaio 2023)

215

**GIANCARLO TADDEI ELMI • SOFIA MARCHIAFAVA**

Sviluppi recenti in tema di Intelligenza Artificiale e diritto: una rassegna di legislazione, giurisprudenza e dottrina (aprile 2023)



221

**FRANCESCO STOCCHI**

Recensione a: Silvia Salardi, Michele Saporiti, Margareth Vetis Zaganelli (a cura di), *Diritti umani e tecnologie morali. Una prospettiva comparata tra Italia e Brasile*, Torino, Giappichelli, 2022



**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**



## Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto fra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d'autore. Introduzione

Deborah De Angelis • Sebastiano Faro • Ginevra Peruginelli

Questa sezione monografica della RIID propone alcune relazioni, opportunamente riviste ed arricchite di note e riferimenti, presentate il 6 maggio 2022 in occasione del [Convegno “Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale: un confronto tra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d'autore”](#), che si è svolto a Roma, presso la sede del CNR.

Il Convegno ha rappresentato un'occasione – davvero preziosa, per la qualità di tutte le relazioni presentate<sup>1</sup> – per riflettere sulla natura di quelli che riteniamo possano essere considerati come *diritti fondamentali* alla ricerca, all'educazione e all'accesso al patrimonio culturale, ponendoli in raffronto con la disciplina delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, che ne delimita e circoscrive i confini di esercizio a favore dei beneficiari.

Il diritto alla ricerca, allo studio, alla cultura sono oggetto di particolare attenzione, a livello internazionale, per la sentita necessità di adeguarne, in un quadro omogeneo, le modalità di esercizio all'ambiente digitale e transfrontaliero. Durante la recente pandemia è emerso, infatti, con forza, il repentino

passaggio di tali attività in ambiente digitale ed è chiaro ormai che l'apprendimento, la ricerca online, così come l'accesso alla riproduzione digitale del patrimonio culturale, manterranno un'intensa presenza in tale contesto. È, pertanto, crescente l'esigenza dell'adozione di una disciplina uniforme che ne consenta il pieno e armonizzato esercizio a livello internazionale. Con riferimento alla disciplina delle eccezioni e limitazioni, il sistema di diritto d'autore internazionale pattizio non ha ricevuto una revisione per un pieno e soddisfacente adeguamento al contesto digitale e transfrontaliero e, dunque, per la realizzazione di un effettivo accesso alla conoscenza nel mondo digitale. Solo una disciplina armonizzata a tale livello appare idonea a garantire l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali, come essenziale incentivo all'evoluzione sociale e al progresso della conoscenza.

Al vivace dibattito su questi temi offriamo adesso questi contributi, ringraziando gli autori che hanno accolto l'invito a pubblicare in questa sede le loro riflessioni, ed insieme a loro, anche tutti i relatori del Convegno del 6 maggio 2022.

---

D. De Angelis è avvocato cassazionista del Foro di Roma e direttrice del capitolo italiano di *Creative Commons*; S. Faro e G. Peruginelli sono, rispettivamente, dirigente di ricerca e primo ricercatore dell'IGSG-CNR.

Questo scritto è l'introduzione alla sezione monografica “Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto fra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d'autore” a cura degli stessi Autori.

<sup>1</sup>Le registrazioni video delle relazioni presentate al Convegno, organizzato dall'IGSG e dal Capitolo italiano di Creative Commons, sono disponibili nel [canale YouTube](#) dell'IGSG.









## Verso una regolamentazione sovranazionale dei diritti fondamentali alla ricerca, educazione e accesso alla cultura

Deborah De Angelis

Affinché i diritti fondamentali alla ricerca, all'educazione e all'accesso alla cultura possano essere esercitati a livello digitale e transfrontaliero, è necessario sensibilizzare un intervento legislativo a livello internazionale. La direttiva europea sul diritto d'autore nel mercato unico digitale facilita notevolmente l'esercizio di tali diritti attraverso l'introduzione di eccezioni obbligatorie che consentono attività importanti, come l'estrazione di testo e dati o l'insegnamento online in contesti transfrontalieri, ma è applicabile solo all'interno degli ordinamenti degli Stati membri e, a volte, in modo disarmonico. Ogni Stato ha, infatti, un grado di flessibilità nella ricezione che mina l'omogeneità della disciplina.

Diritti fondamentali – Diritto d'autore – Eccezioni e limitazioni – Ricerca – Educazione – Accesso al patrimonio culturale

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Un confronto della disciplina delle eccezioni e limitazioni nella legislazione in materia di diritto d'autore/copyright nei paesi di civil law e di common law – 3. Three-step test: lo strumento di armonizzazione internazionale – 4. Verso una regolamentazione internazionale delle eccezioni e limitazioni

### 1. Introduzione

La riflessione giuridica sulla natura dei diritti fondamentali alla ricerca<sup>1</sup>, all'educazione e all'accesso al patrimonio culturale<sup>2</sup> è oggetto di un ampio approfondimento a livello internazionale<sup>3</sup>, soprattutto in relazione all'esercizio di tali diritti nell'ambiente digitale e transfrontaliero<sup>4</sup>, che per poter operare efficacemente richiede un'armonizzazione a livello internazionale<sup>5</sup>. Considerato che le legislazioni in materia di protezione del diritto d'autore sono di natura territoriale, manca a livello sovranazionale un coordinamento per l'esercizio uniforme e non discriminato dei diritti fondamentali. Ciò anche in considerazione del fatto che il sistema di diritto d'autore internazionale pattizio<sup>6</sup> non ha nel tempo ricevuto una revisione per l'adeguamento delle eccezioni al contesto digitale

e transfrontaliero, ostacolando, in tal modo, l'accesso alla conoscenza nel mondo digitale.

L'esperienza europea, che di recente è passata da un modello di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore da adottare in modo facoltativo ad un set di eccezioni e limitazioni obbligatorie, è un primo passo a cui altri Stati non europei possono ispirarsi. È pur vero, però, che tale sistema non rappresenta la soluzione ottimale, poiché lo spazio di flessibilità lasciato ai legislatori nazionali può minare l'uniformità della disciplina, rischiando di incentivare la creazione di diversi *corpora* normativi a livello nazionale, come si è potuto constatare con l'implementazione, ad esempio, delle eccezioni per l'analisi di testo e di dati per fini di ricerca scientifica, per le attività didattiche digitali e transfrontaliere e per il principio a tutela del pubblico dominio<sup>7</sup>.

D. De Angelis è avvocato cassazionista del Foro di Roma e direttrice del capitolo italiano di *Creative Commons*.

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.



La necessità di una disciplina armonizzata a livello internazionale, per l'ambiente digitale e transfrontaliero, è sempre più sentita non potendosi più circoscrivere all'interno dei confini geografici l'effettivo e pieno esercizio dei diritti fondamentali dell'uomo, quale strumento volto allo sviluppo sociale, al progresso e alla diffusione della conoscenza<sup>8</sup>.

## 2. Un confronto della disciplina delle eccezioni e limitazioni nella legislazione in materia di diritto d'autore/copyright nei paesi di *civil law* e di *common law*

Nella legislazione che tutela il diritto d'autore/copyright<sup>9</sup>, il diritto fondamentale di libera manifestazione del pensiero e di informazione e il diritto alla ricerca, allo studio e all'accesso alla conoscenza trovano riconoscimento come "eccezioni o limitazioni" al diritto d'autore<sup>10</sup>.

Negli ordinamenti giuridici di *civil law*, la disciplina è indicata con la stessa formulazione di "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore per essere intesa come strumento di compressione dell'esclusività del diritto d'autore. Seppure la Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>11</sup> abbia utilizzato in diversi precedenti la terminologia di "diritti degli utenti", quali posizioni soggettive degne di tutela, sinora nessun legislatore ha implementato esplicitamente questa formulazione nella legge sul diritto d'autore<sup>12</sup> e vi è contrasto in dottrina sull'effettiva esistenza di un diritto dell'utente equiparato al diritto esclusivo del titolare del diritto d'autore<sup>13</sup>.

Il sistema di eccezioni e limitazioni<sup>14</sup> prevede fattispecie stabilite dalla legge in modo tassativo e non soggette ad interpretazione analogica. In particolare, le eccezioni consentono, a determinate condizioni, di utilizzare liberamente l'opera senza la necessità di ottenere la previa autorizzazione da parte dei titolari dei diritti o di pagare loro un compenso per l'uso. Le limitazioni, invece, consentono, a certe condizioni e determinate modalità, l'uso dell'opera subordinato al pagamento di un equo compenso a favore dei titolari dei diritti (c.d. licenza legale). In questo caso, quindi, il diritto esclusivo si trasforma per legge in un diritto alla remunerazione.

Se da una parte, la disciplina delle eccezioni e limitazioni ha il pregio di offrire certezza del diritto, dall'altra, non consente un adeguamento flessibile<sup>15</sup> alle esigenze dettate dall'incessante e repentina evoluzione della tecnologia, dei mezzi e dei contesti di sfruttamento delle opere.

Inoltre, seppure in ambito europeo la disciplina delle eccezioni e limitazioni<sup>16</sup> è regolata da direttive che intendono armonizzare le legislazioni degli Stati membri sul diritto d'autore, la flessibilità lasciata al legislatore nazionale nella fase di implementazione da tale strumento giuridico ha dato luce a variegata e in parte difformi previsioni giuridiche, a discapito della omogeneità della disciplina tanto auspicata. Tale frammentazione era prevedibile nel contesto della direttiva 29/2001/CE sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione<sup>17</sup>, ove le ipotesi di eccezioni e limitazioni previste avevano carattere facoltativo e, pertanto, si lasciava agli Stati membri la libertà di scelta del relativo recepimento delle stesse (tranne il caso dell'eccezione per c.d. copia tecnica<sup>18</sup> introdotta, invece, come obbligatoria).

Per adeguare la legislazione alle esigenze future e nell'ottica della creazione di un mercato unico digitale che garantisca l'assenza di distorsioni della concorrenza, il legislatore europeo ha adottato la direttiva 790/2019/UE sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale<sup>19</sup>, come strumento di ulteriore armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di diritto d'autore e di diritti connessi<sup>20</sup>. Con tale intento, le eccezioni e le limitazioni previste dalla normativa dell'Unione applicabili alla ricerca scientifica, all'innovazione, all'insegnamento e alla conservazione del patrimonio culturale sono state riesaminate alla luce dei nuovi utilizzi digitali, rivedendo tali fattispecie come obbligatorie. Alcune di tali eccezioni sono, altresì, protette da qualsiasi disposizione contrattuale adottata in contrasto, che sarebbe inapplicabile<sup>21</sup>.

Il legislatore europeo nella consapevolezza dell'attuale «incertezza giuridica quanto a taluni utilizzi, anche transfrontalieri, delle opere e altri materiali in ambiente digitale, sia per i titolari dei diritti che per gli utilizzatori» introduce eccezioni obbligatorie nel campo della ricerca, delle attività didattiche digitali transfrontaliere e dell'accesso al patrimonio culturale digitale in pubblico dominio<sup>22</sup>.

Le previsioni in materia di eccezioni e limitazioni obbligatorie della direttiva 790/2019/UE hanno delineato un quadro potenzialmente omogeneo di disciplina a livello territorialmente circoscritto nell'ambito della regione europea. Si assiste però ad un'implementazione in alcuni casi disomogenea nel recepimento delle eccezioni obbligatorie da parte degli Stati membri. Nonostante la Corte di giustizia abbia riconosciuto che quando gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione, in sede di recepimento debba essere raggiunto il livello di protezione dei diritti fondamentali previsto dalla Carta, indipendentemente dal margine di discrezionalità di cui gli Stati membri dispongono



in occasione del recepimento<sup>23</sup>, il frutto della flessibilità riservata ai legislatori nazionali nell'implementazione delle direttive, genera ulteriori stratificazioni e divergenze di disciplina. Dall'armonizzazione a livello europeo si approda alla frammentazione – a valle – delle implementazioni nazionali, consentita dalla flessibilità riconosciuta agli Stati membri nell'adozione delle direttive europee nei propri ordinamenti giuridici<sup>24</sup>.

Nei Paesi di *common law* per bilanciare gli interessi in campo tra i titolari dei diritti e la società civile si applica la dottrina del *fair use*<sup>25</sup> (ad esempio, in USA, Israele, Singapore) o *fair dealing*<sup>26</sup> (ad esempio, in UK, Australia, Canada), che consente all'autorità giudiziaria di valutare, caso per caso, attraverso l'analisi di quattro fattori se l'uso possa considerarsi legittimo o meno.

Il *fair use*<sup>27</sup> e il *fair dealing*<sup>28</sup> sono eccezioni a carattere generale applicabili a tutti i tipi di utenti e a tutte le tipologie di opere, e coprono quindi un'ampia gamma di attività e di finalità. Il *fair use* e il *fair dealing* rappresentano un modello flessibile, applicato caso per caso dai giudici, valutando una serie di criteri sanciti dalla legge o dalla giurisprudenza. Ciò significa che il *fair use* e il *fair dealing* possono essere adattati con ragionevole facilità ai progressi tecnologici e agli usi innovativi delle opere protette. Inoltre, essi, anche se con delle minime differenze, si basano sulla stessa metodologia e pertanto si rendono armonizzabili nelle varie giurisdizioni. Al contrario del sistema delle eccezioni e limitazioni, la flessibilità e l'ampia natura del *fair use* e del *fair dealing* rendono difficile predire l'interpretazione nel caso concreto e incerta la valutazione dei quattro fattori nella specifica fattispecie, non garantendo certezza giuridica.

Infine, alcuni di questi Paesi come, ad esempio, Canada, UK, Australia e Taiwan adottano un sistema ibrido che prevede un'elencazione tassativa di eccezioni e limitazioni, accompagnata da una valutazione di alcuni fattori.

Seppure, sostanzialmente, entrambe le tradizioni giuridiche in tema di eccezioni e limitazioni (*civil law* e *common law*) volgono verso lo stesso obiettivo, ossia quello del bilanciamento degli interessi dei titolari dei diritti e della collettività, le stesse si atteggiavano in modo differente, impedendo la previsione dello stesso risultato nell'analisi di uno specifico caso calato nei due diversi contesti giuridici<sup>29</sup>.

### 3. *Three-step test*: lo strumento di armonizzazione internazionale

L'unica armonizzazione internazionale nel campo dei diritti d'uso di opere dell'ingegno e di materiale protetto è il principio del *three-step test* ("test in tre

fasi"), previsto originariamente dalla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche e ripreso poi dai maggiori trattati internazionali e da alcune delle direttive europee in materia di diritto d'autore e diritti connessi<sup>30</sup>. Il test prevede tre requisiti per valutare se l'uso di un'opera protetta da diritto d'autore/copyright debba essere considerato legittimo: i diritti d'uso devono essere applicati solo in (i) alcuni casi speciali, (ii) che non siano in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera e (iii) che non pregiudichino irragionevolmente i legittimi interessi dei titolari dei diritti.

Il *three-step test* è, pertanto, l'unico strumento di armonizzazione a livello internazionale per mediare tra gli interessi dei titolari del diritto d'autore e della collettività nel sistema delle eccezioni e limitazioni. La direttiva 2001/29/CE<sup>31</sup>, in armonia con l'art. 9, comma 2 della Convenzione di Berna<sup>32</sup>, ha introdotto tale principio ai fini dell'analisi delle suddette tre condizioni per valutare, caso per caso, la liceità di un'eccezione o limitazione<sup>33</sup>.

La prima di queste condizioni, che riguarda "alcuni casi speciali", prevede che tali limitazioni al diritto d'autore debbano essere giustificate da precise e concrete circostanze eccezionali; il secondo elemento, invece, concerne il fatto che "una tale riproduzione non rechi danno al normale sfruttamento dell'opera", tutelando, in questo modo, il titolare dell'opera stessa; mentre il terzo e ultimo requisito stabilisce che la riproduzione di un'opera "non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore". Quest'ultimo punto, in particolare, consente il pagamento di una somma equa per compensare il diritto del titolare, nel caso in cui la riproduzione di un'opera non sia irrilevante<sup>34</sup>.

La vaghezza con la quale tali limiti di utilizzazione sono stati tracciati ha spesso provocato alcune critiche, proprio per la scarsità di elementi precisi di identificazione. Negli ultimi anni, inoltre, la tendenza da parte delle corti nazionali e internazionali è stata quella di ridurre sempre più i margini di operatività di tali eccezioni<sup>35</sup>.

Una linea orientativa per l'interpretazione corretta del principio del *three-step test*<sup>36</sup> suggerisce che la valutazione delle condizioni debba essere sempre contrapposta ad un'analisi complessiva e totale dei singoli step al fine di bilanciare i risultati. Le limitazioni e le eccezioni stabilite con il *three-step test*, d'altronde, non dovrebbero essere ritenute confliggenti con il normale sfruttamento di un'opera, se hanno lo scopo di bilanciare interessi concorrenti e meritevoli di tutela quale espressione dei diritti fondamentali dell'uomo.

Nonostante la sua importanza, il *three-step test*<sup>37</sup> è ancora insufficiente per raggiungere l'equilibrio di



EU, Cina	USA*, Singapore, Israele	UK, Canada, Australia, Taiwan
Eccezioni e limiti	<i>Fair Use Doctrine</i>	Modello ibrido
Elencazione tassativa di usi permessi	*USA: casi di eccezione specifici per il diritto di esecuzione pubblica (semi ibrido per ipotesi di insegnamento a distanza)	(Elencazione tassativa di usi + valutazione di determinati fattori)
Elencazione tassativa di usi consentiti dietro versamento di un equo compenso; - No applicazione analogica - Rigidità - Certezza	Uso per critica, commento, informazione, insegnamento, scuola o ricerca, non è in violazione del copyright (le Corti non usano dare molto peso a queste fattispecie) - Valutazione dei 4 fattori - Dottrina sempre in evoluzione per adattare gli usi consentiti alle nuove tecnologie - Flessibilità - Incertezza	Soluzione intermedia

Tabella 1: Panoramica dei sistemi di eccezioni e limitazioni adottati in alcuni Paesi del mondo

interessi e valori a cui dovrebbe mirare uno strumento di armonizzazione internazionale dei diritti degli utenti. Il test lascia spazio a diverse interpretazioni ed è inadeguato a garantire una soglia minima per i diritti degli utenti. È necessaria una riflessione più generale per individuare strumenti e modalità in grado di creare un ecosistema di diritti d'autore armonizzato a livello globale.

Nell'ottica dell'utilizzo digitale e transfrontaliero delle opere dell'ingegno in attività che consistono nell'esercizio delle libertà fondamentali, i ricercatori, gli studiosi, i creativi e, più in generale, la società civile non dovrebbero incontrare limitazioni e ostacoli dovuti alla differente regolamentazione nella gestione e/o partecipazione a progetti, corsi e collaborazioni internazionali.

#### 4. Verso una regolamentazione internazionale delle eccezioni e limitazioni

Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore sono da anni parte fondamentale dell'agenda del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi (Standing Committee on Copyright and Related Rights - SCCR) della Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale - OMPI. Dopo il successo dell'accordo del Trattato di Marrakech nel 2013, ora le discussioni continuano a concentrarsi sulle eccezioni per le biblioteche, gli archivi, i musei, le istituzioni educative e di ricerca e le persone con altre disabilità.

Nel 2012, l'Assemblea Generale dell'OMPI aveva richiesto al Comitato permanente di continuare a promuovere le discussioni sull'armonizzazione delle eccezioni e limitazioni al fine dell'adozione di uno strumen-

to internazionale appropriato di natura legale o meno, sotto forma di *model law* (ossia una legge uniforme contenente una serie di proposte di legge relative a un argomento specifico, che gli Stati possono scegliere di adottare o rifiutare, in tutto o in parte) oppure sotto forma di raccomandazione congiunta, o di trattato o altra forma documentale, per la definizione di uno strumento volto ad assistere gli Stati nell'attuazione delle disposizioni contenute nel protocollo.

Nella 40<sup>a</sup> sessione del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi, il Report del Segretariato (SCCR/40/2)<sup>38</sup> ha commentato un anno di studi e di considerevoli accordi tra gli Stati membri per assicurare che sia autorizzata un'eccezione o limitazione al diritto d'autore per biblioteche, archivi, musei, per educazione e ricerca, con riferimento alla conservazione, riproduzione e accesso alle opere e per promuovere l'adeguamento delle eccezioni per le attività di insegnamento, apprendimento e ricerca, in ambiente digitale e transfrontaliero.

In questa direzione, in occasione dell'ultima 42<sup>a</sup> sessione del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi, tenutasi nel maggio del 2022, il Gruppo africano ha proposto un programma di lavoro (SCCR/42/4)<sup>39</sup> per la realizzazione di una bozza di Trattato WIPO sulle "Eccezioni e Limitazioni" per persone con disabilità, istituti di ricerca e di educazione, biblioteche, archivi e musei (incluso l'utilizzo di materiale oggetto di conservazione transfrontaliera), nella convinzione che il predetto Comitato debba continuare il proprio lavoro per l'adeguamento di un giusto e bilanciato sistema di diritto d'autore/copyright a supporto della creatività e dell'interesse pubblico all'innovazione e al progresso, così per la protezione, in ambiente digitale, del diritto all'educazione, alla



ricerca e accesso al patrimonio culturale. Inoltre, con riferimento al problema della legge applicabile agli utilizzi transfrontalieri come nel caso di un corso di studio con studenti situati in paesi differenti, si ritiene necessario continuare la discussione attraverso l'audizione di esperti, prendendo in considerazione la proposta dell'Argentina (SCCR/33/4 del 2016)<sup>40</sup> sull'implementazione di eccezioni e limitazioni per biblioteche, archivi, istituti di istruzione e di tutela del patrimonio culturale e per persone con disabilità, in cui si confermava l'assunto della non esistente contraddizione tra gli obiettivi di tutela della proprietà intellettuale e il pieno sviluppo della persona umana, avendo particolare riguardo ai principi di non discriminazione, pari opportunità, accessibilità e piena partecipazione alla società (così come enucleati nell'art. 7 dell'accordo TRIPS). Nel contempo, nella predetta proposta si sosteneva un'armonizzazione globale della legislazione attraverso standard minimi (principio di uniformità) e l'adozione di regole di coordinamento (principio di coordinamento), nonché l'adozione sia del modello di finzione legale adottato dall'art. 5 della direttiva 2019/790/UE (ove l'utilizzo di opere e altri materiali per la sola finalità illustrativa ad uso didattico tramite ambienti elettronici sicuri è considerato avente luogo esclusivamente nello Stato membro in cui ha sede l'istituto di istruzione), sia degli altri modelli proposti dagli Stati membri. Infine, nel documento si richiedeva che le eccezioni e limitazioni fossero tutelate da qualunque disposizione contrattuale contraria.

La proposta di programma di lavoro del Gruppo africano pur avendo fornito importanti suggerimenti per l'armonizzazione globale delle diverse legislazioni e la creazione di un sistema internazionale per proteggere le esigenze del settore GLAM (gallerie, biblioteche, archivi e musei) e delle persone con altre disabilità, non è stata approvata nella sua completezza, a causa dell'opposizione dell'Unione europea e di altri Paesi del nord del mondo. Grazie all'intenso e proficuo lavoro svolto dalla coalizione della società civile, il Comitato ha approvato due azioni riguardanti le eccezioni e le limitazioni contenute nella proposta del Gruppo africano, incoraggiando gli Stati membri a continuare a negoziare la proposta e a discuterla nuovamente alla prossima riunione del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi. Le azioni da intraprendere consistono: 1) nell'invito di esperti per discutere in merito alle problematiche relative alla legge applicabile in caso di uso transfrontaliero di opere protette dal diritto d'autore, in base ad un approccio basato su casi di studio (nel caso di implicazioni transfrontaliere di un corso di istruzione online con studenti situati in più Paesi, o nel caso di una collaborazione tra ricercatori situati in Paesi diversi); 2) sulla base dei

lavori svolti dall'OMPI, l'implementazione di processi di consultazione inclusivi e trasparenti per lo sviluppo di strumenti per la realizzazione di programmi mirati di assistenza tecnica per accompagnare gli Stati membri a promulgare leggi e politiche a sostegno dell'istruzione, della ricerca, della conservazione del patrimonio culturale e della partecipazione culturale<sup>41</sup>.

In conclusione, in un'ottica di regolamentazione non più strettamente ancorata ai confini nazionali, la frammentazione giuridica rischia di minare l'efficacia stessa delle attività di educazione e ricerca, impattando negativamente sui diritti fondamentali dell'uomo e di conseguenza sulla tutela della creatività, dell'innovazione e del progresso.

Al fine di garantire l'esercizio dei diritti fondamentali, come la libertà di espressione e di informazione, le attività di apprendimento e di ricerca e di accesso alla cultura, come forma di incentivo per l'innovazione e il progresso sociale e culturale, è necessaria l'introduzione, a livello internazionale, di una soglia obbligatoria minima, accompagnata da una effettiva protezione a livello nazionale, nel perseguimento dell'intento di armonizzazione globale. Non si può prescindere da una disciplina quanto più uniforme per eliminare l'incertezza nell'applicazione delle eccezioni e limitazioni nei settori dell'educazione, ricerca e accesso al patrimonio culturale, che racchiudono un numero sempre crescente di attività svolte in ambiente digitale e transfrontaliero.

## Note

<sup>1</sup>Per una proposta di costituzionalizzazione all'interno della Carta europea dei diritti dell'uomo del diritto alla ricerca, si rinvia a C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *The Right to Research as Guarantor for Sustainability, Innovation and Justice in EU Copyright Law*, in T.E. Pihlajarinne, J. Mähönen, P. Upreti (eds.), "Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World: An Integrated Framework of Sustainability, Innovation and Global Justice", Edward Elgar Publishing, 2022 (trad. it.: C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Il diritto alla ricerca come garanzia di sostenibilità, innovazione e giustizia nel diritto d'autore dell'Unione europea*, a cura di Deborah De Angelis e Laura Sinigaglia, in questo numero della *Rivista*).

<sup>2</sup>Il patrimonio culturale inteso quale eredità culturale di un popolo, così come definito dalla [Convenzione di Faro](#) del 27 ottobre 2005.

<sup>3</sup>A. HOUANG, *Creative Commons Copyright Platform Working Group on User Rights' Position Paper*, 30 October 2021. Il report finale del working group propone che le leggi sul diritto d'autore proteggano almeno gli usi che favoriscono la libertà di espressione e di informazione, come la citazione, la critica, la recensione, la parodia, il *pastiche* e la caricatura, nonché gli usi che promuovono obiettivi sociali e culturali, come l'istruzione e la ricerca, le attività di interesse pubblico gestite da biblioteche, archivi e musei e gli usi a beneficio delle persone con disabilità. Questi usi sono parte integrante del diritto d'autore e devono essere protetti come diritti, piuttosto che come eccezioni o limitazioni al diritto d'autore. Sulla base di questa concezione,



nel documento ci si riferisce ad essi come “diritti degli utenti”, nonostante la formulazione tradizionalmente adottata di “eccezioni e limitazioni”; C. GEIGER, *Fundamental Rights as Common Principles of European Intellectual Property Law*, in A. Ohly (ed.), “Common Principles of European Intellectual Property Law”, 2012, p. 223 ss., spec. p. 232 ss.; P. BERNT HUGENHOLTZ, R.L. OKEDIJI, *Conceiving an International Instrument on limitations and exceptions to copyright*, final report, 6 marzo 2008, p. 49, ove gli autori sostengono un nuovo strumento internazionale sulle eccezioni e limitazioni che possa offrire un’opportunità unica per coordinare, armonizzare e bilanciare gli elevati (e nuovi) standard di protezione stabiliti nelle successive revisioni della Convenzione di Berna, nell’Accordo TRIPS e nei Trattati Internet dell’OMPI. Propongono, quindi, un intervento di *soft law*, sotto forma di un’iniziativa congiunta tra l’OMPI (Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale) e l’OMC (Organizzazione mondiale del commercio) come espressione ideale e appropriata per la creazione di uno strumento internazionale. In alternativa, anche una raccomandazione congiunta del Comitato permanente per il diritto d’autore e i diritti connessi (SCCRR) dell’OMPI potrebbe analogamente costituire un importante contributo allo sviluppo di una coerenza nel diritto internazionale in materia di eccezioni e limitazioni.

<sup>4</sup>Per una disamina internazionale con specifico riguardo al diritto alla ricerca, si rinvia a S. FLYNN, M. PALMEDO, A. IZQUIERDO, *Research Exceptions in Comparative Copyright Law*, PIJIP/TLS Research Paper Series n. 72, 2021. Gli autori dimostrano che ogni legge sul diritto d’autore nel mondo prevede almeno un’eccezione per promuovere gli usi di ricerca delle opere protette dal diritto d’autore, ma che tali eccezioni variano notevolmente da un Paese all’altro.

<sup>5</sup>L’attività della coalizione internazionale *Access to Knowledge* (A2K) sostiene, ad esempio, l’adozione di un sistema internazionale di copyright equo ed equilibrato che sia alla base dei principi sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti umani. Nel sito di A2K sono pubblicate le mappe aggiornate della particolare disciplina adottata da ciascuno Stato per l’accesso alla ricerca, allo studio e al patrimonio culturale.

<sup>6</sup>La Convenzione di Berna per la protezione della proprietà letteraria e artistica, i Trattati TRIPS, il Trattato WIPO sul diritto d’autore (WTC).

<sup>7</sup>Per una panoramica sull’implementazione italiana delle eccezioni obbligatorie al diritto d’autore, introdotte dalla direttiva 2019/790/EU sul diritto d’autore nel mercato unico digitale, si rinvia a D. DE ANGELIS, *Un’analisi della ricezione italiana delle eccezioni e limitazioni obbligatorie introdotte dalla Direttiva 2019/790/UE sul diritto d’autore digitale*, in corso di pubblicazione sulla “Rivista di diritto d’autore” (IDA), 2022, n. 4.

<sup>8</sup>R.M. HILTY, V. MOSCON, *A Proposal for an International Agreement: The International Instrument to Permitted Uses in Copyright Law*, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 19 March 2021. L’accordo propone di definire le eccezioni e limitazioni come “usi consentiti” e di adottare un accordo internazionale che obblighi le future parti contraenti ad implementare usi minimi consentiti per favorire l’equilibrio degli interessi nella legge sul diritto d’autore, con l’intento di generare un’armonizzazione internazionale degli usi consentiti. Si ritiene che l’esistenza di un obbligo internazionale di adottare usi minimi consentiti potrebbe facilitare la cooperazione tra i Paesi, aiutandoli a far valere i loro interessi comuni su un piano di parità con i gruppi di Paesi che impongono standard di protezione più elevati nei negoziati internazionali. Lo strumento è composto da tre parti (A. Usi consentiti; B. Principi generali di attuazione; C. Concorrenza; abuso) ed è accompagnato da note esplicative che chiariscono lo scopo e il significato dello strumento stesso e delle sue disposizioni, R.M. HILTY, K. KÖKLÜ, V. MOSCON et al., *International Instru-*

*ment on Permitted Uses in Copyright Law and Explanatory Notes*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper n. 21-06, 26 January 2021.

<sup>9</sup>Per una definizione di diritto d’autore/copyright, si rinvia per sinteticità a S.D. ORLANDI, A.M. MARRAS, D. DE ANGELO et al., *FAQ Diritto d’autore, copyright e licenze aperte per la cultura nel web, 100 domande e risposte per musei, archivi e biblioteche*, Digital Cultural Heritage ICOM Italia, 2021.

<sup>10</sup>A partire dalla direttiva 29/2001/CE, le fattispecie che disciplinano l’esercizio dei diritti fondamentali, da considerare alla stregua di diritti degli utenti, sono denominate “eccezioni e limitazioni” al diritto d’autore, in sostituzione della precedente locuzione già adottata dalla legge n. 633 del 1941 di “libere utilizzazioni”.

<sup>11</sup>Tra le altre, nella sentenza della Corte (Grande Sezione) del 29 luglio 2019, *Spiegel Online GmbH contro Volker Beck*, si stabilisce che spetta parimenti agli Stati membri, nell’ambito di tale attuazione, salvaguardare l’effetto utile delle eccezioni e delle limitazioni così stabilite e rispettarne la finalità (v., in tal senso, sentenze del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 163, nonché del 3 settembre 2014, *Deckmyn e Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, punto 23), e ciò al fine di mantenere un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti, come enunciato dal considerando 31 della direttiva 2001/29/CE.

<sup>12</sup>R.M. HILTY, V. MOSCON, *A Proposal for an International Agreement*, cit.

<sup>13</sup>F. MEZZANOTTE, *Le “eccezioni e limitazioni” al diritto d’autore UE* (parte II: *Le libere utilizzazioni nell’ambiente digitale*), in “AIDA”, 2017, p. 300 ss.; M. BORGHI, *Exception as user’s rights in EU copyright law*, CIPPJ Jean Monnet Working papers n. 06/2020; A. DRASSINOWER, *Exceptions Properly So-Called*, in Y. Gendreau, A. Drassinower (eds.), “Langues et droit d’auteur / Language and Copyright”, Carswell, 2009; e, con riferimento, al diritto d’autore europeo delle eccezioni, J. PILA, P. TORREMANS, *European Intellectual Property Law*, Oxford University Press, pp. 341-342.

<sup>14</sup>M. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in “AIDA”, 1996, p. 155 ss; T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni al diritto d’autore in Internet*, in “Giurisprudenza italiana”, 2011, n. 8-9, pp. 1959-1968.

<sup>15</sup>Con riferimento all’eccezione relativa alla realizzazione di copie temporanee (o cache) di cui all’articolo 5, par. 1, della direttiva 2001/29/CE, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha ribadito il principio per cui le norme in materia di libere utilizzazioni di cui alla direttiva 2001/29/CE hanno carattere eccezionale e, in quanto tali, devono costituire oggetto di stretta interpretazione (per tutte si veda, CGUE 17 gennaio 2012, C-302/10, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, par. 27).

<sup>16</sup>Direttiva 91/250/CE (programmi per elaboratore), direttiva 96/9/CE (banche dati), direttiva 2001/29/CE (sul diritto d’autore e i diritti connessi nella società dell’informazione), direttiva 2019/790/UE (sul diritto d’autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale).

<sup>17</sup>Direttiva 2001/29/CE.

<sup>18</sup>Art. 5, par. 1, direttiva 2001/29/CE.

<sup>19</sup>Direttiva 2019/790/UE.

<sup>20</sup>Cfr. considerando 1, direttiva 2019/790/UE.

<sup>21</sup>Cfr. art. 7, direttiva 2019/790/UE.

<sup>22</sup>Cfr. considerando 3 e 53 e art. 24, dir. 2019/790/UE. Nell’ottica della creazione di un pubblico dominio europeo, la direttiva in commento, contiene altresì una disposizione per facilitare l’utilizzo di contenuti in pubblico dominio che, seppur non ontologicamente definibile alla stregua di un’eccezione, stabilisce un principio di diritto non derogabile. Gli Stati membri



infatti “provvedono” a non applicare il diritto d’autore o i diritti connessi alle riproduzioni fedeli delle opere delle arti visive in pubblico dominio, in quanto «le differenze tra le legislazioni nazionali in materia di diritto d’autore che disciplinano la protezione di tali riproduzioni causano incertezza giuridica e incidono sulla diffusione transfrontaliera delle opere delle arti visive di dominio pubblico».

<sup>23</sup>Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 29 luglio 2019, *Spiegel Online GmbH c. Volker Beck*.

<sup>24</sup>Ampliamente, C. SGANGA, *Dall’armonizzazione alla frammentazione: obiettivi e fallimenti della direttiva Copyright (2019/790/UE) in materia di ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale*, su questo numero della *Rivista*.

<sup>25</sup>W.F. PATRY, S. PERLMUTTER, *Fair use misconstrued: profit, presumptions, and parody* in “Cardozo Arts and Entertainment Law Journal”, vol. 11, 1993, n. 3, pp. 667-719, a p. 675.

<sup>26</sup>R. PRASHANT, *Fair Dealing Limitation to Copyright*, in “Global Journal of Multidisciplinary Studies”, vol. 6, 2017, n. 7.

<sup>27</sup>*USA Copyright Law*, Sect. 107.

<sup>28</sup>*UK Copyright, Designs and Patents*, Sect. 29 e 30.

<sup>29</sup>Propongono l’applicazione del sistema del *fair use* in Europa con l’idea di introdurre una maggiore flessibilità al sistema di eccezioni e limitazioni, ampiamente, P.B. HUGENHOLTZ, M. SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, 14 November 2011.

<sup>30</sup>Sono fonti internazionali del *three-step test*: Art. 9 (2) *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (1886); Art. 13, Art. 17, Art. 26 e Art. 30 *TRIPs Agreement (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)*; Art. 6 *WIPO Copyright Treaty (WCT)*; Art. 16 *WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT)*; Art. 6(3) Direttiva 91/250/CEE (software); Art. 6(3) Direttiva 96/9/CE (banche dati); Art. 5(5) Direttiva 2001/29/CE (InfoSoc); Art. 7(2) Direttiva (UE) 2019/790 (protezione del diritto d’autore nel mercato unico digitale).

<sup>31</sup>Art. 5(5), direttiva 2001/29/CE.

<sup>32</sup>L’Art. 9 CUB stabilisce che «è riservata alle legislazioni dei Paesi dell’Unione la facoltà di permettere la riproduzione delle predette opere in taluni casi speciali, purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell’opera e non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell’autore».

<sup>33</sup>L’art. 71-*nonies*, l. 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d’autore e i diritti connessi, come introdotto dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68 che ha recepito in Italia la Dir. 29/2001/CE, riserva specificatamente l’applicazione del suddetto principio alle

eccezioni e limitazioni applicabili alla messa a disposizione di opere dell’ingegno sul web.

<sup>34</sup>P. GOLDSTEIN, *International Copyright. Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, 2001, p. 296.

<sup>35</sup>Un esempio interessante a proposito di applicazione del *three-step test* è quello riguardante il caso *Mulholland Drive* (Cour de Cassation 28 février 2006): nel 2004, infatti, un acquirente del dvd del celebre film di David Lynch aveva fatto causa ai distributori dell’opera (Films Alain Sarde, Studio Canal e Universal) dato che, pur avendo legalmente acquistato il supporto, non era riuscito a farne una copia privata a causa delle protezioni digitali (DRM) del dvd. La Corte di Cassazione francese, tuttavia, ha stabilito che ciò che l’acquirente reclamava, la possibilità di effettuare una copia, non era un suo diritto ma bensì solamente un’eccezione lecita al principio che vieta la copia di un’opera. Come tale, la questione non poteva rappresentare il *petitum* in un procedimento giudiziario, ma sarebbe potuta essere utilizzata solo come difesa.

<sup>36</sup>R.M. HILTY, *Declaration on the “Three-Step Test”: Where do we go from here?*, in “Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law”, vol. 83, 2010, n. 1, par. 1, per una bilanciata interpretazione del principio.

<sup>37</sup>Per una disamina del *three-step test* in relazione ai trattati WIPO, si veda R. WRIGHT, *The “Three-Step Test” and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation*, in “The Journal of World Intellectual Property”, vol. 12, 2009, n. 6; con una panoramica al contesto del diritto d’autore europeo, M. SENFTLEBEN, *Copyright, limitations and the three-step test: an analysis of the three-step test in international and EC copyright law*, Kluwer Law International, 2004 e J. GRIFFITHS, *The ‘Three-Step Test’ in European Copyright Law - Problems and Solutions*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 31/2009.

<sup>38</sup>STANDING COMMITTEE ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, *Report on Regional Seminars and International Conference on Limitations and Exceptions*, September 2020.

<sup>39</sup>STANDING COMMITTEE ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, *Proposal by the African Group for a Draft work Program on Exceptions and Limitations*, March 2022.

<sup>40</sup>STANDING COMMITTEE ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, *Proposal Concerning Limitations and Exceptions for Libraries and Archives and Limitations and Exceptions for Educational and Research Institutions and for Persons with other Disabilities*, November 2016.

<sup>41</sup>D. DE ANGELIS, *Exceptions and limitation to copyright in the agenda at SCCR 42 WIPO*, in “InfoJustice”, May 24, 2022.

\* \* \*

## Towards a supranational regulation of fundamental rights to research, education, and access to culture

**Abstract:** It is necessary to raise awareness of the need for legislative action at the international level to ensure that fundamental rights to research, education, and access to culture are exercised across borders. The European Directive on Copyright in the Digital Single Market greatly facilitates the exercise of these rights by introducing mandatory exceptions that allow for essential activities, such as text and data mining or online teaching in cross-border contexts. These exceptions and limitations apply only within the member States’ legal systems, and the national implementations are diversified due to the flexibility granted to any national legislators. Indeed, each state has a degree of flexibility in reception that undermines the homogeneity of the discipline.

**Keywords:** Fundamental rights – Copyright – Exceptions and limitations – Research – Education – Access to cultural heritage





## Il diritto alla ricerca come garanzia di sostenibilità, innovazione e giustizia nel diritto d'autore dell'Unione europea

Christophe Geiger • Bernd Justin Jütte

La ricerca è essenziale per il progresso scientifico, culturale e sociale e sarà fondamentale per la ripresa economica e sociale nel mondo post-pandemico. Le restrizioni all'accesso e all'uso delle informazioni contenute nelle opere protette dal diritto d'autore, tuttavia, possono costituire un ostacolo significativo allo svolgimento delle attività di ricerca in modo efficiente, soprattutto perché i moderni metodi di ricerca si basano sull'accesso, l'archiviazione e l'elaborazione di grandi quantità di dati digitalizzati. L'ambiente digitale e il suo enorme potenziale per consentire nuove forme di ricerca hanno accentuato l'urgenza di affrontare la questione da una prospettiva costituzionale, in un ambito definibile quale "costituzionalismo digitale". In questo articolo si sostiene che un "diritto alla ricerca" derivato dalla legislazione internazionale ed europea in materia di diritti umani e fondamentali possa svolgere un ruolo importante in futuro per eliminare le barriere derivanti dal diritto d'autore alle attività di ricerca e per promuovere l'adozione di legislazioni sul diritto d'autore più sostenibili e favorevoli alla ricerca nell'Unione europea.

Diritto d'autore – Diritti fondamentali – Diritto alla ricerca – Sostenibilità – Innovazione

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Finalità convergenti tra diritto d'autore, obiettivi europei e politiche di ricerca – 2.1. La ricerca nella politica dell'UE – 2.2. La ricerca nella politica dell'UE in materia di diritto d'autore – 3. Ostacoli del diritto d'autore alla ricerca – 3.1. Eccezioni e limitazioni generali per la ricerca nella legislazione sul diritto d'autore dell'UE – 3.2. Estrazione di testo e dati – 3.3. Il diritto sulle banche dati – 4. Fondamenti e ratio del diritto alla ricerca – 4.1. Basi internazionali del diritto alla ricerca – 4.2. Un diritto alla ricerca radicato negli strumenti europei relativi ai diritti fondamentali – 4.3. Un diritto alla ricerca radicato negli obiettivi dei trattati UE: sostenibilità, progresso scientifico ed economia sociale di mercato – 5. Attuare il diritto alla ricerca eliminando le barriere del diritto d'autore – 6. Conclusioni

### 1. Introduzione

Il diritto d'autore e la ricerca non sono antitetici l'uno all'altro, anzi. Il diritto d'autore moderno è stato concepito per incentivare la creatività, proteggere gli inte-

ressi morali e materiali dei creatori<sup>1</sup> e «promuovere il progresso delle scienze e delle arti»<sup>2</sup>. La ricerca è fondamentale per il raggiungimento di questi obiettivi ed è essenziale per riscoprire, sistematizzare e analizzare le opere e le informazioni esistenti per generare nuove

C. Geiger è professore di Diritto presso l'Università Luiss Guido Carli di Roma; B.J. Jütte è professore associato di Diritto della proprietà intellettuale presso lo University College Dublin Sutherland School of Law e ricercatore senior presso la Facoltà di Giurisprudenza della Vytautas Magnus University (Lituania).

La versione originale in lingua inglese *The Right to Research as Guarantor for Sustainability, Innovation and Justice in EU Copyright Law* è in corso di pubblicazione in T.E. Pihlajarinne, J. Mähönen, P. Upreti (eds.), "Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World: An Integrated Framework of Sustainability, Innovation and Global Justice", Edward Elgar Publishing. Traduzione italiana a cura di Deborah De Angelis e Laura Sinigaglia.

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.



intuizioni e conoscenze. La ricerca è fondamentale anche per realizzare il mercato interno dell'Unione europea e gli obiettivi principali dell'UE, che «si adoperano per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico»<sup>3</sup>.

L'accesso alle opere protette dal diritto d'autore è un presupposto imprescindibile per la creatività e l'innovazione scientifica e tecnologica. Questo aspetto è al centro del diritto d'autore e della sua funzione sociale: i diritti sono concessi, tra l'altro, perché la nuova creatività induca il progresso e la ricchezza collettiva<sup>4</sup>. Gli autori sono protetti – in larga misura – perché le opere da loro create vadano a beneficio della società. Negli ultimi decenni, tuttavia, il paradigma principale del diritto d'autore nell'Unione europea si è spostato verso un quadro giuridico piuttosto restrittivo che privilegia “un alto livello di protezione” per i titolari dei diritti rispetto a un quadro giuridico favorevole alla ricerca<sup>5</sup>. Mentre l'innovazione e la sostenibilità sono stati un tema costante nelle discussioni politiche<sup>6</sup>, il processo di ricerca e la sua inevitabile dipendenza dalle opere scientifiche, letterarie e artistiche e dai dati della ricerca non hanno avuto un ruolo significativo nelle riforme del diritto d'autore nell'UE, ad eccezione forse della recente introduzione di eccezioni al diritto d'autore per l'analisi di testo e di dati (*Text and Data Mining - TDM*), che sono tuttavia di portata ed efficacia limitate<sup>7</sup>. I recenti sviluppi non riflettono la complessa interazione tra la ricerca, o la scienza in generale, e il diritto d'autore<sup>8</sup>. Da un lato, i risultati della ricerca, sotto forma di pubblicazione o database, sono tutelati; dall'altro, fare ricerca è possibile solo accedendo e utilizzando la ricerca o i dati esistenti. In particolar modo, la ricerca collaborativa transfrontaliera richiede lo scambio e l'accesso condiviso ai risultati e ai prodotti della ricerca. La legge sul diritto d'autore, se non ben concepita, può costituire un ostacolo all'efficace esecuzione della ricerca e allo sfruttamento delle opportunità offerte dalle tecnologie digitali per la ricerca<sup>9</sup>.

Allo stesso tempo, il diritto d'autore ha subito un processo di “costituzionalizzazione” che ha visto i diritti fondamentali assumere un ruolo sempre più importante nell'interpretazione e applicazione delle norme sul diritto d'autore<sup>10</sup>. Ciò ha portato al crescente riconoscimento di una moltitudine di valori in competizione tra loro da prendere in considerazione nel processo di creazione delle leggi e di interpretazione delle leggi esistenti, ed ha contribuito all'emergere di un quadro

etico per l'innovazione basato sui diritti fondamentali nel contesto della proprietà intellettuale<sup>11</sup>.

Sullo sfondo della costituzionalizzazione del diritto d'autore, il tassello mancante per trasformare l'attuale legislazione europea sul diritto d'autore in un quadro giuridico permissivo e abilitante, piuttosto che restrittivo, per la ricerca, è un diritto costituzionalmente garantito a svolgere e condividere la ricerca. L'ambiente digitale e il suo enorme potenziale per la realizzazione di nuove forme di ricerca hanno ulteriormente accentuato l'urgenza di affrontare la questione da una prospettiva costituzionale, dal punto di vista di ciò che è stato definito “costituzionalismo digitale”<sup>12</sup>. È possibile costruire la sostanza di un “diritto alla ricerca” a partire dai diritti fondamentali esistenti e dai principi fondanti generali del diritto dell'UE<sup>13</sup>. Tale diritto può svolgere un ruolo vitale nel bilanciare gli interessi presenti nella legge sul diritto d'autore e fungere da fattore abilitante per l'innovazione, la sostenibilità e il benessere a livello europeo e globale<sup>14</sup>. In questo spirito, l'essenza del diritto alla ricerca può essere vista come un'espressione concreta di un diritto che modella e aiuta a interpretare la legge sul diritto d'autore allo scopo di consentire l'accesso e la diffusione delle informazioni necessarie, sostenendo così gli sforzi per creare un ambiente che favorisca la sostenibilità e l'innovazione in diversi contesti di ricerca.

## 2. Finalità convergenti tra diritto d'autore, obiettivi europei e politiche di ricerca

Il titolo XIX del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)<sup>15</sup>, dedicato alla “Ricerca e sviluppo tecnologico e spazio”, afferma che l'UE persegue la realizzazione di uno «spazio europeo della ricerca nel quale i ricercatori, le *conoscenze scientifiche* e le tecnologie circolino liberamente»<sup>16</sup> (art. 179). Il Titolo XIX concretizza l'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE)<sup>17</sup> che, al terzo paragrafo, afferma che l'UE «promuove il progresso scientifico e tecnologico». Quest'ultimo obiettivo deve essere letto nel contesto dell'articolo 3 del TUE e dell'articolo 4 del TFUE, che definiscono gli obiettivi e le aspirazioni generali dell'Unione. Nella struttura sistematica dell'articolo 3 del TUE, il paragrafo 3 è dedicato al mercato interno, che si basa, tra l'altro, sui principi dello «sviluppo sostenibile [...] e di un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente». In questo contesto, il concetto di sostenibilità è inteso come promozione dello sviluppo economico e della competitività, valorizzando al contempo la protezione e la tutela della natura e della società<sup>18</sup>.



L'articolo 4, paragrafo 3, del TFUE conferisce all'UE la competenza ad agire nei settori della "ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio"<sup>19</sup>.

I Trattati non mostrano a tal fine un legame diretto tra il diritto d'autore, o la proprietà intellettuale, e gli obiettivi a cui gli stessi aspirano negli articoli 3 del TUE e 4 del TFUE. Tuttavia, la legislazione secondaria sul diritto d'autore riflette alcune di queste aspirazioni. Le due direttive centrali europee sul diritto d'autore, la Direttiva sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione (direttiva InfoSoc)<sup>20</sup> e la Direttiva sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale (direttiva CDSM)<sup>21</sup>, mirano principalmente a eliminare le barriere nel mercato interno e ad evitare la distorsione della concorrenza tra gli Stati membri, creando rispettivamente un quadro giuridico armonizzato per il diritto d'autore nella società dell'informazione<sup>22</sup> e nel mercato unico digitale<sup>23</sup>. Ma si suppone che questi strumenti siano anche fattori che favoriscano e stimolino «l'innovazione, la creatività e gli investimenti»<sup>24</sup>. La direttiva CDSM riconosce che «nei settori della ricerca, dell'innovazione, dell'istruzione e della conservazione del patrimonio culturale, le tecnologie digitali consentono nuovi tipi di utilizzi che non sono chiaramente contemplati dalle vigenti norme dell'Unione sulle eccezioni e sulle limitazioni»<sup>25</sup>. Vent'anni prima, la direttiva InfoSoc aveva già notato che l'armonizzazione delle norme sul diritto d'autore può «promuovere notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, [...] e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea, [...] in numerosi settori industriali e culturali»<sup>26</sup>. La direttiva CDSM nei suoi considerando afferma che la promozione della ricerca attraverso il diritto d'autore avviene attenuando un «livello elevato di protezione»<sup>27</sup> per i titolari dei diritti e con eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi dei titolari. Per quanto riguarda le tecnologie di estrazione di testo e dati, il legame tra ricerca e diritto d'autore è più esplicito. Il considerando 8 della direttiva CDSM afferma a questo proposito che «le nuove tecnologie consentono un'analisi computazionale automatizzata delle informazioni in formato digitale, quali testi, suoni, immagini o dati, generalmente nota come estrazione di testo e di dati. L'estrazione di testo e di dati permette l'elaborazione di un gran numero di informazioni ai fini dell'acquisizione di nuove conoscenze e della rilevazione di nuove tendenze [...] è ampiamente riconosciuto che le tecnologie di estrazione di testo e di dati possono arrecare beneficio in particolare alla comunità di ricerca e, in tal modo, sostenere l'innovazione»<sup>28</sup>. Poiché l'equilibrio tra queste pietre miliari del diritto d'autore, non solo in relazione alle attività

di ricerca, è stato spesso criticato<sup>29</sup>, vale la pena esaminare più in dettaglio come il diritto d'autore possa servire a creare e mantenere un quadro giuridico favorevole alla ricerca, e in che misura queste opportunità siano affrontate nelle politiche di ricerca e di diritto d'autore dell'UE. Dimostrando il proprio impegno a facilitare la ricerca attraverso la legge sul diritto d'autore, sostenuta da un diritto fondamentale alla ricerca, l'UE potrebbe aprire la strada a una ripresa economica post-pandemia e a un futuro sostenibile e giusto in Europa e nel mondo.

## 2.1. La ricerca nella politica dell'UE

La ricerca svolge un ruolo importante e di primo piano nella legislazione e nella politica dell'UE. L'ampiezza e la diversità dei finanziamenti dell'UE per la ricerca e i vari programmi per la mobilità dei ricercatori a tutti i livelli sottolineano l'impegno dell'UE nel consentire e promuovere la ricerca come attività essenziale per la realizzazione degli obiettivi politici dell'Unione.

La politica dell'UE in materia di ricerca si basa sugli articoli 179-190 del TFUE, che tuttavia non parlano di proprietà intellettuale. L'obiettivo è piuttosto quello di creare uno spazio europeo della ricerca in cui i ricercatori si muovano e le conoscenze scientifiche e la tecnologia circolino liberamente, incoraggiando la competitività e promuovendo «le azioni di ricerca ritenute necessarie ai sensi di altri capi dei trattati»<sup>30</sup>. Sebbene il diritto primario sia per sua natura vago, è utile esaminare alcune delle misure adottate ai sensi del Titolo XIX del TFUE e, ai fini del presente contributo, concentrarsi sugli sviluppi più recenti che riguardano il diritto d'autore e le attività di ricerca.

Nel 2011, il Consiglio europeo aveva previsto che il completamento dello spazio europeo della ricerca sarebbe avvenuto nel 2014, comprendendo la garanzia di «una migliore diffusione delle informazioni sulla R&S finanziata con fondi pubblici, nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare attraverso l'istituzione di un inventario della R&S finanziata dall'UE»<sup>31</sup>. A partire dal programma di finanziamento Horizon 2020, nel 2014 l'accesso aperto è obbligatorio per le pubblicazioni che derivano da finanziamenti ad attività di ricerca assegnati nell'ambito del predetto programma, e ciò è stato riconfermato anche nel programma di finanziamento Horizon Europe 2020-24<sup>32</sup>. L'approccio "Open Science"<sup>33</sup> è supportato dallo European Open Science Cloud - EOSC<sup>34</sup> e dalla piattaforma editoriale Open Research Europe (ORE)<sup>35</sup>.

Riferimenti alla "scienza aperta" si trovano anche nella Strategia per il mercato unico digitale del 2015, nella sezione "Costruire un'economia dei dati"<sup>36</sup>. Se-



condo la Commissione, per realizzare il potenziale delle tecnologie digitali e dei dati è necessario eliminare gli ostacoli tecnici e legislativi, anche affrontando la frammentazione delle norme sul diritto d'autore che costituiscono un ostacolo all'uso di «nuove applicazioni delle tecnologie (ad esempio, l'estrazione di testi e dati)». <sup>37</sup>Il Programma Europa Digitale 2021 ha come obiettivo quello di «accelerare la trasformazione digitale dell'economia, dell'industria e della società europea»<sup>38</sup> tra cinque obiettivi specifici per «promuovere un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche di innovazione, ricerca e sviluppo tecnologico»<sup>39</sup>. Il Programma fa, inoltre, riferimento all'Accordo di Parigi, adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, e agli Obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite. Allo stesso tempo, il considerando 61 afferma che «il Programma dovrebbe essere attuato in modo da rispettare pienamente il quadro dell'Unione e internazionale in materia di protezione e applicazione della proprietà intellettuale. La protezione efficace della proprietà intellettuale riveste un ruolo essenziale ai fini dell'innovazione, ed è pertanto fondamentale per l'attuazione efficace del Programma»<sup>40</sup>. Tuttavia, il Programma incoraggia anche le soluzioni open source con l'obiettivo di migliorare la sostenibilità dei progetti finanziati<sup>41</sup>. La proprietà intellettuale e lo sviluppo sostenibile sembrano quindi, secondo la Commissione, andare di pari passo.

La ricerca è anche un aspetto chiave in una serie di recenti iniziative politiche, tra cui la proposta di normativa sui dati e, anche se più implicitamente, la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale<sup>42</sup>. Nella relazione che accompagna il progetto di legge sui dati, la Commissione afferma che «i dati sono una componente fondamentale dell'economia digitale e una risorsa essenziale per garantire le transizioni verde e digitale» e che è «essenziale sfruttare tali potenzialità [il potenziale dell'innovazione basata sui dati] fornendo opportunità di riutilizzo dei dati e rimuovendo gli ostacoli allo sviluppo dell'economia europea dei dati, nel pieno rispetto delle norme e dei valori europei»<sup>43</sup>. La legge sui dati è un elemento della «Strategia europea sui dati», che serve ad attuare l'ambizioso piano dell'UE per plasmare il suo futuro digitale<sup>44</sup>. Secondo la Commissione, i dati, in quanto parte di soluzioni digitali che sono «potenti strumenti per la transizione alla sostenibilità», contribuiranno a trasformare l'economia europea in una serie di settori, consentendo anche un «approccio pienamente integrato e basato sul ciclo di vita»<sup>45</sup>. Le soluzioni digitali, compresa l'intelligenza artificiale, sono un elemento importante della più ampia strategia digitale dell'UE e un «contributo alla promozione della tecnologia al servizio delle perso-

ne», con meccanismi e servizi affidabili per il riutilizzo, la condivisione e la messa in comune dei dati, essenziali per lo sviluppo di modelli di intelligenza artificiale basati su questi ultimi e di alta qualità<sup>46</sup>. La ricerca sembra essere molto importante nell'agenda politica dell'UE. Pertanto, è piuttosto sorprendente che la politica dell'UE in materia di diritto d'autore abbia ignorato in larga misura le problematiche correlate.

## 2.2. La ricerca nella politica dell'UE in materia di diritto d'autore

Storicamente, la ricerca non ha avuto un ruolo importante nella politica europea sul diritto d'autore, a differenza di quanto è avvenuto nella più ampia politica dell'UE. Ciò ha fatto sì che si abbandonasse l'idea della ricerca come fondamento delle norme sostanziali di diritto d'autore, nonostante la ricerca sia considerata una forza trainante dell'innovazione<sup>47</sup>. Sebbene entrambe le principali direttive sul diritto d'autore contengano eccezioni per la ricerca, i loro considerando non sottolineano a sufficienza la relazione tra ricerca e diritto d'autore<sup>48</sup>. Il Libro verde del 1995 sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione<sup>49</sup> è stato altrettanto lacunoso sulle questioni relative alla ricerca, mentre il Libro verde del 2008 sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza ha aggiunto poco più di un bilancio della normativa vigente<sup>50</sup>. La comunicazione sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza che ne è scaturita è, invece, più concreta, affermando con fermezza che «Per evitare di condurre ricerche già effettuate, i risultati della ricerca finanziata con fondi pubblici dovrebbero essere disponibili per l'intera comunità scientifica, ma anche per il grande pubblico. E questo perché la ricerca si basa sempre su ricerche precedenti. In questo contesto, le pubblicazioni a libero accesso e gli archivi aperti per articoli pubblicati possono offrire una soluzione». Il documento immagina un apparato europeo centralizzato per la concessione di licenze a biblioteche e università per garantire ai propri utenti l'accesso e altri diritti rilevanti per la ricerca sul materiale digitale<sup>51</sup>. Sebbene la promozione dell'accesso sia lodevole, un approccio basato sulle licenze non è sufficiente a creare un regime di diritto d'autore favorevole alla ricerca, ma serve piuttosto ad aggirare o ad eludere i problemi e le barriere alla ricerca derivanti da un equilibrio in gran parte non più esistente all'interno del sistema normativo del diritto d'autore. In generale, la politica dell'UE in materia di diritto d'autore non è riuscita finora a porre la ricerca al centro dell'attenzione.



### 3. Ostacoli del diritto d'autore alla ricerca

I risultati della ricerca scientifica sono tradizionalmente pubblicati in libri e riviste cartacee. Queste opere sono depositate nelle biblioteche e sono liberamente accessibili a chiunque abbia accesso fisico alla collezione contenente le opere di cui un singolo ricercatore potrebbe avere bisogno. Le informazioni, i risultati o le scoperte della ricerca non sono protetti, lo è solo la loro espressione concreta in una determinata opera<sup>52</sup>. Questa impostazione dà vita ad un problema fondamentale che limita l'accesso ai risultati della ricerca. I risultati scientifici, espressi per iscritto o in altro modo, sono trattati alla stregua di opere, come quelle musicali o letterarie, protette dal diritto d'autore, la cui durata e portata sono costantemente in crescita, a livello globale, non da ultimo a seguito della decolonizzazione<sup>53</sup>. La conseguente monopolizzazione dei risultati della ricerca, esacerbata dalla digitalizzazione delle riviste scientifiche e dalla loro inclusione nelle banche dati, ha reso costoso l'accesso alle informazioni rilevanti e ha portato a quella che alcuni studiosi hanno definito "carestia dell'informazione"<sup>54</sup>. La ricerca, tuttavia, non si limita all'accesso ai risultati scientifici sotto forma di libri e articoli di riviste. In generale, ma soprattutto in un'economia basata sui dati, i ricercatori hanno bisogno di accedere a un'ampia gamma di opere e informazioni. Per fare un esempio, un ricercatore specializzato in una specifica forma d'arte avrà bisogno di accedere alle opere creative di questa forma d'arte per poterle studiare e analizzare. Potrebbe anche essere essenziale per il predetto ricercatore elaborare e convertire le opere d'arte creative in dati leggibili dal computer. Allo stesso modo, ogni creatore e artista deve essere in grado di condurre ricerche sullo stato dell'arte nel suo campo specifico o di raccogliere ed eventualmente archiviare le informazioni che saranno alla base della sua creatività. Senza l'accesso alle opere protette dal diritto d'autore non ci può essere creatività<sup>55</sup>. La ricerca è quindi un fattore chiave per lo sviluppo culturale e scientifico, ma anche il presupposto della tutela del diritto d'autore<sup>56</sup>.

Una vasta letteratura documenta che l'impostazione del diritto d'autore nell'UE vede al suo interno uno squilibrio<sup>57</sup> sistematico che tende a favorire ampi diritti esclusivi e che, di conseguenza, protegge i risultati della ricerca e i dati rilevanti per la ricerca, ma anche, più in generale, le opere creative, senza regolamentarne sufficientemente l'accesso a fini di ricerca attraverso eccezioni e limitazioni efficaci e attuabili<sup>58</sup>. La costante espansione dei diritti esclusivi, in parte attraverso la creazione di nuovi diritti, compreso il di-

ritto *sui generis* per le banche dati<sup>59</sup>, ha ulteriormente ampliato la sfera dell'esclusività del diritto d'autore, limitando così la libera disponibilità e l'uso di dati e informazioni rilevanti per la ricerca. In questo contesto va notato che la libera disponibilità della ricerca non significa necessariamente disponibilità gratuita. Le eccezioni e le limitazioni nell'UE possono prevedere il pagamento di un compenso al creatore il cui lavoro viene utilizzato; le limitazioni possono assumere la forma di licenze legali<sup>60</sup>. I diritti di remunerazione aumentano quindi lo spazio politico a disposizione del legislatore per la creazione di meccanismi di accesso che promuovano la ricerca e l'innovazione. La differenza tra le eccezioni e le limitazioni previste dalla legge, da un lato, e i diritti esclusivi, dall'altro, non può essere sottovalutata, poiché l'effetto bloccante del rifiuto di concedere la licenza è superato dall'intervento della legge e il prezzo della licenza legale può essere sottoposto a un controllo normativo<sup>61</sup>.

Tre esempi illustrano brevemente la tendenza del legislatore europeo a far pendere l'ago della bilancia a favore dei titolari dei diritti senza tenere sufficientemente conto delle esigenze dei ricercatori e quindi della dimensione della sostenibilità della legislazione sul diritto d'autore.

#### 3.1. Eccezioni e limitazioni generali per la ricerca nella legislazione sul diritto d'autore dell'UE

La direttiva InfoSoc include nell'elenco delle limitazioni ed eccezioni facoltative un'eccezione dedicata in particolare all'insegnamento e alla ricerca. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera a), gli Stati membri possono recepire nelle loro legislazioni nazionali un'eccezione che consente «l'uso [di opere e materiali protetti] allorché l'utilizzo ha esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito»<sup>62</sup>. L'eccezione è limitata alla ricerca non commerciale e soggetta a una valutazione di proporzionalità<sup>63</sup>. I diversi modelli in cui è stata attuata l'eccezione per la ricerca continuano a costituire ostacoli alla collaborazione transfrontaliera e alla condivisione di dati e informazioni essenziali<sup>64</sup>. La mancanza di armonizzazione dell'eccezione generale per la ricerca rende più difficili i progetti di ricerca transfrontalieri, in quanto ostacola lo scambio e la condivisione di dati e informazioni, soprattutto in contesti digitali. La limitazione della norma alla ricerca non commerciale restringe significativamente il suo campo di applicazione e relega la ricerca commerciale, ed eventualmente i



partenariati pubblico-privato, al mercato delle licenze. Presumibilmente, l'assenza di un'eccezione nazionale per la ricerca per molti ricercatori o imprese, che per loro natura sono orientati al profitto, impedisce l'uso libero delle informazioni disponibili che sono comunque contenute in una forma protetta dal diritto d'autore<sup>65</sup>. Più criticamente, la natura vaga delle eccezioni e le altrettanto vaghe implementazioni a livello nazionale non forniscono sufficiente certezza giuridica ai ricercatori. La funzione delle eccezioni, che consiste nell'indicare quale utilizzo di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore non comporterà potenziali reclami per violazione del diritto d'autore, non può essere soddisfatta da formulazioni ambigue o troppo ristrette. Di conseguenza, l'eccezione per la ricerca non può svolgere una funzione corrispondente alla ragion d'essere stessa del diritto d'autore, che è in larga misura quella di incentivare e incoraggiare la ricerca, la creatività e l'innovazione.

### 3.2. Estrazione di testo e dati

Le nuove eccezioni per l'estrazione di testo e dati (TDM) di cui agli articoli 3 e 4 della direttiva CDSM sono state redatte «per arrecare beneficio in particolare alla comunità della ricerca e, in tal modo, sostenere l'innovazione»<sup>66</sup>. Il loro scopo specifico era quello di eliminare l'incertezza giuridica, in quanto il TDM prevede l'esecuzione di attività che sono protette dal diritto d'autore in relazione alle opere originali e al diritto *sui generis* sulle banche dati. A tal fine, la direttiva CDSM introduce una nuova eccezione all'articolo 3 che consente le attività di TDM, riservando tuttavia tale eccezione alla ricerca scientifica svolta da organizzazioni di ricerca e istituzioni del patrimonio culturale<sup>67</sup>. Il TDM per altri scopi e al di fuori delle istituzioni coperte dall'articolo 3 è soggetto a condizioni più severe e a potenziali riserve<sup>68</sup>, il che limita di fatto gli effetti generalmente positivi delle nuove eccezioni per TDM<sup>69</sup>.

Due sono le critiche principali che possono essere mosse a entrambe le nuove disposizioni e al contesto in cui sono inserite nella direttiva. In primo luogo, entrambi gli articoli sono soggetti a limitazioni significative. L'articolo 3 è limitato «agli organismi di ricerca e agli istituti di tutela del patrimonio culturale».

In questo contesto, per «organismi di ricerca» si intendono università o istituti di ricerca o in generale istituzioni che non operano a scopo di lucro o che perseguono una missione di interesse pubblico. Inoltre, tali istituzioni non possono essere controllate da imprese che godono dei risultati della ricerca su base preferenziale<sup>70</sup>. Ciò limita significativamente la portata dell'articolo 3, sostanzialmente più per-

missivo<sup>71</sup>. Ad esempio, non sono inclusi i giornalisti che fanno ricerca su importanti questioni di interesse pubblico e svolgono, quindi, un ruolo cruciale per la democrazia. L'articolo 4, invece, non è diretto a determinate istituzioni, ma stabilisce restrizioni specifiche sulla conservazione delle riproduzioni per l'uso a fini di TDM<sup>72</sup>, e le attività di TDM sono esentate solo quando l'uso non è stato riservato dal titolare dei diritti, che può «rifiutare» l'applicazione della disposizione normativa<sup>73</sup>. In secondo luogo, l'articolo 7, paragrafo 2, estende l'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva InfoSoc, che importa il *three-step-test* nel titolo II della direttiva CDSM, e assoggetta le eccezioni al regime di protezione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva InfoSoc. Ciò significa che gli articoli 3 e 4 della direttiva CDSM devono essere interpretati rigorosamente alla luce del *three-step-test*, ma anche che le misure tecnologiche di protezione non possono essere aggirate unilateralmente, richiedendo invece la cooperazione con i titolari dei diritti. Entrambe le limitazioni aggiuntive ridurranno di fatto l'efficacia delle due eccezioni per il TDM.

Le caratteristiche dell'eccezione per TDM evidenziano perfettamente gli effetti della legge sul diritto d'autore sulle attività di ricerca e l'iperprotezione di specifici tipi di materiale. Il processo di TDM di per sé non riguarda e non richiede, nella maggior parte dei casi, una valutazione della forma di espressione, cioè dell'oggetto della protezione. Al contrario, il TDM estrae, come passo preliminare, informazioni. Per raccogliere o estrarre tali informazioni è indispensabile la riproduzione della forma di espressione. Le nuove eccezioni per TDM consentono tale attività con limitazioni significative. C'è ancora molto da migliorare e sono state avanzate richieste per un'eccezione più aperta per il TDM<sup>74</sup>. Inoltre, la portata limitata dell'eccezione ridurrà potenzialmente la capacità dell'UE di essere all'avanguardia nel campo della ricerca basata sull'intelligenza artificiale, poiché il TDM è un prerequisito di qualsiasi processo di apprendimento automatico e di analisi automatizzata dei dati<sup>75</sup>. È interessante notare che finora le politiche dell'UE sull'intelligenza artificiale sembravano aver ignorato in larga misura questi aspetti del diritto d'autore<sup>76</sup>.

### 3.3. Il diritto sulle banche dati

Il diritto europeo *sui generis* sulle banche dati non originali, che prevede la protezione delle banche dati che non riflettono l'originalità «attraverso la selezione o la disposizione dei dati che contengono»<sup>77</sup>, ma che sono state create con un sostanziale investimento quantitativo o qualitativo<sup>78</sup>, costituisce un'altra barriera per



la ricerca, soprattutto in relazione all'estrazione di testo e dati. Per la sua stessa natura e portata, il diritto protegge informazioni non originali e un "contenitore" che attira diritti esclusivi. Tale impostazione è problematica per le attività di ricerca e si scontra con la funzione originaria del diritto d'autore. Il diritto consente ai creatori di banche dati che contengono informazioni non protette di esercitare i propri diritti esclusivi per impedire l'uso di tali informazioni per convalidare ricerche esistenti e condurne di nuove. Sebbene il diritto sia supportato da un'eccezione<sup>79</sup> e si applichi anche l'eccezione per TDM ai sensi dell'articolo 3 della direttiva CDSM, queste eccezioni sono limitate a scopi non commerciali o possono essere limitate attraverso mezzi tecnologici nel caso dell'articolo 4 della direttiva CDSM<sup>80</sup>. Inoltre, le limitazioni all'ambito di applicazione del diritto *sui generis*, ad esempio quelle individuate dall'articolo 35 della proposta di *Data Act*<sup>81</sup>, rendono questo diritto particolarmente ingombrante. Mentre, nella maggior parte dei casi, gli insiemi di dati la cui raccolta richiede investimenti significativi saranno protetti dal diritto esclusivo per le banche dati non originali, raccolte simili contenenti dati «ottenuti o generati dall'uso di un prodotto o di un servizio connesso» sono escluse dall'ambito di applicazione. Entrambi i tipi di dati sono utili per la ricerca, in quanto contengono informazioni da cui è possibile trarre nuove conoscenze. La discriminazione tra i due tipi di dati potrebbe avere senso alla luce dell'oggetto e dello scopo della proposta di *Data Act*, ma non in relazione alle attività di ricerca. Di conseguenza, la proposta di *Data Act* è soggetta a molte critiche. Nel suo parere sulla proposta di *Data Act*, la *European Copyright Society* afferma che: «Mancano solide garanzie di accesso e utilizzo per la ricerca scientifica. L'agevolazione della ricerca non è al centro della nuova legislazione proposta»<sup>82</sup>.

#### 4. Fondamenti e *ratio* del diritto alla ricerca

Il "diritto alla ricerca" in quanto tale non esiste esplicitamente in nessuna delle carte internazionali o europee sui diritti dell'uomo. Tuttavia, esso è implicitamente incluso negli strumenti giuridici internazionali e nei due principali trattati europei sui diritti umani, nonché negli obiettivi dei trattati dell'UE, che costituiscono le radici da cui può nascere un vero e proprio diritto alla ricerca.

##### 4.1. Basi internazionali del diritto alla ricerca

La tensione tra diritto d'autore e ricerca è contenuta nelle fondamenta stesse della norma internazionale

sui diritti umani. La Dichiarazione universale dei diritti umani (UDHR)<sup>83</sup>, da un lato, garantisce «il diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici», dall'altro richiede che gli autori ricevano protezione per gli «interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica». Analogamente, l'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR)<sup>84</sup> contiene un impegno da parte dei firmatari del Patto a «rispettare la libertà indispensabile per la ricerca scientifica e l'attività creativa»<sup>85</sup>. Nella stessa disposizione, vengono espressi due diritti distinti: da un lato, tutti dovrebbe avere il diritto di «godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni», dall'altro chiunque dovrebbe «godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui [...] sia l'autore»<sup>86</sup>. Tuttavia, è stato sostenuto che queste affermazioni, apparentemente separate, sono complementari e quindi sistematicamente collegate<sup>87</sup>.

Una simile individuazione di obiettivi è contenuta nella versione rivista della Raccomandazione sulla scienza e i ricercatori scientifici, che invita gli Stati membri a «incoraggiare e facilitare l'accesso alla conoscenza, compreso l'accesso aperto» e allo stesso tempo proclama che «i risultati scientifici e tecnologici dei ricercatori scientifici [dovrebbero] godere di un'adeguata protezione legale della loro proprietà intellettuale, in particolare della protezione offerta dalla legge sui brevetti e sul diritto d'autore»<sup>88</sup>.

È sempre più evidente che le moderne leggi sulla proprietà intellettuale forniscono un livello di protezione che va oltre quello richiesto dall'articolo 15 dell'ICESCR, ma che questa disposizione potrebbe essere d'aiuto nel trovare un nuovo equilibrio<sup>89</sup>. Appare chiaro, tuttavia, che gli strumenti internazionali sui diritti umani non sostengono una lettura ristretta dei diritti degli autori, ma rendono la protezione concessa dalla legge sul diritto d'autore se non condizionata, almeno complementare al godimento, e questo non può che implicare l'accesso, alla forma di espressione e alle informazioni relative alle opere protette dal diritto d'autore<sup>90</sup>.

##### 4.2. Un diritto alla ricerca radicato negli strumenti europei relativi ai diritti fondamentali

Mentre il quadro internazionale dei diritti umani si fonda sull'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dalla Carta dei diritti fondamentali



dell'UE<sup>91</sup>, queste ultime due norme, metaforicamente, costituiscono il terreno da cui possono svilupparsi le radici di un diritto alla ricerca.

#### 4.2.1. Libertà di espressione

Il diritto alla libertà di espressione è un ampio diritto a comunicare informazioni in termini di sostanza e forma<sup>92</sup>. Comprende il diritto di ricevere passivamente e di trasmettere attivamente informazioni<sup>93</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dato particolare importanza al mezzo espressivo in relazione alla manifestazione artistica, nel cui contesto ha ripetutamente sottolineato l'importanza di Internet per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione. Lo stesso ha fatto la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) quando ha recentemente affermato che «Internet è oggi divenuto uno dei principali strumenti di esercizio, da parte degli individui, del loro diritto alla libertà di espressione e d'informazione. I siti Internet, e in particolare le piattaforme di condivisione di contenuti online, grazie alla loro accessibilità e alla loro capacità di conservare e di diffondere grandi quantità di dati, contribuiscono notevolmente a migliorare l'accesso del pubblico all'attualità e, in via generale, ad agevolare la comunicazione delle informazioni; la possibilità, per i singoli individui, di esprimersi su Internet costituisce uno strumento senza precedenti per esercitare la libertà di espressione»<sup>94</sup>.

La CGUE ha inoltre stabilito che, in alcuni casi, l'accesso a informazioni non pubblicate protette dal diritto d'autore può essere consentito in base a un'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera c), della direttiva InfoSoc, che costituisce un'eccezione per finalità di cronaca di eventi attuali. Nel giungere a questa conclusione, la Corte ha preso in considerazione la formulazione dell'eccezione applicabile, che consente la riproduzione per questo particolare fine «nella misura in cui ciò sia giustificato dallo scopo informativo», affermando così implicitamente che quanto più elevato è lo scopo informativo, tanto più severamente possono essere limitati gli altri diritti<sup>95</sup>.

In generale, il diritto è soggetto a limitazioni che sono necessarie in una società democratica. Nella causa *Ashby Donald v. Francia*<sup>96</sup>, la Corte di Strasburgo ha ammesso, in linea di principio, che in alcuni casi il diritto d'autore, a sua volta protetto dall'articolo 17(2) della Carta dell'UE e dall'articolo 1 del Primo Protocollo della CEDU, può essere limitato per rendere effettiva la libertà di espressione. Mentre nel caso di *Ashby Donald* l'uso commerciale delle fotografie delle sfilate di moda non giustificava la prevalenza sugli interessi proprietari degli stilisti, l'uso di opere e altri soggetti protetti dal diritto d'autore a fini

di ricerca dovrebbe essere soggetto a un diverso test di bilanciamento, con un risultato probabilmente diverso<sup>97</sup>. In una società democratica devono essere tollerate alcune limitazioni alla libertà di espressione, così come devono essere limitati i diritti di proprietà intellettuale in una società ispirata alla ricerca e all'innovazione. La libertà di espressione in quanto tale non è un baluardo assoluto contro l'uso commerciale e non commerciale di «informazioni» protette.

#### 4.2.2. Libertà delle arti e delle scienze

La libertà delle arti e delle scienze, così come sancita dall'articolo 13 della Carta dell'UE, non ha un equivalente nominale nella CEDU. Tale libertà, che affonda le sue radici nel diritto alla libertà di espressione, è considerata *lex specialis* in relazione all'articolo 11 della Carta dell'UE<sup>98</sup> e può essere limitata alle condizioni stabilite dall'articolo 10 della CEDU<sup>99</sup>. La *ratio* è quella di creare un libero mercato delle idee per il miglioramento individuale e collettivo<sup>100</sup>. La volontà di creare un mercato delle idee senza ostacoli si riflette anche nell'obiettivo dell'UE di creare lo Spazio europeo della ricerca, in cui la conoscenza circoli liberamente<sup>101</sup>. In questo contesto, la «libertà della conoscenza» viene anche definita la «quinta libertà»<sup>102</sup>. Data la sua importanza per l'innovazione e la sua funzione chiave per la salvaguardia della libertà scientifica e lo sviluppo della società, la portata della protezione è particolarmente forte<sup>103</sup>.

Con riferimento alla ricerca, la CGUE ha ammesso restrizioni per proteggere la dignità umana. Nel caso *Brüstle*, ciò ha portato la Corte ad adottare una nozione ampia del termine embrione, il cui uso a fini commerciali è vietato dalla direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche<sup>104</sup>. La limitazione alla ricerca in questo caso era già presente nella legislazione secondaria. Viene fatta un'importante distinzione tra l'uso degli embrioni per la ricerca scientifica, che non è vietato dalla direttiva, e la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche<sup>105</sup>. La Corte distingue tra la possibilità di fare ricerca su una materia specifica e la valorizzazione dei risultati della ricerca che ne derivano.

Nella causa *Pelham*, l'Avvocato generale Szpunar ha discusso la limitazione intrinseca alla creatività artistica da parte della legge sul diritto d'autore. Secondo l'Avvocato generale, «la libertà delle arti non può garantire la possibilità di utilizzare liberamente tutto ciò che si desidera per scopi creativi»<sup>106</sup>. Gli artisti non sono liberi dai «vincoli della vita quotidiana»<sup>107</sup> e non possono riprodurre, senza autorizzazione preventiva e al di fuori delle eccezioni e delle limitazioni, opere esistenti o altri materiali protetti. Si





tratta naturalmente di una constatazione discutibile per quanto riguarda la libertà di creatività artistica, poiché il riutilizzo creativo di materiale protetto dal diritto d'autore al giorno d'oggi contribuisce certamente ad un ambiente creativo vivace, in particolare nel mondo digitale<sup>108</sup>. Probabilmente, l'uso, attraverso la riproduzione, di "arte precedente" potrebbe non essere una *conditio sine qua non* per la creazione di nuova arte, ma la generazione di nuova ricerca potrebbe benissimo dipendere dall'uso, attraverso l'accesso e la riproduzione diretta, di risultati di ricerca esistenti sotto forma di articoli scritti o set di dati.

Anche la pubblicazione dei risultati della ricerca rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 13, in quanto fa parte della natura stessa della ricerca scientifica<sup>109</sup>. Probabilmente il diritto di pubblicazione va inteso come una solida difesa contro il divieto di pubblicazione per motivi di ordine pubblico o di sicurezza, o eventualmente in relazione alla ricerca finanziata da terzi. Tuttavia, il diritto d'autore e gli altri diritti di proprietà intellettuale dovrebbero essere interpretati in modo da tenere conto della libertà delle arti e delle scienze<sup>110</sup>. L'interpretazione delle norme sul diritto d'autore in relazione a questo diritto fondamentale dovrebbe considerare anche la dimensione divulgativa della ricerca, che richiede la condivisione di informazioni con lo scopo di permettere ad altri di potersi confrontare con i risultati della ricerca scientifica. Ciò si sovrappone alla dimensione esterna del diritto alla libertà di espressione, evidenziando la natura derivata del predetto diritto ai sensi dell'articolo 13 della Carta dell'UE, dove si sottolinea anche l'importanza di questo particolare elemento comunicativo.

#### 4.2.3. Diritto all'istruzione

Il diritto all'istruzione, ai sensi dell'articolo 14 della Carta dell'UE, comprende il diritto a un'istruzione di base gratuita e all'accesso a un'istruzione superiore e continuativa, nonché alcune libertà organizzative per istituti specifici<sup>111</sup>. Sebbene l'istruzione primaria debba essere gratuita, il diritto non garantisce l'accesso ai materiali didattici; tuttavia, il loro costo non può avere l'effetto di minare la garanzia stessa di un'istruzione generale gratuita<sup>112</sup>. Si potrebbe argomentare che il diritto all'istruzione dovrebbe impedire che un prezzo eccessivo del materiale didattico renda le attività educative inefficienti o onerose al punto da compromettere la realizzazione del diritto stesso.

Il diritto all'istruzione si collega all'articolo 13 per quanto riguarda l'insegnamento dei risultati della ricerca, e costituisce quindi parte della libertà accademica. In questo contesto, la materia insegnata deve essere il risultato di una ricerca condotta dal docente,

che comprende anche la comunicazione della ricerca di altri ricercatori<sup>113</sup>. Tali attività rientrano quindi nell'ambito di applicazione dell'articolo 13, paragrafo 2, della Carta dell'UE. Allo stesso modo, gli studenti possono avvalersi dell'articolo 13 della Carta dell'UE a condizione che si dedichino alla ricerca scientifica, altrimenti si applica l'articolo 14, paragrafo 1<sup>114</sup>.

Collegando i due aspetti del diritto all'istruzione, si potrebbe dedurre che, per la costruzione di un diritto alla ricerca, l'uso delle opere e di altri materiali da parte dei ricercatori non dovrebbe essere impedito da prezzi restrittivi per l'accesso. Se si considera l'istruzione essenzialmente come un'attività che riguarda opere preesistenti ed è finalizzata allo sviluppo di una comprensione fondata di una determinata area tematica, come condizione preliminare alla ricerca, si crea un forte legame tra il diritto all'istruzione e le attività di ricerca. Purtroppo, la nuova eccezione per l'istruzione digitale transfrontaliera soffre di deficit simili a quelli delle eccezioni per TDM<sup>115</sup>.

#### 4.3. Un diritto alla ricerca radicato negli obiettivi dei trattati UE: sostenibilità, progresso scientifico ed economia sociale di mercato

L'articolo 3 del TUE definisce gli obiettivi dell'Unione. Il primo dei quali è la promozione della pace, dei valori dell'UE e del benessere dei suoi cittadini<sup>116</sup>. Il terzo paragrafo mira all'instaurazione di un mercato interno. L'UE, infatti, deve adoperarsi «per lo *sviluppo sostenibile* dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'*economia sociale di mercato* fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il *progresso scientifico e tecnologico*»<sup>117</sup>. Questi obiettivi prendono forma attraverso altre disposizioni più concrete dei Trattati e, in generale, delle politiche dell'UE<sup>118</sup>.

Sebbene l'articolo 3 del TUE sia una norma vincolante, non prevede un obbligo concreto di azione per l'UE, né vengono statuite vere e proprie competenze<sup>119</sup>. Questi obiettivi «si limitano a stabilire un programma» che deve essere attuato dalle istituzioni e dagli Stati membri<sup>120</sup>. Nel loro insieme, gli obiettivi stabiliti nella disposizione dovrebbero guidare l'azione dell'UE, compresa l'adozione di atti legislativi.

La loro natura astratta ha reso questi diritti difficili da definire e la CGUE non ha ancora avuto l'opportunità di chiarire la comprensione degli obiettivi quali la sostenibilità e il progresso tecnologico. A livello internazionale, la sostenibilità è comunemente



definita come «soddisfare i bisogni del presente garantendo alle generazioni future di poter soddisfare i propri»<sup>121</sup>. La Commissione europea ha tuttavia dato forma ad alcuni di questi obiettivi. Nell'ambito della strategia Europa 2020 ha definito la «crescita sostenibile», una delle sue tre priorità, come la necessità di «[promuovere] un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva»<sup>122</sup>. Nella sua comunicazione del 2016 *Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe*, la Commissione ha stabilito che la sostenibilità si basa sull'impegno «per uno sviluppo che soddisfi i bisogni di oggi senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri. Garantire una vita dignitosa per tutti, nel rispetto dei limiti del pianeta, che contemperino prosperità ed efficienza economica, società pacifiche, inclusione sociale e responsabilità ambientale, è l'essenza dello sviluppo sostenibile»<sup>123</sup>. In questo contesto diventa evidente che la sostenibilità è una nozione o un obiettivo più ampio, che ricomprende una moltitudine di aree politiche, tra cui «la disoccupazione giovanile, l'invecchiamento della popolazione, il cambiamento climatico, l'inquinamento, l'energia sostenibile e la migrazione». Ancora più importante ai fini di questo paragrafo, la Commissione afferma con fermezza che «[per] trasformare queste sfide in opportunità per nuove imprese e nuovi posti di lavoro, è necessario un *forte impegno nella ricerca e nell'innovazione*»<sup>124</sup>. La politica di ricerca dell'UE è già stata descritta brevemente in precedenza<sup>125</sup> e, come abbiamo visto, in una serie di documenti dell'UE esistono forti intersezioni tra lo sviluppo sostenibile, la ricerca, l'innovazione, ed alcuni aspetti sociali<sup>126</sup>.

La definizione di sostenibilità e il suo sviluppo in diverse aree politiche, ma anche la sua inclusione nella politica commerciale estera dell'UE, mostrano la strada da seguire per concepire la sostenibilità anche come tema della legislazione sul diritto d'autore. I riferimenti regolari alla ricerca e all'innovazione come requisiti e motori di una società europea sostenibile dovranno necessariamente essere intesi come uno stimolo ad esaminare l'attuale legislazione e il diritto d'autore, alla luce degli obiettivi dell'UE.

Dalla definizione di sviluppo sostenibile come «soddisfare i bisogni del presente assicurando al contempo che le generazioni future possano soddisfare i propri» emerge la necessità di sviluppare un quadro giuridico che salvaguardi una protezione sostenibile del diritto d'autore. La protezione del diritto d'autore dovrebbe favorire le attività creative e remunerare i creatori (esigenze del presente), assicurando al contempo di non impedire l'accesso alle opere, come garanzia della creatività futura, e che sussista spazio sufficiente

per consentire la ricerca e l'innovazione successiva (esigenze delle generazioni future).

Sebbene questo sia un primo tentativo di sviluppare l'idea di un «diritto d'autore sostenibile», la riorganizzazione delle norme sul diritto d'autore deve andare verso la creazione di un quadro generale coerente. In questa sede sosteniamo che un diritto alla ricerca, ancorato al canone dei diritti fondamentali europei, potrebbe servire a riflettere e rappresentare gli obiettivi dell'Unione e fornire argomenti imperativi per un cambiamento paradigmatico nella legislazione e nella politica sul diritto d'autore.

## 5. Attuare il diritto alla ricerca eliminando le barriere del diritto d'autore

Il diritto alla ricerca, per svolgere la sua funzione essenziale, deve necessariamente possedere due dimensioni. Una che consenta l'accesso, la raccolta e l'analisi delle informazioni; per informazioni si intendono quelle contenute in opere o altri materiali protetti dal diritto d'autore, quindi l'accesso alle opere protette dal diritto d'autore e la loro conservazione per ulteriori ricerche. Un'altra che consenta la condivisione ragionevolmente aperta dei risultati della ricerca da parte di chi produce le relative informazioni (e forme di espressione creativa).

La differenza rispetto alla libertà d'espressione è la natura speciale del diritto alla ricerca, che si basa sull'ampia portata della libertà delle arti e delle scienze in un nuovo diritto «contenitore». In generale, il diritto all'istruzione e la libertà delle scienze dovrebbero essere intesi nel senso di consentire ai ricercatori di accedere alle informazioni contenute nei materiali protetti a fini di ricerca. Il riconoscimento di diritti di accesso<sup>127</sup>, talvolta necessariamente in relazione a opere protette dal diritto d'autore, come articoli scientifici o banche dati, è spesso indispensabile per confermare e convalidare i risultati della ricerca.

Con un ambito di applicazione specifico, il diritto alla ricerca potrebbe fornire argomenti e aiuti interpretativi per modellare, all'interno di specifici campi di applicazione, la legge sul diritto d'autore, per renderla più permissiva in relazione alla condivisione dei risultati della ricerca e per consentire ai ricercatori di accedere alle informazioni indispensabili. Il diritto alla ricerca potrebbe essere introdotto indirettamente come una limitazione esplicita al diritto di proprietà o, qualificandolo nell'ambito degli altri diritti fondamentali esistenti, nel tentativo di ricalibrare il rapporto tra i diritti fondamentali esistenti e con l'obiettivo di evidenziare la funzione sociale e



utilitaristica della proprietà intellettuale<sup>128</sup>. Il nuovo diritto alla ricerca, in quanto espressione parziale dei diritti fondamentali esistenti, ma con una propria collocazione nell'elencazione delle garanzie costituzionali dell'ordinamento giuridico europeo, potrebbe, quindi, essere coniato come norma individuale nella Carta dell'UE ed eventualmente nella CEDU.

Dal punto di vista sostanziale, il diritto alla ricerca, come argomentato in precedenza, è già parzialmente presente nel diritto dell'UE, sia nei diritti fondamentali esistenti, sia concretamente espresso nelle norme del diritto d'autore. Naturalmente, l'applicazione del diritto alla ricerca non è confinata alla legislazione sul diritto d'autore, anche se la sua portata potrebbe essere limitata per fungere da contrappeso agli interessi proprietari dei titolari della proprietà intellettuale. In ogni caso, ai fini del presente contributo, è sufficiente inquadrare il diritto in relazione alla legislazione sul diritto d'autore.

In primo luogo, il diritto alla ricerca sosterebbe e darebbe ulteriore giustificazione alla funzione di "accesso" del diritto d'autore. La ricerca richiede l'acquisizione intellettuale o tecnologica di informazioni; il diritto d'autore, in quanto diritto che protegge l'espressione creativa (e l'investimento per i diritti connessi) non dovrebbe ostacolare le attività di ricerca che richiedono l'accesso alle informazioni. L'accesso alle informazioni deve essere facilitato consentendo ai ricercatori di accedere alle informazioni essenziali, ma probabilmente anche, più in generale, alle informazioni utili ai fini della ricerca. Anche gli elementi del "para copyright", come le rigide condizioni di licenza e le misure tecnologiche di protezione, costituiscono ostacoli significativi o elementi che scoraggiano le attività di ricerca e devono essere riconsiderati alla luce del diritto alla ricerca.

In secondo luogo, i ricercatori devono poter condividere attivamente, come espressione dell'aspetto "divulgativo" della libertà di espressione. Anche le pratiche restrittive di pubblicazione esclusiva che impediscono ai ricercatori di diffondere le proprie ricerche nella forma in cui sono state pubblicate devono essere ripensate. Un passo nella giusta direzione è il riconoscimento del diritto dei ricercatori di diffondere le proprie ricerche dopo che sono state pubblicate e che è trascorso un periodo di "embargo"<sup>129</sup> o, in generale, di politiche di accesso aperto per la ricerca finanziata con fondi pubblici.

In terzo luogo, la ricerca deve essere accessibile. Ciò significa non solo che l'accesso alle opere e ad altri materiali non deve essere proibitivo dal punto di vista economico. Al contrario, i benefici di un maggiore accesso e di una maggiore diffusione possono essere bilanciati con meccanismi di compensazione che sal-

vaguardino la redditività dei canali di comunicazione accademici. Come si sostiene di seguito, i sistemi di remunerazione previsti dalla legge potrebbero alleviare alcune delle preoccupazioni, riducendo al contempo i costi reali e di transazione per i ricercatori<sup>130</sup>.

Questi sono solo tre elementi, sommariamente abbozzati, di un diritto alla ricerca in relazione al diritto d'autore. Altri aspetti devono essere chiariti, così come dovranno essere presi in considerazione altri diritti fondamentali per contribuire alla definizione di un diritto alla ricerca<sup>131</sup>. Ad esempio, l'interesse della ricerca commerciale deve essere considerato anche alla luce della libertà d'impresa di cui all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Questo particolare diritto, che è stato definito dalla giurisprudenza della CGUE, deve essere considerato, come diritto di proprietà, «alla luce della funzione sociale della proprietà e delle attività da essa protette»<sup>132</sup>. In particolare, l'accesso ai dati di ricerca rilevanti in mercati monopolistici o dominati deve essere considerato anche alla luce del diritto della concorrenza<sup>133</sup>. Lo sviluppo del diritto alla ricerca a partire dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri dell'UE, e nella misura sopra indicata, dimostra ulteriormente la possibilità di dare forma a questo nuovo diritto fondamentale<sup>134</sup>.

## 6. Conclusioni

Per raggiungere gli ambiziosi obiettivi dell'agenda dell'UE per l'innovazione e la sostenibilità, un ambiente favorevole alla ricerca è una parte essenziale di qualsiasi strategia. In particolare, un'economia basata sui dati ha bisogno di un regime di diritto d'autore solido e favorevole alla ricerca. Per incentivare la ricerca attraverso il diritto d'autore è necessario prevedere, da un lato, ricompense, dall'altro, l'eliminazione degli ostacoli alla ricerca. Questo secondo aspetto suggerisce fortemente che i monopoli sulle informazioni e persino su determinate forme di espressione sono controproducenti per un settore della ricerca europeo vivace<sup>135</sup>.

Un diritto alla ricerca inserito nel quadro costituzionale europeo servirebbe a sottolineare l'importanza della ricerca per lo spazio politico europeo. In ogni caso, inserire il diritto alla ricerca nell'una o nell'altra formulazione presente nei documenti europei sui diritti umani non risolverà i conflitti interni con altri diritti fondamentali<sup>136</sup>. Tuttavia, tale diritto non può funzionare solo come contrappeso alle politiche massimaliste e iperprotettive sul diritto d'autore. Inoltre, un diritto alla ricerca potrebbe integrare i diritti fondamentali esistenti per sottolineare la funzione sociale del diritto d'autore<sup>137</sup> e della proprietà intellettuale in generale, cioè quella di fungere da incentivo alla creazione e, si potrebbe dire, alla comunicazione come obbligo mora-



le, nonché a rendere disponibili i risultati della ricerca sotto forma di prodotti scientifici classici come articoli e libri, ma anche sotto forma di set di dati per consentire la verifica e la replica della ricerca stessa<sup>138</sup>.

Un “diritto alla ricerca” in un contesto europeo fornirà anche validi argomenti per migliorare l’efficienza transfrontaliera delle eccezioni esistenti in materia di ricerca nell’ambito dello sforzo di creare lo Spazio europeo della ricerca (SER). L’accessibilità transfrontaliera ai risultati e ai dati della ricerca può migliorare la collaborazione europea nel campo della ricerca, soprattutto in tempi di crisi (globale). In questo ambito esiste anche un grande potenziale per esportare un paradigma di diritto d’autore più favorevole alla collaborazione nei Paesi in via di sviluppo e in quelli non ancora sviluppati, non solo evitando di imporre norme inflessibili sul diritto d’autore attraverso accordi bilaterali sul commercio e sugli investimenti<sup>139</sup>, ma anche inviando un segnale forte attraverso un diritto fondamentale alla ricerca.

Più concretamente, un diritto alla ricerca costituzionalmente garantito implicherebbe l’enfaticizzazione delle recenti tendenze del diritto d’autore dell’UE. La costituzionalizzazione della legge sul diritto d’autore, integrata da un diritto alla ricerca, richiederebbe il consolidamento, il rafforzamento e l’ampliamento delle eccezioni alla ricerca esistenti nel frammentato panorama dell’*acquis* comunitario sul diritto d’autore. Inoltre, sarebbe necessaria l’eliminazione delle possibilità per i titolari dei diritti di applicare limitazioni contrattuali all’uso e al riutilizzo di opere protette dal diritto d’autore per scopi di ricerca. Infine, un diritto alla ricerca richiederebbe che la seconda parte del *three-step-test* sia interpretata in modo più favorevole alla ricerca<sup>140</sup>.

Se la posizione *di default* è la necessità di accedere ai risultati della ricerca e alle opere per condurre la ricerca stessa, l’accesso dovrebbe essere facilitato, qualificandosi, ai fini dell’analisi della seconda “fase” del test, come il normale sfruttamento delle opere e degli altri materiali protetti. Di conseguenza, gli usi non preventivamente autorizzati non sarebbero in contrasto con tale “normale sfruttamento”.

I ragionevoli interessi dei titolari dei diritti, che avrebbero ancora un potenziale interesse economico nell’uso delle loro opere protette, potrebbero essere riconosciuti introducendo requisiti di remunerazione legale per l’uso di materiale protetto a fini di ricerca. L’infrastruttura per un tale schema è presente in Europa e potrebbe basarsi sulle recenti modifiche alla legislazione sul diritto d’autore dell’UE<sup>141</sup>.

Questi sono solo alcuni esempi su come ripensare i principi e i meccanismi della legislazione sul diritto d’autore alla luce del diritto alla ricerca. In definitiva,

l’UE dovrà stabilire le proprie priorità se vuole realizzare un futuro sostenibile. Gli interessi basati sul diritto d’autore non possono e non devono bloccare le attività di ricerca che sono l’ultima garanzia per l’UE di combattere le crisi presenti e future, di assicurare la salute pubblica<sup>142</sup> e di risollevarsi dopo la pandemia. Non si deve perdere l’occasione di collocare la ricerca al livello più alto del nostro sistema giuridico, e si spera che le future riforme dei trattati dell’UE, introdotte a seguito della conferenza sul futuro dell’Europa<sup>143</sup> includano la codifica esplicita del diritto alla ricerca nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

## Note

<sup>1</sup>Cfr. UNITED NATIONS, *Universal Declaration of Human Rights - UDHR*, art. 27(2); ID., *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR*, art. 15(c).

<sup>2</sup>Costituzione degli Stati Uniti, art. 1, sez. 8, clausola 8.

<sup>3</sup>TUE, art. 3(3).

<sup>4</sup>Cfr. C. GEIGER, *Taking the right to culture seriously: time to rethink copyright law*, in C. Geiger (ed.), *Intellectual Property and Access to Science and Culture: Convergence or Conflict?*, CEIPI/ICTSD, 2016, n. 3, p. 84; ID., *Copyright as an Access Right, Securing Cultural Participation through the Protection of Creators’ Interests*, in R. Giblin, K.G. Weatherall (eds.), *What if we could reimagine copyright?*, ANU Press, 2016; ID., *The Social Function of Intellectual Property Rights, or how Ethics can Influence the Shape and Use of IP law*, in G.B. Dinwoodie (ed.), *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, Edward Elgar, 2013. Sull’importanza dell’accesso ai dati per scopi di ricerca e l’impatto del diritto d’autore: M. SENFTLEBEN, *Study on EU copyright and related rights and access to and reuse of data*, Publications Office of the European Union, 2022.

<sup>5</sup>Si veda B.J. JÜTTE, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market: Between Old Paradigms and Digital Challenges*, Bloomsbury, 2017, pp. 116-117; C. GEIGER, *The Future of Copyright in Europe - Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information*, in *Intellectual Property Quarterly*, vol. 14, 2010, n. 1, pp. 1-14; R.M. HILTY, *The Expansion of Copyright Law and its Social Justification*, in C. Heath, K.-C. Liu (eds.), *Copyright Law and the Information Society in Asia*, Bloomsbury, 2007. Per una prospettiva globale post-TRIP, si veda L.R. HELFER, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, in *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, n. 1.

<sup>6</sup>Si veda solo di recente COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sull’approccio globale alla ricerca e all’innovazione*, COM(2021) 252, del 18 maggio 2021: «Dobbiamo cooperare a livello transfrontaliero su una scala mai vista prima per sviluppare soluzioni innovative per realizzare transizioni verdi e digitali in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile e promuovere la resilienza, la prosperità, la competitività e il benessere economico e sociale dell’Europa». (nota omessa).

<sup>7</sup>Per un confronto, si veda di seguito nel testo. In generale, e in senso critico, sulle eccezioni per TDM: 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 *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, vol. 49, 2018, pp. 814-844; ID., *Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU*, in C. Saiz García, R. Evangelio Llorca (eds.),



“Propiedad intelectual y mercado único digital europeo”, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 27-71; per una visione globale sulle eccezioni al diritto d'autore e la loro applicazione in relazione al TDM per scopi di ricerca, si veda: S. FLYNN, L. SCHIRRU, M. PALMEDO, A. IZQUIERDO, *Research Exceptions in Comparative Copyright*, in PIJIP/TLS Research Paper Series n. 75, 2022.

<sup>8</sup>Si veda, ad esempio, R.M. HILTY, *Copyright law and scientific research*, in P. Torremans (ed.), “Copyright Law. A Handbook of Contemporary Research”, Edward Elgar, 2007, pp. 315-354; ID., *Das Urheberrecht und der Wissenschaftler*, in “GRUR International”, 2006, p. 179; ID., *Five Lessons about Copyright in the Information Society: Reaction of the Scientific Community to Over-Protection and what Policy Makers Should Learn*, in “Journal of the Copyright Society of the USA”, vol. 53, 2005-2006, n. 1-2, p. 103; A. PEUKERT, *Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft: Auf die Perspektive kommt es an!*, in “Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law”, vol. 4, 2012, n. 2, pp. 142-156; J.H. REICHMAN, R.L. OKEDIJI, *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale*, in “Minnesota Law Review”, vol. 96, 2012, pp. 1362-1480.

<sup>9</sup>J.H. REICHMAN, R.L. OKEDIJI, *When Copyright Law and Science Collide*, cit., p. 1365 ss.

<sup>10</sup>Si veda C. GEIGER, “Constitutionalising” *Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, in “International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)”, vol. 37, 2006, n. 4, pp. 371-406; ID., *Reconceptualizing the Constitutional Dimension of Intellectual Property - An Update*, in P. Torremans (ed.), “Intellectual Property and Human Rights”, 4<sup>th</sup> ed., Kluwer Law International, 2020, e C. GEIGER, E. IZVUMENKO, *The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, but Still Some Way to Go!*, in “International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)”, vol. 51, 2020, pp. 282-306.

<sup>11</sup>Sull'influenza dei diritti fondamentali sulla legislazione sulla proprietà intellettuale, si veda C. GEIGER (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar, 2015.

<sup>12</sup>C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Digital Constitutionalism and Copyright Reform: Securing Access to through Fundamental Rights in the Online World*, in “The Digital Constitutionalist”, 24 January 2022. Più in generale sul movimento dottrinale del costituzionalismo digitale e le sue implicazioni, O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Bloomsbury, 2021; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe*, Cambridge University Press, 2022.

<sup>13</sup>Sulla concettualizzazione del diritto alla ricerca, si veda C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Conceptualizing a ‘Right to Research’ and Its Implications for Copyright Law: An International and European Perspective*, PIJIP/TLS Research Paper Series n. 77, 2022.

<sup>14</sup>Cfr. UNITED NATIONS, COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS ON HUMAN RIGHTS AND INTELLECTUAL PROPERTY, *Report on the Twenty-Fifth, Twenty-Sixth and Twenty-Seventh Sessions*, Annex XIII, U.N. Doc. E/2002/22-E/C.12/2001/17, 2001; si veda anche P. CULLETT, *Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era*, in “Human Rights Quarterly”, vol. 29, 2007, n. 2, pp. 403, 415. Si veda anche il piano d'azione dell'UE sulla proprietà intellettuale, la ripresa e la resilienza, che sottolinea l'importanza di fornire un migliore accesso ai beni rientranti nella proprietà intellettuale per promuovere la ricerca critica: COMMISSIONE EUROPEA, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE. Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per*

*sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, 25 novembre 2020, COM(2020) 760, soprattutto al paragrafo 4. Si veda in generale sulla proprietà intellettuale e sulla sostenibilità, i contributi di O.-A. ROGNSTAD, I.B. ØRSTAVIK (eds.), *Intellectual Property and Sustainable Markets*, Edward Elgar, 2021; in particolare, in relazione al diritto d'autore: S.B. HIRKO, *Rethinking Copyright for Sustainable Human Development. Higher Education and Access to Knowledge*, Routledge, 2022.

<sup>15</sup>Versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea GU C 326/47, 2012.

<sup>16</sup>Enfasi aggiunta.

<sup>17</sup>Versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea GU C 326/13, 2012.

<sup>18</sup>Per l'interpretazione della nozione di sostenibilità si veda, S.R.W. VAN HEES, *Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalizing the Concept*, in “Utrecht Law Review”, vol. 10, 2014, n. 2, p. 62.

<sup>19</sup>La competenza dell'UE in materia di ricerca è stata esercitata principalmente per sviluppare programmi che promuovono la mobilità dei ricercatori, favorire la cooperazione tra i ricercatori e, in generale, istituire uno Spazio europeo della ricerca (SER). L'unico riferimento sostanziale al diritto d'autore nel diritto primario dell'UE si trova nel Titolo II della Parte Terza sulla libera circolazione delle merci del TFUE. Ai sensi dell'articolo 36, le limitazioni alla libera circolazione delle merci possono essere apportate ai fini della tutela della proprietà commerciale e industriale, che è comunemente intesa come comprensiva della tutela della proprietà intellettuale, e che è stata prontamente accettata dalla CGUE come una possibile restrizione alla libera circolazione dei servizi per motivi imperativi di interesse pubblico (AG Kokott, *Conclusioni*, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e altri*, EU:C:2011:43, par. 179, e la CGUE nello stesso procedimento (EU:C:2011:631) al par. 94 con ulteriori riferimenti). Il Trattato contiene norme di competenza generali e specifiche per la proprietà intellettuale negli articoli 114 e 118 del TFUE.

<sup>20</sup>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).

<sup>21</sup>Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (direttiva CDSM).

<sup>22</sup>Direttiva InfoSoc, considerando 1.

<sup>23</sup>Direttiva CDSM, considerando 1.

<sup>24</sup>Direttiva CDSM, considerando 2, nel contesto citato la direttiva fa riferimento solo a “nuovi contenuti”.

<sup>25</sup>Direttiva CDSM, considerando 5.

<sup>26</sup>Direttiva InfoSoc, considerando 4.

<sup>27</sup>Direttiva CDSM, considerando 2 e 3, si veda anche già la direttiva InfoSoc, considerando 4.

<sup>28</sup>Enfasi aggiunta.

<sup>29</sup>Si veda solo J.C. GINSBURG, *How Copyright Got a Bad Name For Itself*, in “The Columbia Journal of Law & the Arts”, vol. 26, 2002, p. 61; C. GEIGER, *The future of copyright in Europe: striking a fair balance between protection and access to information*, in “Intellectual Property Quarterly”, vol. 14, 2010, n. 1; 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”, vol. 11, 2019, pp. 683-696; M.R.F. SENTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004, p. 34 ss.; B.J. JÜTTE, *Finding the Balance in Copyright Law: Internal and External Control Through Fun-*



damental Rights, in P. Torremans (ed.), "Intellectual Property and Human Rights", cit.; vedi anche le note 47 e 52.

<sup>30</sup>TFUE, art. 179.

<sup>31</sup>CONSIGLIO EUROPEO, *EUCO 2/1/11*, rev. 1, 8 marzo 2011.

<sup>32</sup>Il requisito dell'accesso aperto si estende anche ad altri risultati che emergono dalla ricerca finanziata con fondi pubblici.

<sup>33</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, *Horizon Europe, open science: early knowledge and data sharing, and open collaboration*, Publications Office of the European Union, 2021.

<sup>34</sup>La *European Open Science Cloud* mira a costruire infrastrutture per fornire un accesso continuo a dati FAIR e servizi interoperabili per la comunità scientifica. Si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66, del 19 febbraio 2020, appendice al punto 10; cfr. anche ID., *Iniziativa europea per il cloud computing - Costruire un'economia competitiva dei dati e della conoscenza in Europa*, COM(2016) 178, del 19 aprile 2016, e ID., *Commission Staff Working Document - Implementation Roadmap for the European Open Science Cloud*, Bruxelles, 14 marzo 2018, SWD(2018) 83.

<sup>35</sup>ID., *Open Research Europe*.

<sup>36</sup>ID., *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192, 4.1, del 6 maggio 2015.

<sup>37</sup>*Ibidem*.

<sup>38</sup>Regolamento (UE) 2021/694 che istituisce il programma Europa digitale e abroga la decisione (UE) 2015/2240, del 29 aprile 2021, art. 3.

<sup>39</sup>*Ivi*, art. 9, si veda anche considerando 16.

<sup>40</sup>*Ivi*, considerando 61.

<sup>41</sup>*Ivi*, considerando 54.

<sup>42</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale)*, COM(2021) 206, del 21 aprile 2021.

<sup>43</sup>ID., *Proposta di regolamento riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati)*, COM(2022) 68, del 23 febbraio 2022, p. 1.

<sup>44</sup>ID., *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM(2020) 67, del 19 febbraio 2020.

<sup>45</sup>*Ivi*, p. 12.

<sup>46</sup>ID., *Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale)*, COM(2021) 206, del 21 aprile 2021, p. 5.

<sup>47</sup>Si veda sopra la direttiva CDSM, considerando 8.

<sup>48</sup>Una curiosa "eccezione" è rappresentata dal considerando 48 della direttiva InfoSoc che, in relazione alle misure tecnologiche di protezione, afferma che la loro «protezione non dovrebbe costituire un ostacolo alla ricerca sulla crittografia»; la relativa assenza di retorica sulla ricerca può essere interpretata come un'espressione delle preferenze normative (su altri settori) del legislatore UE.

<sup>49</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde - Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione*, COM(95) 382, del 19 luglio 1995.

<sup>50</sup>ID., *Libro verde - Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, COM(2008) 466, del 16 luglio 2008; il *Libro verde* ha riconosciuto in particolare il cambiamento nei comportamenti di accesso dei ricercatori.

<sup>51</sup>ID., *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, COM(2009) 532, del 19 ottobre 2009, p. 7.

<sup>52</sup>Evidenzia questo punto: A. PEUKERT, *Das Verhältnis von Urheberrecht und Wissenschaft*, cit., p. 143.

<sup>53</sup>Si veda più nel dettaglio S. BANNERMAN, *International Copyright and Access to Knowledge*, Cambridge University Press, 2016, cap. 3, con riferimento al processo di redazione della Convenzione universale sul diritto d'autore, durante il

quale è stata presa in considerazione la distinzione tra opere scientifiche e altre opere.

<sup>54</sup>*Ivi*, p. 44.

<sup>55</sup>Si vedano più approfonditamente i lavori citati in nota 4.

<sup>56</sup>Si veda più in dettaglio C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Conceptualizing a 'Right to Research'*, cit.

<sup>57</sup>Si veda *ex multis* C. GEIGER, *Copyright and free access to information: for a fair balance of interests in a globalised world*, in "European Intellectual Property Review", vol. 28, 2006, pp. 366-373; P. AKESTER, *The new challenges of striking the right balance between copyright protection and access to knowledge, information and culture*, in "European Intellectual Property Review", vol. 32, 2010, p. 372; B.J. JÜTTE, *Forcing Flexibility with Fundamental Rights: Questioning the Dominance of Exclusive Rights*, in T.-E. Synodinou, P. Jougoux, C. Markou, T. Prastitou (eds.), "EU Internet Law in the Digital Era", Springer, 2019.

<sup>58</sup>Si veda con ulteriori riferimenti T. RENDAS, *Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Kluwer Law International, 2021, pp. 55-58; C. GEIGER, F. SCHÖNHERR, *Limitations to Copyright in the Digital Age*, in A. Savin, J. Trzaskowski (eds.), "Research Handbook on EU Internet Law", Edward Elgar, 2014, p. 110; M.R.F. SENFTLEBEN, *Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law - The Need for Horizontal Fair Use Defences*, in A. Kur, V. Mizaras (eds.), "The Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?", Edward Elgar, 2011, p. 136; P. BERNT HUGENHOLTZ, M. SENFTLEBEN, *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, Institute for Information Law (IViR) Research Paper n. 2012-33, November 2011. Per un approccio globale si veda T. APLIN, L. BENTLY, *Global Mandatory Fair Use: The Nature and Scope of the Right to Quote Copyright Works*, Cambridge University Press, 2020. Si vedano solo i diversi contributi critici in P. BERNT HUGENHOLTZ (ed.), *Copyright Reconstructed: Rethinking Copyright's Economic Rights in a Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Kluwer Law International, 2018.

<sup>59</sup>Sebbene la recente sentenza della CGUE, causa C-762/19, *CV-Online Latvia*, EU:C:2021:434, abbia forse attenuato la rigida portata della protezione modificando il test di violazione applicabile alle banche dati non originali (cfr. par. 46 della sentenza), un diritto fondamentale alla ricerca più marcato sarebbe utile per interpretare il test a favore dei ricercatori, cfr. E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms*, in "European Intellectual Property Review", vol. 44, 2022, p. 323.

<sup>60</sup>Si veda C. GEIGER, O. BULAYENKO, *Creating Statutory Remuneration Rights in Copyright law: What Policy Options under the International Framework?*, in A. Metzger, H. Grosse Ruse-Khan (eds.), "Intellectual Property Ordering Beyond Borders", Cambridge University Press, 2022; ID., *Scope and enforcement tools to ensure remuneration*, General Report for the ALAI Congress 2015, in S. von Lewinski (ed.), "Remuneration for the use of works, Exclusivity vs. Other Approaches", De Gruyter, 2017.

<sup>61</sup>Si veda su questo tema, nel contesto del riuso creativo, C. GEIGER, *Statutory Licenses as Enabler of Creative Uses*, in K.-C. Liu, R.M. Hilty (eds.), "Remuneration of Copyright Owners, Regulatory Challenges of New Business Models", Springer, 2017.

<sup>62</sup>Eccezioni simili si trovano nell'art. 10(1)(d) della direttiva 2006/115/CE del Consiglio concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale e artt. 6(2) b e 9(b) della direttiva 96/9/CE del Consiglio relativa alla tutela giuridica delle banche dati.

<sup>63</sup>F.J. CABRERA BLÁZQUEZ, M. CAPPELLO, G. FONTAINE, S. VALAIS, *Exceptions and limitations to copyright*, European



Audiovisual Observatory (Council of Europe), 2017, pp. 24-25. Si veda anche la direttiva InfoSoc, considerando 42.

<sup>64</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, 14 September 2016, COM(2016) 593, p. 6, cfr. anche M. SENFTLEBEN, *Study on EU copyright and related rights*, cit., p. 21.

<sup>65</sup>Sul conflitto generale tra diritto d'autore e ricerca e sui suoi probabili effetti si veda: B. RAUE, *Das Urheberrecht der digitalen Wissen(schaft)sgesellschaft*, in "GRUR International", 2017, p. 12.

<sup>66</sup>Direttiva CDSM, considerando 8.

<sup>67</sup>*Ivi*, art. 3.

<sup>68</sup>La durata della conservazione di testi e dati estratti ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, è più breve rispetto a quella prevista dall'articolo 3, paragrafo 2, e l'utilizzo di informazioni liberamente disponibili può essere riservato unilateralmente dal titolare del diritto in questione ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3.

<sup>69</sup>Direttiva CDSM, art. 4(3), cfr. B. RAUE, *Rechtssicherheit für datengestützte Forschung*, in "Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht", 2019, pp. 684-693 e Id., *Die Freistellung von Datenanalysen durch die neuen Text und Data Mining-Schranken*, *ivi*, 2021, pp. 793-802.

<sup>70</sup>Cfr. direttiva CDSM, art. 2(1).

<sup>71</sup>Per una critica si veda P. BERNT HUGENHOLTZ, *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)*, in "Kluwer Copyright Blog", 24 July 2019; R. DUCATO, A.M. STROWEL, *Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues with the EU Copyright Exceptions and Possible Ways Out*, in "European Intellectual Property Review", 2021; C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform*, cit.; Id., *Text and Data Mining: Articles 3 and 4*, cit.; M. SENFTLEBEN, *Compliance of National TDM Rules with International Copyright Law - An Overrated Nonissue?*, in "International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)", vol. 53, 2022, n. 10, pp. 1477-1505.

<sup>72</sup>Cfr. direttiva CDSM, art. 4(2).

<sup>73</sup>*Ivi*, art. 4(3); si veda in particolare sull'*opt-out*: L. GATTI, *The European solution for text and data mining: a focus on the opt-out system provided by article 4 of the DSM Directive*, in "European Intellectual Property Review", vol. 43, 2021, n. 12, p. 765.

<sup>74</sup>Si veda, ad esempio, C. GEIGER, *The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the failed Text and Data Mining Limitations in the CSDM Directive*, PIJIP/TLS Research Paper Series, 2021, n. 66, in M. Senftleben, J. Poort, M. van Eechoud et al. (eds.), "Intellectual Property and Sports, Essays in Honor of Bernt Hugenholtz", Kluwer Law International, 2021, pp. 383-394; S. FLYNN, C. GEIGER, J.P. QUINTAIS et al., *Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for International Action*, in "European Intellectual Property Review", vol. 42, 2020, n. 7, pp. 393-398.

<sup>75</sup>Oltre ai lavori citati in nota precedente, si vedano anche R. DUCATO, A. STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment Making the Case for a Right to "Machine Legibility"*, CRIDES Working Paper Series, 2018, p. 649; C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Crafting a Text and Data Mining Exception for Machine Learning and Big Data in the Digital Single Market*, in X. Seuba, C. Geiger, J. Pénin (eds.), "Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial Intelligence and Big Data", CEIPI/ICTSD Series on Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System, 2018; B. GONZALES OTERO, *Machine Learning Models Under the Copyright Microscope: Is EU Copyright Fit for Purpose?*, in "GRUR International", vol. 70, 2021, n.

11, pp. 1043-1055, secondo cui i potenziali effetti disfunzionali del diritto d'autore e della protezione *sui generis* delle banche dati su altri elementi di un sistema di ML, come i dati di addestramento e le opere da cui i dati derivano, richiedono ulteriori ricerche (a p. 1055).

<sup>76</sup>In tal senso, si veda C. GEIGER, *The Missing Goal-Scorers*, cit.

<sup>77</sup>CGUE, Case C-604/10, *Football Dataco and Others*, EU:C:2012:115, par. 38.

<sup>78</sup>Cfr. direttiva sulle banche dati, art. 7(1).

<sup>79</sup>*Ivi*, art. 9(b).

<sup>80</sup>Inoltre, l'eccezione applicabile alla ricerca per le banche dati non originali può essere esclusa contrattualmente, cfr. art. 15 della direttiva sulle banche dati, che si applica solo ad alcune altre eccezioni, si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Study in Support of the Evaluation of the Database Directive*, pp. 15-16; si veda anche E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui Generis Database Protection 2.0*, cit.

<sup>81</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati)*, del 23 febbraio 2022, COM(2022) 68.

<sup>82</sup>EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, *Opinion of the European Copyright Society on selected aspects of the proposed Data Act*, 12 May 2022.

<sup>83</sup>UNITED NATIONS, *Universal Declaration of Human Rights - UDHR*, United Nations General Assembly resolution 217 A(III), adottata il 10 dicembre 1948.

<sup>84</sup>Id., *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - ICESCR*, United Nations General Assembly resolution 2200 A (XXI), UNTS vol. 993, p. 3, adottato il 16 dicembre 1966.

<sup>85</sup>*Ivi*, art. 15(3), si veda anche UDHR, art. 27(1). Per una panoramica di altre fonti: A.-M. HUBERT, *The Human Right to Science and Its Relationship to International Environmental Law*, in "European Journal of International Law", vol. 31, 2020, n. 2, pp. 625, 628-629; sull'evoluzione di entrambe le disposizioni si veda A. PLOMER, *Patents, Human Rights and Access to Science*, Edward Elgar, 2015, capitoli 3 e 4.

<sup>86</sup>UNITED NATIONS, *ICESCR*, art. 15(1)(b) e (c). Sulla disposizione in generale si veda: K.D. BEITER, T. KARRAN, K. APPIAGYEI-ATUA, *Yearning to Belong: Dining a "Home" for the Right to Academic Freedom in the U.N. Human Rights Covenants*, in "Intercultural Human Rights Law Review", vol. 11, 2016, p. 163 ss.; nonché i contributi in C. GEIGER (ed.), *Intellectual Property and Access to Science and Culture*, cit.

<sup>87</sup>Si veda ad esempio C. GEIGER, *Implementing Intellectual Property Provisions in Human Rights Instruments: Towards a New Social Contract for the Protection of Intangibles*, in Id. (ed.), "Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property", Edward Elgar, 2015.

<sup>88</sup>UNESCO - 39<sup>a</sup> sessione, *Versione rivista della Raccomandazione sulla scienza e i ricercatori scientifici* (Allegato II), 2017.

<sup>89</sup>A. MÜLLER, *Remarks on the Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications (Article 15(1)(b) ICESCR)*, in "Human Rights Law Review", vol. 10, 2010, n. 4, pp. 765 e 775.

<sup>90</sup>Questa funzione della legge sul diritto d'autore costituisce un'espressione della funzione sociale del diritto di proprietà secondo C. GEIGER, *The Social Function of Intellectual Property Rights*, cit., p. 86.

<sup>91</sup>*Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

<sup>92</sup>Cfr. solo L. WOODS, *Article 11 - Freedom of Expression and Information* in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, "The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary", 2<sup>nd</sup> ed., Bloomsbury, 2021.



<sup>93</sup>Per un'analisi più dettagliata dell'ambito di applicazione dell'articolo 11 della Carta dell'UE, si veda C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match*, in "GRUR International", vol. 70, 2021, n. 6, pp. 517, 523-543.

<sup>94</sup>CGUE, causa C-401/19, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, EU:C:2022:297, par. 46; si veda anche la Corte europea dei diritti dell'uomo (sezione) *Yildirim v Turkey* ricorso n. 3111/10, 18 dicembre 2012; si veda anche CGUE, causa C-160/15, *GS Media*, EU:C:2016:644, par. 45 e cause riunite C-682/18 e C-683/18, *YouTube e Cyando*, EU:C:2021:503, par. 65.

<sup>95</sup>CGUE, causa C-469/17, *Funke Medien NRW*, EU:C:2019:623, par. 74.

<sup>96</sup>Corte europea dei diritti dell'uomo (5a sezione) *Ashby Donald e altri c. Francia*, ricorso n. 36769/08, 10 gennaio 2013.

<sup>97</sup>Si veda C. GEIGER, E. IZYUMENKO, *Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression*, in "International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)", vol. 45, 2014, n. 3, pp. 321-322; B.J. JÜTTE, *The Beginning of a (Happy?) Relationship: Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in "European Intellectual Property Review", vol. 38, 2016, n. 1, p. 15; C. GEIGER, E. IZYUMENKO, *Towards a European "Fair Use" Grounded in Freedom of Expression*, in "American University International Law Review", vol. 35, 2019, n. 1, p. 39.

<sup>98</sup>H.D. JARASS, *Artikel 13*, in Id., "Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar", 4<sup>th</sup> ed., C.H. Beck, 2021, par. 4.

<sup>99</sup>Per la spiegazione sull'articolo 13, v. *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*.

<sup>100</sup>D. SAYERS, *Article 13 – Freedom of the Arts and Sciences*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, "The EU Charter of Fundamental Rights", cit.

<sup>101</sup>Cfr. TFUE, art. 179, par. 1 e anche COMMISSIONE EUROPEA, *Migliori carriere e maggiore mobilità: una partnership europea per i ricercatori*, del 23 maggio 2008, COM(2008) 317. <sup>102</sup>Ivi, p. 2.

<sup>103</sup>Cfr. M. RUFFERT, *Artikel 13, par. 7*, in C. Calliess, M. Ruffert (eds.), "EUV/AEU. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar", 6<sup>th</sup> ed., C.H. Beck, 2022.

<sup>104</sup>CGUE, causa C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace e V.*, EU:C:2011:669, par. 34.

<sup>105</sup>Ivi, par. 39.

<sup>106</sup>AG Szpunar, *Conclusioni*, causa C-476/17, *Pelham e altri*, EU:C:2018:1002, par. 96.

<sup>107</sup>Ivi, par. 92.

<sup>108</sup>Più in generale su questo tema si veda C. GEIGER, *Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?*, in "UC Irvine Law Review", vol. 8, 2018, n. 3, pp. 413-458; ID., *Fair Use' through Fundamental Rights in Europe, When Freedom of Artistic Expression allows Creative Appropriations and Opens up Statutory Copyright Limitations*, in S. Balganes, W.L. Ng-Loy, H. Sun (eds.), "The Cambridge Handbook of Copyright Limitations and Exceptions", Cambridge University Press, 2021.

<sup>109</sup>H.D. JARASS, *Artikel 13*, par. 8, cit.

<sup>110</sup>M. RUFFERT, *Artikel 13*, par. 8, in C. Calliess, M. Ruffert (eds.), "EUV/AEU. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union", cit.

<sup>111</sup>H.D. JARASS, *Artikel 13*, parr. 1-2, in Id., "Artikel 13", cit.

<sup>112</sup>T. KINGREEN, *Artikel 14*, par. 3, in C. Calliess, M. Ruffert (eds.), "EUV/AEU. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union", cit.

<sup>113</sup>H.D. JARASS, *Artikel 13*, par. 9, in Id., "Artikel 13", cit.

<sup>114</sup>ID., *Artikel 14*, par. 10, in Id., "Artikel 13", cit.

<sup>115</sup>Si veda B.J. JÜTTE, *Uneducating Copyright - Member States can choose between "full legal certainty" and patchworked licensing schemes for digital and cross-border teaching activities*, in "European Intellectual Property Review", vol. 41, 2019, p. 669, invece di creare un'eccezione chiara e semplice per l'istruzione, il legislatore dell'UE ha optato per un'esclusione facoltativa, che gli Stati membri possono attuare in relazione a determinati tipi di pubblicazioni e utilizzi; si veda sulla loro attuazione divergente che solleva problemi sistemici simili G. PRIORA, B.J. JÜTTE, P. MEZEI, *Copyright and Digital Teaching Exceptions in the EU: Legislative Developments and Implementation Models of Art. 5 CDSM Directive*, in "International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)", vol. 53, 2022, pp. 543-566.

<sup>116</sup>TUE, art. 3(1).

<sup>117</sup>Enfasi aggiunta.

<sup>118</sup>R. STREINZ, *Artikel 3 EUV*, in Id., "EUV/AEU", 3<sup>rd</sup> ed., Beck, 2018, par. 1.

<sup>119</sup>Cfr. AG Sharpston, *Conclusioni*, parere 2/15, EU:C:2016:992, par. 495.

<sup>120</sup>CGUE, causa C-149/96, *Portugal v Council*, EU:C:1999:574, par. 86.

<sup>121</sup>La cosiddetta definizione di Bundtland, basata sull'omonima commissione ONU del 1987 (World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future*, 1987, cap. 2, paragrafo 1). Per una discussione critica e a favore di una nozione più ampia e dettagliata di sostenibilità, si veda S.R.W. VAN HEES, *Sustainable Development in the EU*, cit., p. 75. L'autore propone la seguente definizione: «Sviluppo sostenibile significa stimolare e incoraggiare lo sviluppo economico (ad esempio, più posti di lavoro, creatività, imprenditorialità e reddito), proteggendo e migliorando al contempo aspetti importanti (a livello globale ed europeo) della natura e della società (tra cui il patrimonio naturale, la salute pubblica e i diritti fondamentali) a beneficio delle generazioni presenti e future».

<sup>122</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, del 3 marzo 2010, COM(2010) 2020, p. 5.

<sup>123</sup>ID., *Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità*, del 22 novembre 2016, COM(2016) 739, p. 1.

<sup>124</sup>Ibidem, enfasi aggiunta.

<sup>125</sup>Si veda paragrafo 2.1.

<sup>126</sup>Si veda ad esempio COMMISSIONE EUROPEA, *Energia 2020. Una strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura*, del 10 novembre 2010, COM(2010) 639, p. 18: «È necessario che i ricercatori e le imprese dell'UE intensifichino i loro sforzi per continuare a occupare un ruolo di primo piano nel mercato internazionale, in piena espansione, delle tecnologie energetiche e che cooperino di più con i paesi terzi, se reciprocamente vantaggioso, nel campo di tecnologie specifiche», e ID., *Stato dell'Unione dell'energia 2015*, del 18 novembre 2015, COM(2015) 572, p. 13: «La ricerca e l'innovazione (R&I), così come la competitività, sono fondamentali per accelerare la transizione energetica dell'UE e trarne tutti i benefici in termini di posti di lavoro e di crescita che l'Unione dell'energia può apportare».

<sup>127</sup>In tal senso, si vedano i lavori citati in nota 4.

<sup>128</sup>Per tre potenziali soluzioni, si veda C. GEIGER, *Building an Ethical Framework for Intellectual Property in the EU: Time to Revise the Charter of Fundamental Rights*, in G. Ghidini, V. Falce (eds.), "Reforming Intellectual Property Law", Edward Elgar, 2022, p. 77.

<sup>129</sup>Si veda ad esempio il §35, par. 1 UrhG (legge tedesca sul diritto d'autore e sui diritti connessi) secondo cui qualora l'autore autorizzi l'inclusione dell'opera in una raccolta pubblicata periodicamente, e poi sorga una contestazione, si ritiene che





l'editore o il curatore abbiano acquisito il diritto esclusivo di riproduzione, distribuzione e messa a disposizione del pubblico; tuttavia, l'autore può riprodurre, distribuire e mettere a disposizione del pubblico l'opera allo scadere di un anno, se non diversamente concordato.

<sup>130</sup>Parzialmente critico, soprattutto in relazione al TDM sullo sfondo della legge tedesca sul diritto d'autore: R. KUHLEN, *UrhWissG - das neue Wissenschaftsurheberrecht bleibt regulierungstechnisch unspezifisch problematisch*, in "Information, Wissenschaft & Praxis", vol. 68, 2017, n. 4, pp. 227-245.

<sup>131</sup>C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Conceptualizing a 'Right to Research'*, cit.

<sup>132</sup>CGUE, causa C-4/73, *Nold KG/Commissione*, EU:C:1974:51, paragrafo 14; si veda M. EVERSON, R. CORREIRA GONÇALVES, *Article 16 - Freedom to Conduct a Business*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), "The EU Charter of Fundamental Rights", cit., dove si sottolinea il forte elemento di non discriminazione del diritto al fine di stabilire un mercato competitivo.

<sup>133</sup>CGUE, causa C-418/01, *IMS Health*, EU:C:2004:257.

<sup>134</sup>Seguendo un approccio simile per un diritto alla cybersecurity nell'UE: V. PAPAKONSTANTINO, *Cybersecurity as praxis and as state: The EU law path towards acknowledgment of a new right to cybersecurity?*, in "Computer Law & Security Review", vol. 44, 2022, e B.L. GARRETT, L. HELFER, J.C. HUCKERBY, *Closing International Law's Innocence Gap*, in "Southern California Law Review", vol. 95, p. 311, n. 2, per un nuovo diritto a livello internazionale.

<sup>135</sup>Esistono altri diritti di proprietà intellettuale per ottenere l'esclusiva sui risultati della ricerca funzionale (brevetti) o sulle informazioni commerciali e tecnologiche (segreti commerciali).

<sup>136</sup>Per lo stesso problema nei documenti internazionali sui diritti umani, si veda S.E. FOSTER, *The Conflict between the Human Right to Education and Copyright*, in P. Torremans (ed.), "Intellectual Property Law and Human Rights", cit., p. 376.

<sup>137</sup>Il diritto di ogni individuo di beneficiare della protezione degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica, letteraria o artistica di cui sia autore, UNITED NATIONS - COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant)*, E/C.12/GC/17, 12 January 2006, par. 22-24; si veda anche *Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications*, che al paragrafo 10 afferma: «Fourth, the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications may create tensions with the intellectual property regime, which is a temporary monopoly with a valuable social function that should be managed in accordance with a common responsibility to prevent the unacceptable prioritization of profit for some over benefit for all» (In quarto luogo, il diritto di godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni può creare tensioni con il regime di proprietà intellettuale, che è un monopolio temporaneo con una preziosa funzione sociale che dovrebbe essere gestito in conformità con la responsabilità comune di prevenire l'inaccettabile priorità del profitto per alcuni rispetto al beneficio per tutti). Si veda anche più recentemente UNITED NATIONS - COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15(1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, parr. 58-62 in particolare sulla ricerca scientifica privata e la proprietà intellettuale.

<sup>138</sup>Sull'idea che i diritti di proprietà intellettuale generino anche dei doveri per i titolari, in particolare quello di diffondere

le opere protette dal diritto d'autore, si vedano i lavori citati in nota 4.

<sup>139</sup>Cfr. S.E. FOSTER, *The Conflict between the Human Right*, cit., p. 369 ss.; si veda anche H. GROSSE RUSE-KHAN, *Access to knowledge under the international copyright regime, the WIPO development agenda and the European Communities' new external trade and IP policy*, in E. Derclaye (ed.), "Research Handbook on the Future of EU Copyright", Edward Elgar, 2009; C. GEIGER, *Bilateral Trade and Investment Agreements and the Harmonisation of Copyright Law at International Level: Lessons to be learned from the TTIP*, in T.-E. Synodinou (ed.), "Pluralism or Universalism in International Copyright Law", Kluwer Law International, 2019, p. 279.

<sup>140</sup>Si veda il lavoro precedente sulla reinterpretazione del *three-step-test*, come appare, ad esempio, nell'articolo 5(5) della direttiva InfoSoc: C. GEIGER, R.M. HILTY, J. GRIFFITHS, *A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law*, in "Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law", vol. 2, 2010, n. 1; C. GEIGER, D.J. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, *The Three-Step-Test Revisited: How to use the Test's Flexibility in national Copyright Law*, in "American University International Law Review", vol. 29, 2014, n. 3; in particolare, in relazione alle attività di ricerca, si veda M. SENFTLEBEN, *Study on EU copyright and related rights*, cit., pp. 23-27.

<sup>141</sup>Si veda ad esempio l'introduzione di meccanismi di licenza paneuropei, sebbene limitati alle opere musicali per gli usi online, nella direttiva sulla gestione collettiva dei diritti (direttiva 2014/26/UE del Consiglio sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno) e l'introduzione di licenze collettive estese nella direttiva CDSM (art. 12), sebbene tali meccanismi giuridici, tecnicamente non "eccezioni e limitazioni" ma forme di esercizio del diritto esclusivo, non rientrano presumibilmente nel *three-step-test* (cfr. C. GEIGER, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, in "UNESCO e-Copyright Bulletin", 2007, p. 8).

<sup>142</sup>Si veda in tal senso la pubblicazione congiunta WTO/WIPO/WHO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between public health, intellectual property and trade*, 2<sup>nd</sup> ed., 2021, p. 9: «A balanced copyright system that supports the interests of rights holders and allows access to copyright-protected works can support RD activities and enable the development of digital solutions to support diagnostics and treatment. *Text- and data-mining exceptions have been used in initial research into COVID-19, including for tracking and predicting its spread, and are being used in the search for treatments*» (enfasi aggiunta). (Un sistema di copyright equilibrato che sostenga gli interessi dei detentori dei diritti e consenta l'accesso alle opere protette dal diritto d'autore può sostenere le attività di ricerca e sviluppo e consentire lo sviluppo di soluzioni digitali a supporto della diagnostica e del trattamento. *Le eccezioni per l'estrazione di testo e dati sono state utilizzate nella ricerca iniziale sul COVID-19, anche per tracciare e prevedere la sua diffusione, e vengono utilizzate nella ricerca di trattamenti*). Si veda anche *Statement on Copyright and Proposal of a Waiver from Certain Provisions of the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19 (IP/C/W/669)*, March 22, 2021, sottoscritta da 250 organizzazioni e ricercatori di spicco che chiedono la riduzione delle barriere del diritto d'autore per la prevenzione, il contenimento e il trattamento del COVID-19: «In too many countries, researchers lack the rights they need to use the most advanced research methodologies, such as text and data mining, to help find and develop treatments to COVID-19» (In troppi Paesi i ricercatori non



hanno i diritti di cui necessitano per usare le metodologie di ricerca più avanzate, come l'estrazione automatica di informazione da testi e banche dati, per aiutare a trovare e sviluppare i trattamenti contro il COVID-19). Lo stesso virus è stato scoperto proprio grazie a un progetto di ricerca di estrazione automatica di informazione da testi e banche dati che in molti Paesi non sarebbe legale.

<sup>143</sup> *Conference on the Future of Europe. Report on the final Outcome*, May 2022, che sottolinea l'importanza della ricerca per un futuro sostenibile (Raccomandazione 9), ma il documento lascia anche che le modifiche alla Carta dell'UE siano soggette al voto all'unanimità (Raccomandazione 21).

\* \* \*

### **The Right to Research as Guarantor for Sustainability, Innovation and Justice in EU Copyright Law**

**Abstract:** Research is essential for scientific, cultural, and social advancement and will be crucial for economic and societal recovery in a post-pandemic world. Restrictions to access and use of information contained in copyright-protected expression, however, can constitute significant hindrances to conducting research efficiently, especially since modern research methods rely on accessing, storing and processing large amounts of digitised data. The digital environment and its tremendous potential to enable new forms of research has accentuated the urgency of addressing the issue from a constitutional perspective under the heading of “digital constitutionalism”. This article argues that a “right to research” derived from international and European human and fundamental rights law can play an important role in the future to remove copyright barriers to research activities and to inform reforms towards more sustainable and research-friendly copyright laws in the EU.

**Keywords:** Copyright – Fundamental rights – Right to research – Sustainability – Innovation

## Il diritto umano alla scienza e il diritto morale di aprire le pubblicazioni scientifiche. Open Access, “secondary publication right” ed eccezioni e limitazioni al diritto d’autore

Roberto Caso

Mentre gran parte del dibattito sul rapporto tra diritto umano alla scienza, proprietà intellettuale e diritto d’autore si focalizza sulle eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva (libere utilizzazioni) e sui diritti degli utenti, questo scritto sostiene, sulla scorta di precedenti ricerche, che occorre guardare anche ad altri dispositivi giuridici. Tra questi dispositivi spicca l’attribuzione in capo all’autore di un diritto di apertura dei testi scientifici (c.d. “secondary publication right”) a difesa dell’autonomia e della libertà accademiche, sempre più a rischio. Tale diritto non è un’eccezione o una limitazione del diritto di esclusiva né un diritto dell’utente ma un vero e proprio diritto morale (ed economico) dell’autore di aprire i testi scientifici. Esso è filosoficamente fondato sulla visione kantiana del diritto d’autore (il diritto d’autore non è una proprietà ma un diritto morale a protezione del discorso tra autore e pubblico), sull’uso pubblico della ragione e sulla norma mertoniana che prescrive la messa in comune della conoscenza scientifica. Il diritto di aprire i testi scientifici è una proiezione del diritto umano alla scienza (aperta).

Diritto d’autore – Diritto umano alla scienza – Accesso aperto – Diritto morale di ripubblicazione

SOMMARIO: 1. *Introduzione: il diritto umano e morale di aprire i testi scientifici* – 2. *Il diritto umano alla scienza (aperta) e la proprietà intellettuale* – 3. *La metamorfosi del diritto d’autore europeo, la pseudo-proprietà intellettuale e l’autonomia (perduta) dell’università: il paradosso delle pubblicazioni scientifiche e la regolazione dei dati* – 4. *Il diritto di aprire i testi scientifici: eccezione, diritto dell’utente o diritto morale d’autore?* – 5. *Conclusioni: dal diritto di ripubblicazione al diritto morale (ed economico) di aprire i testi scientifici*

### 1. Introduzione: il diritto umano e morale di aprire i testi scientifici

Mentre gran parte del dibattito sul rapporto tra diritto umano alla scienza, proprietà intellettuale e diritto d’autore si focalizza sulle eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva (libere utilizzazioni) e sui diritti degli utenti, questo scritto sostiene, sulla scorta di prece-

denti ricerche, che occorre guardare anche ad altri dispositivi giuridici. Tra questi dispositivi spicca l’attribuzione in capo all’autore di un diritto di apertura dei testi scientifici (c.d. *secondary publication right*) a difesa dell’autonomia e della libertà accademiche, sempre più a rischio. Tale diritto di aprire all’accesso e al riuso gratuiti i testi scientifici sul web non è un’eccezione o una limitazione del diritto di esclusiva né un

---

R. Caso è professore associato di Diritto privato comparato presso l’Università degli Studi di Trento.

Lo scritto costituisce la rielaborazione con integrazioni, modifiche e note della relazione dal titolo *Il diritto umano alla scienza aperta e l’etica dell’insegnamento* presentata al Convegno “Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto tra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d’autore”, tenutosi a Roma presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), nell’Aula Marconi, il 6 maggio 2022.

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.



diritto dell'utente ma un vero e proprio diritto morale (ed economico) dell'autore di pubblicare in accesso aperto. Esso è filosoficamente fondato sulla visione kantiana del diritto d'autore (il diritto d'autore non è una proprietà ma un diritto morale a protezione del discorso tra autore e pubblico), sull'uso pubblico della ragione e sulla norma mertoniana che prescrive la messa in comune della conoscenza scientifica. Il diritto di aprire i testi scientifici è una proiezione del diritto umano alla scienza (aperta).

Nel paragrafo 2 si accenna al dibattito sul rapporto tra diritto umano alla scienza e proprietà intellettuale, dibattito riaccessibile dalla recente pubblicazione del commento generale n. 25 del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Nel paragrafo 3 si descrive la metamorfosi del diritto d'autore europeo, ragionando sul paradosso che affligge la disciplina dei diritti sulle pubblicazioni scientifiche e il suo nesso con la regolazione dei dati. Nel paragrafo 4 si dà conto della discussione sulla natura del diritto di apertura dei testi scientifici – eccezione, diritto dell'utente o diritto morale dell'autore? – e sui meccanismi giuridici alternativi volti a promuovere l'accesso aperto con riferimento all'interazione tra titolarità originaria e trasmissione contrattuale dei diritti economici. Nelle conclusioni (paragrafo 5) si auspica che il legislatore europeo nella sua prossima opera di armonizzazione renda il *secondary publication right* un vero e proprio diritto di apertura dei testi scientifici, composto dei diritti economici e degli aspetti morali (irrinunciabilità e inalienabilità) legati al diritto umano alla scienza e alla libertà accademica.

## 2. Il diritto umano alla scienza (aperta) e la proprietà intellettuale

All'inizio della pandemia di CoViD-19, il 9 marzo 2020<sup>1</sup>, il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite ha adottato il commento generale n. 25 all'art. 15 (1) (b), (2), (3) e (4) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali<sup>2</sup>, (ri)accendendo il dibattito sul diritto umano alla scienza, sul diritto alla ricerca e sul loro controverso rapporto con la proprietà intellettuale<sup>3</sup>.

L'art. 15 del Patto internazionale riprende con qualche modifica la precedente formulazione sul diritto alla scienza e alla cultura contenuta nell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo<sup>4</sup>.

Il commento generale evidenzia – senza pretesa di originalità – che i diritti di proprietà intellettuale possono entrare in conflitto con il diritto alla scienza

e altri diritti umani fondamentali come il diritto alla salute.

Si pongono in esponente tre problemi:

1. la deviazione dei finanziamenti verso ricerche che garantiscono profitti attraverso i diritti di proprietà intellettuale (ad es., in campo medico e farmaceutico rimangono non finanziate le ricerche sulle malattie rare);
2. la limitazione della circolazione e della condivisione di informazioni fondamentali per la ricerca (ad es., nell'editoria scientifica, la chiusura mediante proprietà intellettuale delle pubblicazioni scientifiche in costose banche dati proprietarie genera una palese ingiustizia: le pubblicazioni risultano inaccessibili a ricercatori che operano in paesi a basso reddito);
3. la barriera all'accesso ai benefici della ricerca scientifica, accesso propedeutico all'esercizio di altri diritti umani come il diritto alla salute<sup>5</sup>.

Per contrastare questi problemi e propiziare un bilanciamento tra diritto alla scienza e diritti di proprietà intellettuale il commento indica le misure appropriate che gli Stati aderenti al patto internazionale devono adottare:

- a) finanziare le ricerche che non sono attraenti per il profitto e sono invece importanti per godere dei diritti economici, sociali e culturali con impegni sia sul piano nazionale sia sul piano della cooperazione internazionale nonché ricorrere a incentivi statali diversi dal riconoscimento di diritti di proprietà intellettuale (c.d. *market-entry rewards*);
- b) garantire a livello nazionale e internazionale la funzione sociale della proprietà intellettuale e un bilanciamento tra diritti di esclusiva e accesso aperto (open access) alla conoscenza scientifica e alle sue applicazioni soprattutto quando l'accesso aperto costituisce il presupposto della realizzazione di altri diritti umani come i diritti alla salute, allo studio e al cibo<sup>6</sup>.

Nello stesso tempo, però, il commento n. 25 non offre indicazioni univoche e definitive per la limitazione della proprietà intellettuale e la promozione della scienza aperta. Com'è stato già rimarcato da altri, alcuni suoi passaggi possono legittimare persino misure di rafforzamento dei diritti di proprietà intellettuale<sup>7</sup>.

In definitiva, il discorso relativo al rapporto tra proprietà intellettuale e diritti umani, di cui il commento n. 25 è solo un esempio, continua a riproporre la sua intrinseca ambiguità che attiene a scelte ideologico-politiche fondamentali.



### 3. La metamorfosi del diritto d'autore europeo, la pseudo-proprietà intellettuale e l'autonomia (perduta) dell'università: il paradosso delle pubblicazioni scientifiche e la regolazione dei dati

Le contraddizioni che affliggono il rapporto tra diritto alla scienza e proprietà intellettuale meritano di essere indagate con riferimento a uno dei centri più rilevanti di produzione e diffusione del sapere scientifico: l'università.

Da una parte si moltiplicano le azioni (e soprattutto le dichiarazioni<sup>8</sup>) che, in applicazione (a una certa interpretazione) del diritto umano alla scienza, promuovono l'apertura della conoscenza da parte dell'università, dall'altra si continua a favorire la privatizzazione della conoscenza sviluppata dalla ricerca accademica<sup>9</sup>. La spinta a privatizzare avviene tramite incentivi derivanti dal sistema di valutazione della ricerca<sup>10</sup> e attraverso la proprietà intellettuale nonché la pseudo-proprietà intellettuale, forme di esclusiva che puntano al controllo dei dati e delle infrastrutture per la loro elaborazione<sup>11</sup>.

Ciò è vero in particolare nell'Unione europea, come dimostrano, persino in epoca pandemica, la strategia sulla proprietà intellettuale per la resilienza e la ripresa<sup>12</sup>, nonché la difesa a oltranza dei diritti di esclusiva di fronte alle istanze di sospensione degli accordi internazionali sulla proprietà intellettuale (*Trade Related aspects of Intellectual Property Rights* o TRIPS) nell'ambito della World Trade Organization volte a garantire su scala planetaria i diritti alla salute e alla vita<sup>13</sup>.

Questa duplicità delle politiche di regolazione del rapporto tra scienza e proprietà intellettuale può essere letta come una contraddizione solo se si ritiene che l'università, la ricerca di base e l'insegnamento debbano svolgere un ruolo rilevante, autonomo e indipendente dalla politica e dal mercato. In altre parole, esiste contraddizione solo se si tengono distinte le sfere del pubblico e del privato, del settore no profit e del settore commerciale. Se, all'opposto, si ritiene che l'università debba essere strumentale a interessi (geo)politici e commerciali, tra le due tendenze c'è convergenza: aprire (un po' ma non troppo) la conoscenza accademica serve (solo) allo sviluppo dell'innovazione tecnologica (nazionale). La privatizzazione della ricerca di base rappresenta perciò la fisiologia del rapporto tra università ed impresa, laddove i confini tra pubblico e privato, tra università e azienda diventano sempre più sfumati<sup>14</sup>.

Senonché, questa seconda visione, che corrisponde all'idea dominante del capitalismo accademico e dell'aziendalizzazione dell'università, materializza rischi concreti per la tenuta della democrazia<sup>15</sup>, moltiplica le disuguaglianze<sup>16</sup>, alimenta i conflitti (anche quelli geopolitici)<sup>17</sup>, e impedisce persino l'innovazione tecnologica che vorrebbe rappresentare l'obiettivo unico o prioritario<sup>18</sup>.

Ne è un esempio la disciplina e la gestione del diritto d'autore relativo alle pubblicazioni scientifiche dei ricercatori universitari. Questi ultimi sottoscrivono contratti con i quali cedono – generalmente senza ricevere un compenso economico – i diritti economici d'autore agli editori. Nella dimensione digitale le pubblicazioni, o meglio i file che le rappresentano, confluiscono in banche dati private che servono non solo alla pubblicazione (tradizionalmente ad accesso chiuso ora anche ad accesso aperto a pagamento per chi scrive) ma anche (e soprattutto) a servizi valutativi basati sulla bibliometria (cioè sul conteggio più o meno sofisticato delle citazioni). I servizi valutativi fanno capo a imprese di analisi dei dati che applicano la sorveglianza massiva e la c.d. intelligenza artificiale per elaborare i dati delle pubblicazioni e i dati personali dei ricercatori allo scopo di praticare modelli commerciali che si basano sulla predizione e sull'influenza comportamentale<sup>19</sup>. Tale sistema alimenta la concentrazione del potere di mercato e informazionale (c.d. capitalismo dei monopoli intellettuali<sup>20</sup>) in capo ad alcune imprese (in massima parte occidentali). In altri termini, l'università non ha più il controllo dei propri dati e non ha il potere computazionale per elaborarli<sup>21</sup>. Per avere accesso alle infrastrutture – e non la proprietà delle<sup>22</sup> – per la conservazione e per l'elaborazione dei dati da essa stessa prodotti deve pagare prezzi elevatissimi e sempre crescenti. Il sistema della comunicazione della ricerca scientifica (infrastrutture e dati) è nel controllo di un manipolo di grandi imprese dell'informatica (piattaforme): i soliti noti del gruppo delle Big Tech (c.d. GAFAM) e i meno noti (al di fuori dell'ambiente scientifico) dell'editoria della sorveglianza (ad es., Elsevier)<sup>23</sup>. Queste piattaforme commerciali difendono tecnologie e dati con la proprietà intellettuale (segreti commerciali, brevetti per invenzione, diritti d'autore, marchi) e la pseudo-proprietà intellettuale (contratti, protezioni tecnologiche e potere di fatto).

La vicenda delle pubblicazioni scientifiche è paradossale sotto diversi profili.

a) Il diritto d'autore sulle pubblicazioni scientifiche si trasforma da strumento di autonomia e libertà accademica a meccanismo di asservimento al sistema autoritario di valutazione numerica e al capitalismo della sorveglianza<sup>24</sup>.



- b) Le pubblicazioni non contano tanto per il pensiero che veicolano quanto per i dati a cui sono riducibili.
- c) Emerge un'evidente distonia tra l'attenzione che i decisori pubblici e produttori di regole riservano ai brevetti universitari (leva del trasferimento tecnologico dall'università all'impresa e pietra filosofale dell'innovazione) e il (quasi) totale disinteresse per il diritto d'autore delle pubblicazioni scientifiche per lo più frutto, come i brevetti universitari, di ricerche finanziate con fondi pubblici<sup>25</sup>.

Il fenomeno descritto è il risultato di più fattori: il disimpegno del settore pubblico e no profit sul piano della creazione e del mantenimento di proprie infrastrutture digitali; la promozione di politiche di valutazione autoritaria della ricerca basate su indicatori quantitativi (indicatori come il numero delle pubblicazioni e dei brevetti); la creazione di un sistema di proprietà intellettuale e pseudo-proprietà intellettuale che favorisce il consolidamento dei monopoli intellettuali come quelli delle grandi piattaforme digitali.

Sotto quest'ultimo aspetto, occorre soffermarsi sulla metamorfosi della normativa sul diritto d'autore nell'ambito dell'Unione europea<sup>26</sup>.

Fin dai primi interventi di armonizzazione nel campo della protezione del software (direttiva 91/250/CEE<sup>27</sup>) e delle banche dati (direttiva 96/9/CE<sup>28</sup>) è apparso chiaro che il legislatore europeo intendesse estendere i diritti di esclusiva a vantaggio degli intermediari commerciali riducendo i margini di libertà di accesso e uso di opere e materiali protetti dal diritto d'autore e dai diritti connessi. La compressione della libertà è avvenuta anche a spese di uno dei principi-cardine di limitazione del diritto d'autore: la dicotomia tra idee, fatti e dati non protetti e forme espressive protette.

Il rafforzamento del diritto d'autore e dei diritti connessi non è andato a vantaggio degli autori né di figure assimilabili (interpreti ed esecutori), ma degli intermediari commerciali e a scapito del pubblico dei fruitori di opere e materiali protetti da diritti di esclusiva. Tant'è che la denominazione di diritto d'autore è diventata depistante: più che di diritto d'autore occorrerebbe parlare di "diritto degli editori" o di "diritto degli intermediari commerciali" tendente al controllo dei dati.

La teoria che promuove l'estensione delle esclusive si basa su un assunto indimostrato: a più esclusiva corrispondono automaticamente più incentivi all'innovazione. L'assunto trova riflesso nella declamazione normativa dell'elevato livello di protezione dei diritti di esclusiva<sup>29</sup>. Inoltre, la stessa teoria impoverisce il dibattito sull'estensione del diritto di esclusiva riducendolo alla sua dimensione economica (i diritti

di esclusiva come incentivi economici). Non a caso, l'Unione europea si è sostanzialmente disinteressata dei diritti morali e della loro relazione con la difesa degli interessi degli autori e la tutela della libertà di espressione del pensiero e dell'informazione.

Da questa prospettiva, la protezione giuridica delle misure tecnologiche di protezione<sup>30</sup> e l'inserimento di un diritto di esclusiva – il diritto *sui generis* connesso al diritto d'autore<sup>31</sup> – a tutela del costituente della banca dati sono le scelte che hanno avuto maggiore impatto negativo sulla ricerca scientifica. Il quadro si è andato complicando (in peggio) con la direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione (direttiva 2001/29/CE o InfoSoc<sup>32</sup>), nella quale il rafforzamento del potere esclusivo si è incentrato sulla triangolazione tra diritti di esclusiva (e in particolare il diritto di comunicazione/messa a disposizione al pubblico), misure tecnologiche di protezione e contratto<sup>33</sup>.

La giustapposizione a tale potere del meccanismo intrinsecamente debole e farraginoso delle eccezioni e limitazioni – armi di distrazione di massa – ai diritti di esclusiva contenute nella stessa direttiva InfoSoc e nelle altre direttive ha generato un notevole contenzioso e, di riflesso, la moltiplicazione delle istanze volte a riscrivere la normativa.

A fronte della rinuncia da parte del legislatore europeo a metter mano a una riforma organica che potesse condurre a un'unica disciplina del diritto d'autore, si è perpetuata una politica volta alla frammentazione degli interventi regolatori, sollecitati di volta in volta dagli interessi più forti e meglio organizzati. Tale politica è culminata nella direttiva copyright 2019/790/UE<sup>34</sup> che ha ulteriormente peggiorato il quadro con le due norme sul nuovo diritto degli editori di giornali relativo alle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online (art. 15) e sulla nuova responsabilità connessa all'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online (art. 17)<sup>35</sup>. L'inclusione di alcune disposizioni che vorrebbero garantire maggiore bilanciamento tra diritto alla scienza e diritti di esclusiva nonché più protezione (economica) degli autori non modifica il giudizio complessivo<sup>36</sup>.

Sotto quest'ultimo aspetto la norma-simbolo di questo tentativo (non riuscito) di riequilibrio tra diritto alla scienza (aperta) e diritto di esclusiva è l'art. 3 sull'eccezione di estrazione di testo e dati in ambito scientifico e culturale<sup>37</sup>. Non si vuole qui entrare nei dettagli della disposizione europea. Su tali dettagli esiste già una vasta letteratura critica<sup>38</sup>. Ai fini del discorso che qui si intende condurre, basterà sottolineare che la disposizione si fonda su premesse discutibili<sup>39</sup>, e cioè che l'estrazione di testo e dati



sia soggetta in alcuni casi ai diritti di esclusiva di titolari di diritti d'autore e *sui generis*<sup>40</sup>, e si pone un obiettivo (la certezza giuridica<sup>41</sup>) destinato inesorabilmente a fallire. La norma, infatti, pone numerosi problemi interpretativi che, come per altre eccezioni e limitazioni, passeranno nelle mani dei giudici, a cominciare da quelle della Corte di giustizia UE<sup>42</sup>.

Si sa che il vero diritto d'autore europeo lo scrive la Corte di Lussemburgo facendo ricorso alla (controversa) tecnica argomentativa del bilanciamento tra diritti fondamentali<sup>43</sup> e dando vita a una giurisprudenza altalenante, i cui esiti finali rimangono imperscrutabili<sup>44</sup>. In altri termini, il bilanciamento ripropone il problema di fondo di quale sia l'assetto di valori su cui poggia la Carta di Nizza e di chi decide in ultima istanza<sup>45</sup>.

Su questo quadro, già ampiamente problematico, l'Unione europea, nell'ambito della c.d. strategia sui dati, sta riversando un profluvio di norme – il riferimento è al c.d. *Data Package* ovvero all'*Open Data Directive*<sup>46</sup>, al *Data Governance Act*<sup>47</sup> e alla proposta di *Data Act*<sup>48</sup> – che incidono sul rapporto tra settore pubblico e privato anche con riferimento alla proprietà intellettuale e alla scienza aperta<sup>49</sup>. Sebbene, tale strategia sia accompagnata da slogan e declamazioni che preludono a un nuovo corso di maggiore condivisione o apertura dei dati (anche quelli della ricerca<sup>50</sup>), c'è da dubitare che il nuovo bilanciamento tra proprietà intellettuale e apertura possa spostare significativamente il peso degli interessi e gli obiettivi politici di fondo, soprattutto in riferimento all'università<sup>51</sup>. Tant'è che, per supplire alle carenze della strategia europea dei dati, è stata avanzata la proposta di un *Digital University Act* con lo scopo di restituire alle istituzioni accademiche e ai ricercatori (un po' di) autonomia e libertà<sup>52</sup>.

#### 4. Il diritto di aprire i testi scientifici: eccezione, diritto dell'utente o diritto morale d'autore?

Sullo sfondo della tutela della libertà accademica, il diritto umano alla scienza si estrinseca nel diritto di partecipare alla creazione della conoscenza scientifica e di condividere i risultati della ricerca. Il diritto alla scienza include altresì il diritto di beneficiare della protezione degli interessi morali derivanti dalla produzione scientifica e letteraria. A ben vedere, esiste un nesso tra la libertà accademica, il diritto di partecipazione-condivisione e la protezione degli interessi morali degli autori di pubblicazioni scientifiche. Tale nesso è sorretto dalla libertà di scegliere se, quando e dove pubblicare o ripubblicare. Ovviamente, scegliere dove

indirizzare la proposta di pubblicazione – chiamata in gergo (freudiano) e con brutto anglicismo: sottomissione – non si traduce in un obbligo a pubblicare da parte dell'editore. Quest'ultimo, a sua volta, rimane libero di pubblicare o rifiutare la pubblicazione.

La natura morale dell'interesse, connessa al diritto di prima pubblicazione o inedito, deriva dal fatto che l'autore scientifico – almeno quello che non confonde la ricerca della verità con il perseguimento del profitto – non intende guadagnare dal commercio del proprio testo, ma vuole comunicare il suo pensiero al pubblico più vasto possibile con la garanzia che il nesso tra nome e testo, nonché l'integrità di quest'ultimo sia rispettata<sup>53</sup>. In questo senso, il diritto si fonda sulla visione kantiana del diritto d'autore<sup>54</sup>, sull'uso pubblico della ragione<sup>55</sup> e sulla norma mertoniana che prescrive la messa in comune della conoscenza scientifica<sup>56</sup>.

Tuttavia, tale natura non è l'unica connotazione del diritto: esso, infatti, è anche un diritto di esclusiva che comprende diritti sia morali sia economici (diritto di riproduzione, elaborazione, distribuzione, comunicazione al pubblico ecc.).

Il diritto ha assunto una nuova connotazione nell'era digitale della scienza aperta. Infatti, esso si traduce nel diritto di pubblicare sul web con la concessione dell'accesso gratuito e di diritti d'uso al pubblico. Ad esempio, il diritto trova realizzazione nella pubblicazione in un archivio o una rivista ad accesso aperto di un articolo scientifico con una licenza Creative Commons.

Sul diritto di ripubblicazione e sul diritto di aprire i testi scientifici è sorto un ampio dibattito<sup>57</sup>. Tale dibattito è stato innescato dall'emanazione negli ultimi dieci anni di normative che in alcuni paesi europei hanno inserito nella legge sul diritto d'autore o in altre sedi dell'ordinamento un diritto di ripubblicazione (c.d. *secondary publication right*) in accesso aperto. Si tratta delle leggi tedesca (2013)<sup>58</sup>, olandese (2015)<sup>59</sup>, austriaca (2015)<sup>60</sup>, francese (2016)<sup>61</sup> e belga (2018)<sup>62</sup>. In Italia l'Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta (AISA) aveva proposto nel 2016 l'introduzione di un diritto ricalcato su alcuni dei modelli legislativi ora elencati<sup>63</sup>. Una proposta parlamentare (c.d. proposta Gallo) che nella XVIII legislatura andava in una direzione simile è rimasta lettera morta<sup>64</sup>. A livello europeo la *Ligue des Bibliothèques Européennes de Recherche – Association of European Research Libraries* (LIBER) ha poi proposto un proprio modello normativo di *secondary publication right*<sup>65</sup>.

Si discute oggi dell'opportunità di procedere a un'armonizzazione europea, visto che il diritto di ripubblicazione è stato introdotto solo in alcuni paesi membri e ha assunto connotati parzialmente diversi nei differenti contesti ordinamentali<sup>66</sup>. Non sorpren-



de, perciò, che si stiano moltiplicando gli appelli a procedere con l'armonizzazione<sup>67</sup>.

Il diritto di apertura dei testi scientifici ha alcuni precedenti nei meccanismi giuridici che, nelle leggi sul diritto d'autore, consentono all'autore la ripubblicazione di articoli precedentemente pubblicati su riviste o saggi apparsi in volumi collettanei. In Italia, ad es., l'art. 42 della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore concede tale libertà, ma la disposizione legislativa è ritenuta derogabile per via contrattuale<sup>68</sup>.

Lo studio della Commissione europea firmato da Christina Angelopoulos nel 2022, nel discutere di pregi e difetti del *secondary publication right*, sostiene che la sua connotazione come diritto morale limiterebbe la libertà dell'editore, ma non darebbe all'autore il diritto di usare l'opera scientifica senza l'autorizzazione del titolare dei diritti (lo stesso editore nel caso frequente in cui l'autore gli abbia ceduto i diritti economici). La difficoltà pratica di armonizzare i diritti morali a livello europeo e l'incompletezza del diritto morale farebbero propendere verso la classificazione del *secondary publication right* in termini di eccezione o limitazione al diritto di esclusiva<sup>69</sup>, tant'è che ad esso sarebbe applicabile il c.d. *three step test*, la clausola generale che governa a livello internazionale, europeo e nazionale la disciplina delle eccezioni e limitazioni.

L'autrice dello studio propende per un inquadramento in termini di eccezione o limitazione intesa come vero e proprio diritto dell'utente<sup>70</sup>. Insomma, il meccanismo si inquadrirebbe nel nuovo corso volto a interpretare e riformare le eccezioni e limitazioni in chiave di diritti degli utenti.

L'opinione, per quanto autorevole e ingegnosa, non è condivisibile.

- a) La difficoltà ad armonizzare i diritti morali ha ragioni politiche (più che pratiche) e non tecnico-giuridiche. I diritti morali sono stati promossi a livello internazionale con la Convenzione di Berna. Non si vede perché non possano essere armonizzati, su scala più piccola, a livello dell'Unione europea. Si tratta di una questione che rappresenta uno dei problemi di fondo dell'impostazione regolatoria europea.
- b) Il diritto di ripubblicazione e di apertura dei testi scientifici non è un'eccezione o una limitazione ai diritti di esclusiva né un diritto dell'utente, ma un vero e proprio diritto morale ed economico dell'autore a difesa della sua libertà di pensiero nella proiezione che ha in ambito scientifico: la libertà accademica<sup>71</sup>.

Muovono in questo senso sia i suoi fondamenti filosofici, sia i lineamenti che ha assunto in alcune leggi europee.

Sotto il primo profilo, si tratta di un diritto dell'autore di comunicare con il pubblico più vasto possibile rimanendo libero da pressioni provenienti dallo Stato, dai finanziatori, dalle istituzioni di appartenenza e dagli editori o altri intermediari della comunicazione scientifica.

Sotto il secondo profilo, va evidenziato – e lo riconosce anche l'autrice dello studio della Commissione europea – che in tutte le leggi il diritto è attribuito all'autore (non al pubblico) e in alcune assume i caratteri dell'irrinunciabilità e dell'inalienabilità. Tali caratteri sono posti a difesa dell'interesse dell'autore a pubblicare in accesso aperto in contrapposizione al potere contrattuale dell'editore.

Vero è che il diritto di apertura dei testi scientifici non è un meccanismo giuridico perfetto e che lo stesso incontra limiti di efficacia sul piano del diritto internazionale privato<sup>72</sup>, ma l'imperfezione è caratteristica comune a tutti i dispositivi giuridici. Né possono trovare accoglimento le obiezioni che vengono mosse sul piano degli interessi degli editori e su quello della limitazione della libertà contrattuale (degli autori e degli editori). Per la gran parte delle ricerche e delle tipologie di opere puramente scientifiche – sicuramente gli articoli su riviste e i capitoli di libri – gli autori possono studiare, scrivere e revisionare testi di altri grazie a fondi pubblici e non ricevono un compenso economico dall'editore. Inoltre, gli autori e le eventuali istituzioni di appartenenza rimangono liberi di comprare servizi editoriali – ad esempio, la stampa cartacea – se ritenuti necessari.

Peraltro, è chiaro che un intervento legislativo europeo che si limitasse ad armonizzare solo il diritto di aprire i testi scientifici sarebbe limitatamente utile ai fini dello sviluppo dell'accesso aperto. Occorre ragionare ad ampio spettro immaginando una riforma organica che agisca su più aspetti del diritto d'autore comprese le eccezioni e limitazioni o i diritti degli utenti<sup>73</sup>.

Al di là della riforma organica, che non può essere approfondita in questa occasione, va rilevato che il diritto di aprire i testi scientifici costituisce un meccanismo migliore – dal punto di vista della tutela delle libertà di pensiero e accademica – di quelli alternativi, già in uso o dei quali si propone l'introduzione, che riguardano la titolarità originaria del diritto d'autore e la trasmissione contrattuale dei diritti economici all'editore.

Il primo meccanismo alternativo, già in uso, è quello della *Rights Retention Strategy* promossa da *Plan S* di *cOAlition S*<sup>74</sup>. In buona sostanza, l'autore o la sua istituzione di appartenenza sono obbligati dal finanziatore a ritenere (conservare) i diritti d'autore. La licenza a pubblicare concessa all'editore deve con-





sentire all'autore o alla sua istituzione l'immediata pubblicazione su un archivio ad accesso aperto con licenza aperta o del manoscritto accettato per la pubblicazione o della versione editoriale o di entrambe le versioni. Il meccanismo giuridico si pone in contrasto con la libertà dell'autore e con le norme che in alcuni paesi europei impediscono di disporre dei diritti d'autore su future opere dell'ingegno<sup>75</sup>. Inoltre, imponendo – salvo eccezioni – l'uso della licenza CC-BY, favorisce la privatizzazione dei testi scientifici<sup>76</sup>.

Il secondo meccanismo alternativo consiste in una modifica legislativa a livello europeo volta ad attribuire la titolarità dei diritti economici all'istituzione a cui l'autore della pubblicazione afferisce. L'attribuzione della titolarità originaria all'istituzione sarebbe soggetta all'obbligo in capo alla medesima di concedere una licenza esclusiva all'autore che gli dia la libertà di scegliere se, quando e dove pubblicare, purché in accesso aperto<sup>77</sup>. Tale proposta desta perplessità per almeno tre ragioni. La prima è che la dislocazione della titolarità dall'autore all'istituzione di appartenenza contraddice un'antica, robusta e pressoché universale norma sociale della scienza posta a difesa della libertà accademica che si traduce nelle disposizioni legislative di attribuzione della titolarità originaria all'autore. Inoltre, la compatibilità dello spostamento di titolarità con le norme costituzionali poste a difesa della libertà di pensiero e accademica rimane dubbia. La seconda ragione è che non sempre gli autori di pubblicazioni scientifiche afferiscono a istituzioni. Ciò vale a maggior ragione in paesi – come l'Italia – che basano gran parte della ricerca scientifica su forme di lavoro precario. La terza ragione è che il meccanismo genera per la sua gestione costi transattivi legati al flusso di comunicazione e notifica tra autore e istituzione di appartenenza.

## 5. Conclusioni: dal diritto di ripubblicazione al diritto morale (ed economico) di aprire i testi scientifici

Se l'Unione europea dovesse decidere di armonizzare il *secondary publication right* dovrebbe puntare a renderlo un vero e proprio diritto di apertura dei testi scientifici, composto di tutti i diritti economici e degli aspetti morali connessi (irrinunciabilità e inalienabilità) al diritto umano alla scienza e alla libertà accademica. L'autore avrebbe la libertà di dare in licenza non esclusiva i diritti economici, ma conserverebbe la titolarità del diritto, una titolarità funzionale all'apertura del testo. L'autore sarebbe spinto ad aprire i testi dagli incentivi valutativi a praticare l'open science sempre più rilevanti nelle politiche dell'Unione

europea e degli Stati membri<sup>78</sup>. Anche se in un mondo ideale (quello della repubblica della scienza e non dell'impero della valutazione) l'autore non dovrebbe aver bisogno di incentivi valutativi per aprire i propri testi scientifici, in quanto sarebbe sufficiente aver ricevuto una buona formazione sulla scienza aperta e aver maturato una convinta adesione all'uso pubblico della ragione e alle norme mertoniane della scienza.

## Note

<sup>1</sup>Il commento generale sul diritto umano alla scienza è stato pubblicato il 30 aprile 2020. UNITED NATIONS, COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR), *General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*.

<sup>2</sup>*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), art. 15: «1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: (a) To take part in cultural life; (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications; (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author. 2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture. 3. The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity. 4. The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields».

<sup>3</sup>Sul rapporto tra diritto alla scienza e proprietà intellettuale v., dopo la pubblicazione del commento generale n. 25, R. CASO, F. BINDA, *Il diritto umano alla scienza aperta*, Trento LawTech Research Paper n. 41, 2020, in G. Perrone, M. Perduca (a cura di), "Così san tutt3 – Diritto alla Scienza, istruzioni per l'uso", Roma, Fandango Libri, 2021, pp. 44-52; P.K. YU, *Can the Right to Science Reduce the Tensions Between Intellectual Property and Human Rights?*, November 10, 2022, in L. Biersay, T. Pogge, P.K. Yu, (eds.), "A Human-Centered Approach to Health Innovations: Reconciling Intellectual Property with Human Rights", 2023, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper n. 22-56. Sulla relazione tra diritto alla ricerca e diritto d'autore v., da ult., C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *The Right to Research as Guarantor for Sustainability, Innovation and Justice in EU Copyright Law*, June 19, 2022, in T.E. Pihlajarinne, J. Mähönen, P. Upreti (eds.), "Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World: An Integrated Framework of Sustainability, Innovation and Global Justice", Edward Elgar Publishing, 2022 (trad. it.: *Il diritto alla ricerca come garanzia di sostenibilità, innovazione e giustizia nel diritto d'autore dell'Unione europea*, a cura di Deborah De Angelis e Laura Sinigaglia, in *questa Rivista*); K.D. BEITER, *Reforming Copyright or Toward Another Science? – A More Human Rights-Oriented Approach Under the REBSPA in Constructing a 'Right to Research' for Scholarly Publishing*, August 15, 2022, in "Brooklyn Journal of International Law", vol. 48, 2023, n. 1.

<sup>4</sup>*Universal Declaration of Human Rights* (1948), art. 27: «1. Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. 2. Everyone has the right to the



protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author».

<sup>5</sup>CESCR, *General comment No. 25*, cit., par. 61.

<sup>6</sup>*Ivi*, par. 62.

<sup>7</sup>P.K. YU, *Can the Right to Science*, cit., p. 11 ss.

<sup>8</sup>In Italia v., ad es., MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, *Piano nazionale della scienza aperta*, 2022.

<sup>9</sup>M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Laterza, 2021, 256 p.

<sup>10</sup>Ad es., nel sistema di valutazione italiano il ricorso ai brevetti da parte dei ricercatori universitari è premiato negli esercizi di valutazione gestiti dal Ministero dell'Università e della Ricerca e dall'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR) come la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR).

<sup>11</sup>R. CASO, *Open Data, ricerca scientifica e privatizzazione della conoscenza*, Trento LawTech Research Paper n. 48, 2022, in corso di pubblicazione in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2022, n. 4-5, pp. 815-836, p. 818 ss.

<sup>12</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE. Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, COM(2020) 760, del 25 novembre 2020.

<sup>13</sup>R. CASO, *Pandemia e vaccini. L'irrisolvibile antagonismo tra scienza aperta e proprietà intellettuale*, 2021, Trento LawTech Research Paper n. 44, in "Rivista critica del diritto privato", con il titolo *Pandemia e vaccini: scienza aperta o proprietà intellettuale?*, 2021, n. 2, pp. 267-286, p. 279 ss.

<sup>14</sup>Cfr. M. HAGNER, *Open access, data capitalism and academic publishing*, in "Swiss Med Wkly", 2018; 148: w14600.

<sup>15</sup>K. MAEX, *Protect independent and public knowledge*, January 8, 2021.

<sup>16</sup>M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, cit., p. 55 ss., a p. 56: «la privatizzazione della conoscenza aggrava la malattia che affligge le nostre società, la disuguaglianza, perché sposta parte della quota del reddito prodotto dal lavoro al capitale e crea allo stesso tempo concentrazione del capitale»; U. PAGANO, *Il capitalismo dei monopoli intellettuali*, in "Menabò Eticaeconomia", 14 dicembre 2021: «il capitalismo dei monopoli intellettuali va distinto delle precedenti forme di capitalismo non solo per comprendere la società in cui viviamo ma anche per proporre rimedi alla tendenza verso una crescente disuguaglianza e una stagnazione forse secolare».

<sup>17</sup>R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoViD-19?*, Trento LawTech Research Paper n. 39, in "BioLaw Journal", 2020, n. 1s, pp. 617-622, p. 618 ss.

<sup>18</sup>V., da differenti prospettive, E.R. GOLD, *The Fall of the Innovation Empire and its Possible Rise Through Open Science*, in "Research Policy", vol. 50, 2021, n. 5; U. PAGANO, *Il capitalismo dei monopoli intellettuali*, cit.

<sup>19</sup>R. SIEMS, *When your journal reads you. User tracking on science publisher platforms*, in "Elephant in the Lab", April 14, 2021; DEUTSCHE FORSCHUNGSGEMEINSCHAFT, *Data tracking in research*, briefing paper, June 18, 2021; C. ASPESI et al., *SPARC Landscape Analysis*, September 22, 2021; J. POOLEY, *Surveillance Publishing*, in "SocArXiv", November 18, 2021.

<sup>20</sup>U. PAGANO, *Il capitalismo dei monopoli intellettuali*, cit.

<sup>21</sup>K. MAEX, *Protect independent*, cit.; M.C. PIEVATOLO, *I custodi del sapere*, in "Bollettino Telematico di Filosofia Politica", 31 maggio 2021; LEAGUE OF EUROPEAN RESEARCH UNIVERSITIES, *Data statement*, December 2021.

<sup>22</sup>Sul tema della fine della proprietà in ambito digitale v. A. PERZANOWSKI, J. SCHULTZ, *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*, The MIT Press, 2016, 249 p.; J. FAIRFIELD, *Owned: Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge University Press, 2017, 256 p.; G. NOTO

LA DIEGA, *The Internet of Things (You Don't Own) under Bourgeois Law: An Integrated Tactic to Rebalance Intellectual Property*, in Id. (ed.), "Internet of Things and the Law: Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies", Routledge, 2022.

<sup>23</sup>B. BREMBS, K. FÖRSTNER, M. GOEDICKE et al., *Plan I – Towards a sustainable research information infrastructure*, Zenodo, January 21, 2021; M.C. PIEVATOLO, *Plan I: un'infrastruttura per riaprire la scienza*, in "Bollettino telematico di filosofia politica", 9 febbraio 2021.

<sup>24</sup>R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Ledizioni, 2020, 209 p., p. 49 ss., p. 127 ss.

<sup>25</sup>R. CASO, *La valutazione autoritaria e la privatizzazione della conoscenza contro la scienza aperta*, Trento LawTech Research Paper n. 52, 2022, in corso di pubblicazione nel volume *Perché la valutazione ha fallito. Per una nuova Università pubblica*, p. 3 ss.

<sup>26</sup>Per un sintetico quadro d'insieme v. R. CASO, G. PASCUZZI, *Il diritto d'autore dell'era digitale*, in G. Pascuzzi, "Il diritto dell'era digitale", V ed., Il Mulino, 2020, 396 p., a p. 195 ss.

<sup>27</sup>Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

<sup>28</sup>Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

<sup>29</sup>V., ad es., il considerando 4 della direttiva 2001/29/CE InfoSoc, e i considerando 3 e 62 della direttiva 2019/790/UE.

<sup>30</sup>Direttiva 91/250/CEE, art. 7.1(c).

<sup>31</sup>Direttiva 96/9/CE. Sulla direttiva banche dati v., da ult., C. SGANGA, *Ventisei anni di direttiva database alla prova della nuova strategia europea per i dati: evoluzioni giurisprudenziali e percorsi di riforma*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2022, n. 3, pp. 651-704.

<sup>32</sup>Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

<sup>33</sup>*Ivi*, art. 6.

<sup>34</sup>Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

<sup>35</sup>Non è un caso che il *Constitutional Law Committee* del Parlamento finlandese abbia recentemente rilevato il contrasto tra il progetto di attuazione della direttiva (UE) 2019/790 e la norma della Costituzione finlandese (art. 16) posta a tutela del diritto allo studio e alla scienza: B. WHITE, *The Fundamental Right to Education and Science: Constitutional Law vs Copyright Law*, Libereurope, January 13, 2023.

<sup>36</sup>M.C. PIEVATOLO, *L'età del privilegio*, in "Il Mulino", 2 aprile 2019: «tecnicamente, la direttiva europea è un'occasione mancata. Ancora una volta si è evitato di chiedersi se, per sostenere socialmente gli autori, siano immaginabili alternative al monopolio legalmente imposto, se la creazione, la condivisione e la rielaborazione delle opere dell'ingegno siano riducibili – salvo eccezioni – a questioni di rendita e di profitto, e se, infine, non valesse la pena esplorare un'impostazione inversa, nella quale l'esclusiva fosse l'eccezione e il pubblico dominio la norma. Politicamente, però, è qualcosa di peggio. Quanti hanno scritto e riscritto le norme sotto dettatura, quanti le hanno sostenute per proteggere le loro rendite; quanti, pur prendendo per eccezioni a favore di biblioteche, università e musei, si sono accontentati delle briciole cadute dal tavolo da gioco di



monopoli vecchi e nuovi, hanno un carattere comune: ciascuno di loro ha agito per il particolare, lasciando l'universale a se stesso. In un momento in cui si fa mostra di preoccuparsi per il risorgere del particolarismo violento di nazionalismi e fascismi, lo spettacolo di un legislatore europeo che abbandona la difesa delle libertà democratiche a una deputata di un partito che si chiama 'pirata' e che si fa sospingere dall'una e dall'altra parte *senza tentare di parlare a tutti* e per tutti, non è soltanto triste: è politicamente pericoloso».

<sup>37</sup>R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, Trento LawTech Research Paper n. 38, 2020, in "Il diritto industriale", 2022, n. 2, pp. 118-126.

<sup>38</sup>V., tra i tanti, C. GEIGER, *The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the failed Text and Data Mining Limitations in the CSDM Directive*, PLJIP/TLS Research Paper Series, 2021, n. 66, in M. Senftleben, J. Poort, M. van Eechoud et al. (eds.), "Intellectual Property and Sports, Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz", Kluwer Law International, 2021, pp. 383-394; T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology*, July 14, 2021, in "GRUR International", vol. 71, 2022, n. 8, pp. 685-701.

<sup>39</sup>R. DUCATO, A.M. STROWEL, *Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues With the EU Copyright Exceptions and Possible Ways Out*, February 1, 2021, in "European Intellectual Property Review", pp. 322-337; S. ORLANDO, *Il diritto di Text and Data Mining (TDM) non esiste*, in questa Rivista: «va affermato con chiarezza che gli artt. 3 e 4 [della direttiva 2019/790/UE] non presuppongono né costituiscono alcun diritto esclusivo di TDM. [...], riteniamo che non soltanto per il diritto internazionale d'autore, ma anche per il diritto euro-unitario, sia sbagliato ritenere esistente di per sé la questione della violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi da parte delle attività di TDM. Anche per il diritto euro-unitario, l'interferenza del TDM con i regimi di esclusiva si pone in relazione alle attività di riproduzione e di estrazione (quest'ultima limitatamente al diritto *sui generis* sulle banche dati) soltanto se e nella misura in cui nel contesto delle operazioni di analisi automatizzata di dati digitali, in che consiste il TDM, vengano poste in essere attività di riproduzione ed estrazione precisamente ed esclusivamente intese nel modo statuito dalle normative che le riservano ai titolari dei diritti di esclusiva. Si tratta dunque di una interferenza solo eventuale e non necessaria. [...], deve inoltre ritenersi che il trattamento automatizzato di dati digitali esclusivamente *machine readable* non comporti di per sé alcuna interferenza con i regimi di esclusiva».

<sup>40</sup>Direttiva 2019/790, considerando n. 8: «[...] in alcuni casi, l'estrazione di testo e di dati può riguardare atti protetti dal diritto d'autore dal diritto *sui generis* sulle banche dati, o entrambi, in particolare la riproduzione di opere o altro materiale, l'estrazione di contenuti da una banca dati o entrambi, come avviene ad esempio quando i dati vengono normalizzati nel processo di estrazione di testo e di dati. Se non sussistono eccezioni né limitazioni è richiesta un'apposita autorizzazione ai titolari dei diritti».

<sup>41</sup>Ivi, considerando n. 11: «È opportuno risolvere la situazione di incertezza giuridica relativamente all'estrazione di testo e di dati disponendo un'eccezione obbligatoria per le università e gli altri organismi di ricerca, così come per gli istituti di tutela del patrimonio culturale, al diritto esclusivo di riproduzione, nonché al diritto di vietare l'estrazione da una banca dati [...]».

<sup>42</sup>Cfr. C. SGANGA, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the CDSM Directive and the Trio of the Grand Chamber of the CJEU*, October 1, 2020, ERA Forum, vol. 21, 2020, pp. 311-339.

<sup>43</sup>Cfr., in riferimento alla Carta di Nizza e al bilanciamento dei diritti della persona E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, 2017, 244 p., a p. 78: «tra luci ed ombre l'immagine della Carta inizia [...] a delinearli: la persona rinviene una protezione [...], attraverso un'ampia gamma di diritti anche di nuova generazione, ma [...] alcuni interessi economici rivendicano il medesimo rango dei diritti della persona e, in caso di conflitto, la soluzione tende ad essere affidata al mero bilanciamento degli interessi».

<sup>44</sup>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", 2019, n. 11.

<sup>45</sup>Sul punto v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 444 p., a pp. 95-96: «[...] si è messa in dubbio la possibilità che la Carta potesse realmente sprigionare tutte le sue energie nella dimensione dell'effettività; le sue norme sono state sovente interpretate proprio alla luce di quella logica neoliberista rispetto alla quale, come già si è ricordato, essa si presenta come una discontinuità. L'effetto di questo atteggiamento, in termini di politica del diritto, è assai singolare, per non dire che si presenta come manifestazione di una incomprensibile logica suicida quando viene abbracciato da chi, in via generale, critica il neoliberismo e le sue proiezioni nell'ambito politico-istituzionale». Per una visione differente v. C. SALVI, *L'invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Marsilio, 2021, 240 p., pp. 146, 149-150: «di fronte al deperimento dei valori novecenteschi il neoproprietarismo propone oggi il valore della dignità umana, e lo pone alla base del potere, affidato soprattutto ai giudici, di operare il 'bilanciamento' tra diritti e interessi, cioè di decidere in un senso o nell'altro conflitti sociali e politici. Il valore della dignità umana sarebbe il criterio assiologico che consente di 'bilanciare' tutti gli altri valori. È difficile [...] condividere questa tesi». [...] «Il diritto della globalizzazione liberista tende a trasferire dai parlamenti, con le loro leggi, ai giudici supremi, o altri organismi 'apolitici', il potere decisionale e regolatorio. La tecnica utilizzata è il 'bilanciamento' tra valori, tra diritti, tra interessi; e la nozione di dignità, proprio per la sua vuota astrattezza, è indicata come il principio dei principi, il criterio assiologico che giustifica la scelta che con il 'bilanciamento' sarà compiuta». [...] «Il costituzionalismo contemporaneo delle corti nazionali e sovranazionali attribuisce invece al giudice sempre più spesso, e nelle più diverse materie, un autonomo potere di 'bilanciamento'. Per affermare che il potere di bilanciamento ha un fondamento normativo, i giudici ricorrono a quella specie di super norma che sarebbe il valore della dignità umana. E tanto più questo è una vuota iperbole, tanto meglio».

<sup>46</sup>Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

<sup>47</sup>Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

<sup>48</sup>Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022) 68, del 23 febbraio 2022.

<sup>49</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, M. EECLOUD, *Study on the Open Data Directive, Data Governance and Data Act and their possible impact on research*, Publications Office of the European Union, 2022; C. SGANGA, *Ventisei anni di direttiva database*, cit., p. 683 ss. Sul rapporto tra *Open Data Directive* e ricerca scientifica v. R. CASO, *Open Data, ricerca scienti-*



fica cit.; M. ARISI, *Open Knowledge. Access and Re-Use of Research Data in the European Union Open Data Directive and the Implementation in Italy*, in “The Italian Law Journal”, 2022, n. 1, pp. 33-73.

<sup>50</sup>Per un inquadramento, in chiave comparata, del regime giuridico dei dati della ricerca v. P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Università di Trento, 2021, 350 p.

<sup>51</sup>R. CASO, *Open Data, ricerca scientifica* cit., p. 819 ss.

<sup>52</sup>K. MAEX, *Protect independent*, cit.: «What we need is a ‘Digital University Act’, aimed at: 1. Public storage and access to research data organised by universities and public infrastructure. 2. Freely accessible university research publications. Open access must not give rise to high publication fees or, worse, to a private company lock-in, whereby universities find themselves trapped in a growing commercial data-analysis industry. 3. Control over digital learning and research tools (productivity tools, learning environments, video conferencing, etc.). These tools should be supplied partly as public infrastructure and partly through collaboration with platform companies, with universities retaining control over the gathering and processing of user data as well as influence on the development of such tools. 4. Access to platform data. The EU should require that researchers and teachers also are given access to platform data for teaching and research purposes. This is crucial for moderating the public space and monitoring public communication».

<sup>53</sup>R. CASO, *La libertà accademica e il diritto di messa a disposizione del pubblico in Open Access*, Trento LawTech Research Paper n. 37, 2019, in “Opinio Juris in Comparatione”, 2019, n. 1, pp. 45-78, a p. 58; R. CASO, G. DORE, *Academic Copyright, Open Access and the “Moral” Second Publication Right*, Trento LawTech Research Paper n. 47, 2021, in “European Intellectual Property Review”, 2022, n. 6, pp. 332-342, a p. 337.

<sup>54</sup>M.C. PIEVATOLO, *Kant: l’illegittimità della ristampa dei libri*, in Id., “La comunicazione del sapere. La questione del diritto d’autore”, 2007-2008.

<sup>55</sup>I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos’è l’illuminismo?*, 1784, traduzione dall’originale tedesco di F. Di Donato, revisione di M.C. Pievatolo.

<sup>56</sup>R.K. MERTON, *Science and Technology in a Democratic Order*, in “Journal of Legal and Political Sociology”, 1942, n. 1, pp. 115-126.

<sup>57</sup>Per riferimenti bibliografici e sitografici al dibattito v. R. CASO, *Il diritto di ripubblicazione in ambito scientifico (secondary publication right)*, 2022.

<sup>58</sup>*Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, aus Nr. 59 vom 08.10.2013, Seite 3728.

<sup>59</sup>*Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet auteurscontractenrecht)*, Staatsblad 2015, 257.

<sup>60</sup>*Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, StF: BGBl. Nr. 111/1936, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2015.

<sup>61</sup>*Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016, Article 30, che modifica il *Code de la recherche*, Article L533-4.

<sup>62</sup>*Wet houdende diverse bepalingen inzake Economie, Belgisch Staatsblad*, 30.07.2018, Artikle 29 che modifica il *Wetboek van economisch recht*, 28.02.2013, Artikle XI.196.

<sup>63</sup>AISA, *Diritto di ripubblicazione in ambito scientifico*, 2016-2023.

<sup>64</sup>D.d.l. n. 1146, Modifiche all’articolo 4 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112, nonché introduzione dell’articolo 42-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di accesso aperto all’informazione scientifica.

<sup>65</sup>LIBER, *Secondary Publication Right v. 2*, 2021; v. anche KNOWLEDGE RIGHTS 21, *A Position Statement from Knowledge Rights 21 on Secondary Publishing Rights*, 2022.

<sup>66</sup>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, p. 33 ss.

<sup>67</sup>V., da ult., ALLEA, *ALLEA Statement on Open Access Publication under “Big Deals” and the New Copyright Rules*, 2022.

<sup>68</sup>V. l’art. 42 della l. 22 aprile 1941, n. 633, *Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

<sup>69</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., p. 37: «at first sight, the clear personal nature of the SPR [Secondary Publication Right] – which belongs to the author of the work, rather than the publisher – speaks towards its classification as a moral right. Its inalienable and unwaivable nature also supports this interpretation. Indeed, the SPR could be viewed as a modern supplement to the moral right of first publication (also known as a right of disclosure) that exists in many European countries. Attractive though this approach is, it is not without complications. To begin, although moral rights may limit the way in which a copyright owner may use a work (e.g., in most countries, he or she cannot publish it without citing the author and cannot subject it to any derogatory action), they do not provide the author with the power to engage in use without the permission of the owner. From a practical perspective, it is also worth noting that, to date, the European legislator has signalled a clear reluctance to harmonise moral rights at the EU level. Classification of the SPR as a moral right could therefore inhibit its adoption as EU law».

<sup>70</sup>*Ivi*, p. 39: «[...] perhaps the most appealing interpretation of the nature of the SPR is as a mechanism for the operationalisation the E&Ls [Exceptions and Limitations] relevant to scientific research – as a means, that is, of transforming them into as true ‘user rights’. From this perspective, the SPR can be approached as an extension to the research exception of Article 5(3)(a) ISD. There are two options here: it could be seen either as supplementing its re-use permissions with access ones to the benefit of users or as enabling beneficiary-authors to make available their works for the purpose of supporting other people’s research. It either case, it achieves its result while respecting the personal interests of authors in controlling the release the work to the public. If this approach is accepted, there would be a strong argument for going beyond publicly-funded research to allow an SPR for all scientific authors. Of course, the SPR is not that discerning: it provides access to all, regardless of the purpose for which they need it. This is an argument for not requiring OA release by the author. In that case, the limited list of and conditions for E&Ls would work as a stop-gap. Any users accessing the publication without a research or other protected objective would find re-use of the work blocked by copyright law».

<sup>71</sup>R. CASO, G. DORE, *Academic Copyright*, cit., p. 337.

<sup>72</sup>R. CASO, *La libertà accademica*, cit., p. 59 ss.; EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., p. 47 ss.



<sup>73</sup>Vi sono molte iniziative che puntano a livello internazionale, regionale e nazionale a riforme organiche del diritto d'autore. A livello dell'Unione europea v. il progetto di ricerca *ReCreating Europe*.

<sup>74</sup>COALITION S, *Plan S, Rights Retention Strategy*: «The Plan S guidance includes the following commitment: 'Where possible, cOAlition S members will ensure by way of funding contracts or agreements that the authors or their institutions retain copyright as well as the rights that are necessary to make a version (either the VoR, the AAM or both) immediately available under an open license. To this end, cOAlition S will develop or adopt a model 'License to Publish' for their grantees'. To deliver on this commitment, cOAlition S Organisations will modify their funding agreements such that:

- Authors (or their organisations) must retain sufficient intellectual property rights to comply with their Open Access requirements.
- Authors (or their organisations) must ensure Open Access to the Author Accepted Manuscripts (AAMs) or the Version of Record (VoR) of research articles, at the time of publication. All research articles must be made available under a Creative Commons Attribution 'CC BY' licence or equivalent or, by exception, if so decided by a cOAlition S

Organisation, a Creative Commons Attribution, NoDerivatives 'CC BY-ND' licence, or equivalent. The grant agreement of most cOAlition S Organisations will stipulate that a Creative Commons Attribution 'CC BY' licence or equivalent (or a Creative Commons Attribution, No Derivatives, 'CC BY-ND' licence if agreed by the cOAlition S Organisation) will be applied to all future Author Accepted Manuscripts ('AAMs') as of the commencement of the grant».

<sup>75</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., pp. 24 ss., 28 ss.

<sup>76</sup>M.C. PIEVATOLO, *Se l'università può essere liberale*, in "Bollettino telematico di filosofia politica", 20 giugno 2020.

<sup>77</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., p. 56.

<sup>78</sup>Sui processi europei di riforma del sistema di valutazione della ricerca v. F. DI DONATO, *Una questione di qualità o una formalità? L'Agreement on Reforming Research Assessment e il processo di riforma della valutazione della ricerca in Europa (1.0)*, Zenodo, 2022.

\* \* \*

### The human right to science and the moral right to open scientific publications

**Abstract:** While much of the debate on the relationship between a human right to science and copyright focuses on the exceptions and limitations to exclusive rights and on users' rights, this paper, on the wake of foregoing studies, argues that it is also necessary to look at other legal mechanisms. In this perspective, it is necessary to reflect on the so called "secondary publication right". This right is an essential tool to defend academic autonomy and freedom, which are increasingly at risk. It is not an exception or a user's right but rather a moral and economic author's right to open scientific texts, which is philosophically rooted on the Kantian vision of copyright (protecting the integrity of the discourse between author and public), the public use of reason and the Mertonian norms of science. The right to open scientific texts is a fundamental aspect of the human right to (open) science.

**Keywords:** Copyright – Human right to science – Open Access – Moral Secondary Publication Right



## 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)<sup>1</sup> 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](http://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 comunitaria<sup>2</sup>. 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)<sup>3</sup>. 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 2000<sup>4</sup>, 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 2009<sup>5</sup>, 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/CEE<sup>6</sup> (e così la sua ricodifica nel 2006)<sup>7</sup> 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)<sup>8</sup>. 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)<sup>9</sup> 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 2001<sup>10</sup>, 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 estensiva<sup>11</sup>, 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 orfane<sup>12</sup> 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 trasmissione<sup>13</sup>, 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))<sup>14</sup>, 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»<sup>15</sup> (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 cultura<sup>16</sup>. 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 frammentate<sup>17</sup>.

## 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 restrittiva<sup>18</sup>, ma senza che ciò pregiudichi la loro effettività e la realizzazione dei loro obiettivi<sup>19</sup>, 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 prerequisite necessario per il funzionamento dell'eccezione stessa.

La decisione più significativa in tal senso resta *Ulmer* (C-117/13)<sup>20</sup>, 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 cartaceo<sup>21</sup>.

La Corte ha negato inoltre che la tale prerogativa possa essere esclusa ove i titolari dei diritti propongano 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 diritti<sup>22</sup>. Sulla stessa linea, in *Vereniging Openbare Bibliotheken (VOB)*<sup>23</sup>, 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 economici<sup>24</sup>, 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 materiali<sup>25</sup>.

## 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 settore<sup>26</sup>, 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 CDSM<sup>27</sup>. Dalla raccolta, classificazione e verifica delle informazioni così raccolte sono stati sviluppati un database pubblicamente disponibile online ([www.copyrightflexibilities.eu](http://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 definizioni<sup>28</sup>, adottando un approccio aperto e flessibile – seppur a volte limitato dalle corti<sup>29</sup> – 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 istruzione<sup>30</sup>, o che in maniera ancora più restrittiva fanno riferimento ai soli istituti identificati dalla legge<sup>31</sup>, o ai soggetti che impartiscono specifiche istruzioni durante attività di insegnamento o ricerca<sup>32</sup>. 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 universitaria<sup>33</sup>; o che anziché menzionare l'istituzione identificano quali beneficiari, genericamente, insegnanti, terze parti coinvolte nella didattica frontale e studenti<sup>34</sup>; 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 missione<sup>35</sup>. 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'istituto<sup>36</sup>. 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 ricerca<sup>37</sup>, o a tutti gli enti pubblici di ricerca<sup>38</sup>.

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 punto<sup>39</sup> 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)<sup>40</sup>, 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 differenti<sup>41</sup>. 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 ricomprensente anche la possibilità di includere le opere in antologie o libri di testo<sup>42</sup>. In generale, a Stati che ampliano le proprie eccezioni di insegnamento e/o ricerca a coprire un vasto novero di usi e diritti<sup>43</sup> si affiancano Stati che limitano la lista a riproduzione e comunicazione al pubblico, seguendo pedissequamente le indicazioni della Direttiva InfoSoc<sup>44</sup>.

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 scolastici<sup>45</sup> o la loro inclusione in raccolte cartacee, media, libri di testo<sup>46</sup>. 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 Svezia<sup>47</sup>.

Sul versante delle opere coperte, la maggior parte delle disposizioni nazionali rimane silente sul punto, introducendo al massimo limiti di carattere quantitativo all'utilizzo<sup>48</sup>. 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 creazioni<sup>49</sup>, 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 vaste<sup>50</sup>, 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 didattico<sup>51</sup>. 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 austriaca<sup>52</sup>, mentre è tipico ritrovare norme *ad hoc* in materia di banche dati<sup>53</sup>.

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 estese<sup>54</sup>, o determinato nei suoi meccanismi di calcolo del corrispettivo, raccolta e distribuzione da disposizioni speciali<sup>55</sup> o dall'autorità giudiziale in mancanza di accordo tra le parti<sup>56</sup>. Tali norme sono anche quelle più frequentemente oggetto di diatribe giudiziali, che contribuiscono a parcellizzare ancora di più il quadro di risposte nazionali<sup>57</sup>.

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 ulteriori<sup>58</sup>, 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 disposizione<sup>59</sup>.

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 ricerca<sup>60</sup>, spesso letto in termini estensivi dalle corti<sup>61</sup>, 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 tema<sup>62</sup>.

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)<sup>63</sup>, 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 culturale<sup>64</sup>. Alcune legislazioni optano per soluzioni ibride, che affiancano a definizioni generali (ad es., istituzioni aperte al pubblico<sup>65</sup>) 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)<sup>66</sup> fino a ricomprendere anche enti non-profit aventi simili obiettivi<sup>67</sup>, o istituzioni specifiche *ad hoc*<sup>68</sup>. Non mancano definizioni più puntuali, orientate però a distinguere tra enti tenuti al pagamento dell'equo compenso ed enti esentati<sup>69</sup>. 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 culturali<sup>70</sup> 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 pubbliche<sup>71</sup> o alle istituzioni educative primarie e secondarie ed alle biblioteche accademiche<sup>72</sup>.

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 esemplificativa<sup>73</sup>, 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 edifici<sup>74</sup>, le opere audiovisive<sup>75</sup>, le opere cinematografiche ed i software in formato digitale<sup>76</sup>, o prevedono in tali



casi un obbligo di remunerazione<sup>77</sup> o il soddisfacimento di ulteriori e variegate condizioni<sup>78</sup>. 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 condizione<sup>79</sup>, o ai limiti massimi pagabili dal bilancio statale<sup>80</sup>.

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 educative<sup>81</sup>, altri escludere queste ultime<sup>82</sup>, altri ampliare includendo ulteriori figure quali gli istituti di ricerca<sup>83</sup>, i centri di documentazione, fino a coprire ogni ente pubblico o che presti servizi pubblici<sup>84</sup>; altri limitarne il novero ad entità<sup>85</sup> 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 utilizzabili<sup>86</sup>, o di estratti di quotidiani, periodici, libri ed altre opere letterarie<sup>87</sup>, o la preservazione di opere cinematografiche o registrazioni audiovisive<sup>88</sup>, 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 audiovisive<sup>89</sup>. In via del tutto speculare, altre legislazioni nazionali hanno esplicitamente escluso dall'oggetto dell'eccezione i programmi per elaboratore<sup>90</sup>, le opere non pubblicate e quelle soggette a diritti connessi<sup>91</sup>.

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 pubblico<sup>92</sup>, distribuzione<sup>93</sup>, alterazione<sup>94</sup>, diritti connessi<sup>95</sup>, spingendosi in rare istanze ad includere anche la trasmissione radiotelevisiva<sup>96</sup>. In un numero limitato di istanze, la riproduzione in qualsiasi formato, anche digitale era stata già ammessa prima dell'avvento della Direttiva CDSM<sup>97</sup>.

Alcune disposizioni prevedono restrizioni sul numero di copie effettuabili, seppure con alcuni correttivi<sup>98</sup>, o richiedono che la riproduzione non aumenti il numero di copie presenti all'interno della collezione<sup>99</sup>. In termini generali, è frequente – ma non uniforme – la limitazione delle copie al numero necessario ai fini della preservazione<sup>100</sup>, mentre sono frammentati e sparsi i riferimenti alla funzione della copia: si va dalla sola sostituzione di elementi mancanti in una collezione<sup>101</sup> 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 culturale<sup>102</sup>, nonché la sua catalogazione ed indicizzazione<sup>103</sup>, o finanche lo scambio di materiale culturale ed opere tra enti no-profit<sup>104</sup>, la messa a disposizione del pubblico di opere audiovisive a fini di *awareness raising*<sup>105</sup> e la restaurazione diretta ad evitare che le opere vadano in obsolescenza tecnologica<sup>106</sup>. La natura suppletiva della copia è spesso utilizzata quale requisito essenziale, spesso con limitazioni nel numero delle riproduzioni effettuabili<sup>107</sup>.

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 mercato<sup>108</sup>, il rispetto del *three-step test*<sup>109</sup> o la remunerazione, tutte e tre presenti a geometria variabile nel territorio dell'Unione<sup>110</sup>.

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-televisive<sup>111</sup>, di istituzioni di ricerca e/o di istruzione<sup>112</sup>, o di altri enti svolgenti attività di preservazione culturale<sup>113</sup>. 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 consentiti<sup>114</sup>, o andare al di là di riproduzione e messa a disposizione del pubblico, includendo anche l'accesso da remoto<sup>115</sup>. 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 scienza<sup>116</sup>. 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 anni<sup>117</sup>, nell'indicazione delle fonti da consultare per la ricerca diligente<sup>118</sup>, 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 orfana<sup>119</sup>.

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 poi<sup>120</sup>, 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 transfrontalieri<sup>121</sup>. 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*<sup>122</sup>.

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 TDM<sup>123</sup>, e alla loro libera escludibilità via contratto<sup>124</sup>. 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*<sup>125</sup>, 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-privato<sup>126</sup>. 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 diversificazione<sup>127</sup>. 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 sicurezza<sup>128</sup>. 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*<sup>129</sup>. 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 comunitario<sup>130</sup>, 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 funzionanti<sup>131</sup>. 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 compenso<sup>132</sup>. 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 nazionali<sup>133</sup>. 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 orfane<sup>134</sup>. 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 CDSMD<sup>135</sup>, 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 nazionali<sup>136</sup>. 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 de-graduate; 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 ricerca<sup>137</sup>, 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 13<sup>138</sup>. 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 coinvolte<sup>139</sup>. 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 nazionali<sup>140</sup>. Sono invece pochi gli Stati che hanno introdotto anche una presunzione di status di opera fuori commercio per specifiche categorie di opere<sup>141</sup>, o stabilito che tale status potesse essere conferito solo in presenza di determinate condizioni<sup>142</sup>. 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 accogliersi 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 aperta<sup>143</sup>. 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

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

<sup>2</sup>La 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.

<sup>3</sup>Su 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.

<sup>4</sup>Su 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.

<sup>5</sup>Direttiva 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.

<sup>6</sup>Direttiva 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.

<sup>7</sup>Direttiva 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.

<sup>8</sup>Al 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.

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

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

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

<sup>12</sup>Direttiva 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.

<sup>13</sup>Nel 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).

<sup>14</sup>Direttiva (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.

<sup>15</sup>Decisione 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.

<sup>16</sup>Come specificato nel terzo considerando della Direttiva Marrakesh.

<sup>17</sup>Di 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.

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

<sup>19</sup>Principio, 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.

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

<sup>21</sup>*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.

<sup>22</sup>*Ivi*, paragrafi 27-28

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

<sup>24</sup>Citando, 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).

<sup>25</sup>*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).

<sup>26</sup>Come già *supra*, nota 2.

<sup>27</sup>Per 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.

<sup>28</sup>Austria (§§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).

<sup>29</sup>Come 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.

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

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

<sup>32</sup>Irlanda, § 53(1) CRRA.

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

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

<sup>35</sup>Sempre in Germania, §47 UrhG-G.

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

<sup>37</sup>Slovacchia, § 45 ZKUASP.

<sup>38</sup>Spagna, art. 32(3)(4)(5) TRLPI.

<sup>39</sup>Bulgaria, 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.



<sup>40</sup>L'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.

<sup>41</sup>Ad 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).

<sup>42</sup>Come in Italia (art. 70(1)-(2) l. aut.)

<sup>43</sup>Es. 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.

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

<sup>45</sup>Tra 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.

<sup>46</sup>Come 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.

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

<sup>48</sup>Austria (§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).

<sup>49</sup>Come 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).

<sup>50</sup>Ad 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).

<sup>51</sup>Art. 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*).

<sup>52</sup>§§ 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).

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

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

<sup>55</sup>Croazia (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).

<sup>56</sup>Così in Belgio (v. *supra*) e in Svezia (§18 URL).

<sup>57</sup>Esempi 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).

<sup>58</sup>Estonia (§§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).

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

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

<sup>61</sup>La 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.

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

<sup>63</sup>Già interpretato da Cass. Civ., 7 marzo 1997, n. 2098.

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

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

<sup>66</sup>Bulgaria, art. 22a(4) BCA.

<sup>67</sup>Cechia, § 37(2) CzCA

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

<sup>69</sup>In Cechia (§37(3) CzCA) e Spagna (art. 37(2) TRLPI).

<sup>70</sup>Belgio (art. XI.192 CDE) e Lussemburgo (art. 65 LuDA).

<sup>71</sup>Croazia (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).

<sup>72</sup>Grecia (art. 22(2) GCA).

<sup>73</sup>Alle 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).

<sup>74</sup>Croazia (art. 34(1) NN).

<sup>75</sup>Cechia (art. 37(3) CzCA).

<sup>76</sup>Danimarca (§19 DCA), Svezia (§19 URL) e Finlandia (§19 NL).

<sup>77</sup>Polonia (art. 28(4) UPA).

<sup>78</sup>In 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.

<sup>79</sup>Come 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.



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

<sup>81</sup>Es. 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).

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

<sup>83</sup>In Polonia (art. 28(1)(2) UPA).

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

<sup>85</sup>Come 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).

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

<sup>87</sup>In Danimarca (§16(b) DCA).

<sup>88</sup>Come 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.

<sup>89</sup>In Lussemburgo (art. 10 LuDA).

<sup>90</sup>Come in Danimarca (§16 DCA) e in Svezia (§16 URL).

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

<sup>92</sup>È 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).

<sup>93</sup>In Danimarca (§16(1) DCA) e Svezia (§16 URL).

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

<sup>95</sup>In Belgio (art. XI.217, 11° CDE).

<sup>96</sup>§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.

<sup>97</sup>Cfr. 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.

<sup>98</sup>Il §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.

<sup>99</sup>Art. 28(2) UPA (Polonia).

<sup>100</sup>V. 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").

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

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

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

<sup>104</sup>In Grecia (art. 22(1) GCA).

<sup>105</sup>Art. 10 LuDA (Lussemburgo).

<sup>106</sup>Così in Olanda (art. 16n AW).

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

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

<sup>109</sup>Belgio (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).

<sup>110</sup>Particolarmente 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.

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

<sup>112</sup>Estonia (§276 AutÕS), Lituania (art. 89(1) LiCA).

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

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

<sup>115</sup>Danimarca (§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).

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

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

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

<sup>119</sup>L'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.

<sup>120</sup>Come 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.

<sup>121</sup>Direttiva 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.»

<sup>122</sup>Direttiva CDSM, sesto considerando.

<sup>123</sup>Direttiva CDSM, settimo considerando.

<sup>124</sup>Direttiva CDSM, decimo considerando.

<sup>125</sup>Direttiva 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.

<sup>126</sup>Direttiva CDSM, dodicesimo considerando.

<sup>127</sup>*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».

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

<sup>129</sup>Direttiva CDSM, diciassettesimo considerando.

<sup>130</sup>Tra 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.

<sup>131</sup>Come 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

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

<sup>133</sup>Il 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.

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

<sup>135</sup>L'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.

<sup>136</sup>Una 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).

<sup>137</sup>È 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.

<sup>138</sup>In 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.

<sup>139</sup>Come 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).

<sup>140</sup>In 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).

<sup>141</sup>Il §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.

<sup>142</sup>In 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.

<sup>143</sup>Ai 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



## Il diritto di *Text and Data Mining* (TDM) non esiste

Salvatore Orlando

L'a. analizza le disposizioni della direttiva copyright nel mercato unico digitale (direttiva (UE) 2019/790: CDSMD) relative alla c.d. eccezione di *Text and Data Mining* al fine di stabilire se per consentire le attività tecniche implicate dalle operazioni di "estrazione di testi e di dati" (TDM) ci sia sempre e necessariamente bisogno o di una eccezione o di una licenza come contemplato dagli artt. 3 e 4 CDSMD. Sulla base di una interpretazione in linea con la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla nozione di riproduzione (in particolare il caso *Pelham*), l'a. argomenta per la conclusione negativa, affermando che la riproduzione di dati leggibili solo dagli elaboratori (*machine readable data*) non comporta un'attività di riproduzione o di estrazione riservata dai diritti menzionati negli artt. 3 e 4 CDSMD. L'a. osserva dunque che le attività di analisi automatizzata di testi e di dati in formato digitale (ossia le attività di TDM, secondo la relativa definizione), avendo ad oggetto normalmente dati leggibili solo dagli elaboratori non comportano nemmeno ordinariamente un problema di interferenza con i diritti considerati dagli artt. 3 e 4 della direttiva (UE) 2019/790. L'a. ulteriormente argomenta che nel diritto della UE i "dati" non formano oggetto dei diritti di riproduzione ed estrazione menzionati nella direttiva in commento né di altri diritti di proprietà intellettuale. Su queste basi, l'a. conclude affermando l'inesistenza di un diritto esclusivo di TDM.

Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (CDSMD) – Estrazione di testo e dati (TDM)  
– Intelligenza artificiale – Diritto di riproduzione – Diritto *sui generis* – Diritto di estrazione

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'annuncio del Governo del Regno Unito di una prossima eliminazione di qualunque restrizione alla c.d. eccezione di *Text and Data Mining* (TDM) – 3. Lo studio del 2022 della Commissione europea su copyright e nuove tecnologie – 4. L'interpretazione della direttiva copyright nel mercato unico digitale (CDSMD) ed il rischio di creare regole (inesistenti) dalle eccezioni – 5. Nella legislazione europea, i "dati" non formano oggetto dei diritti esclusivi menzionati dagli artt. 3 e 4 CDSMD né di altri diritti di proprietà intellettuale – 6. Il rischio di equivoco linguistico sulla parola "estrazione": l'esclusiva rilevanza (ai fini della c.d. eccezione di TDM) del diritto di estrazione previsto dalla direttiva banche dati 96/9/CE e la diversa nozione di "mining" nella CDSMD – 7. Relativamente alla sola disciplina italiana di recepimento della CDSMD (art. 70-ter, co. 1, l.a.): l'inesistenza di un generale divieto di comunicazione al pubblico dei risultati delle ricerche compiute in esito all'applicazione di tecniche di TDM – 8. Il sillogismo alla base della c.d. eccezione di TDM – 9. Non è vero che il TDM comporti necessariamente attività di riproduzione o estrazione riservate ex lege nella legislazione europea – 10. Il concetto di riproduzione e i dati leggibili solo dagli elaboratori elettronici – 11. Non è vero che il TDM comporti nemmeno ordinariamente attività di riproduzione o estrazione riservate ex lege nella legislazione europea – 12. Le tendenze del nuovo diritto europeo sui

---

S. Orlando è professore ordinario di Diritto privato presso Sapienza - Università di Roma e direttore dell'OGID (Osservatorio Giuridico sull'Innovazione Digitale).

Lo scritto riprende, con integrazioni e note, la relazione dal titolo *L'eccezione di Text and Data Mining e le nozioni legali di "informazioni" e "dati" nella legislazione del mercato unico digitale* svolta dall'a. al Convegno "Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto tra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d'autore", tenutosi a Roma presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), nell'Aula Marconi, il 6 maggio 2022.

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.



*dati e la diversa interpretazione della CDSMD in funzione di protezione dei diritti di proprietà intellettuale – 13. Il TDM come risorsa (invece che pericolo) per l'industria del copyright – 14. Conclusioni*

## 1. Premessa

Nel presente intervento analizzeremo le disposizioni della direttiva (UE) 2019/790, c.d. direttiva copyright nel mercato unico digitale (di seguito anche “direttiva CDSM” o solo “CDSMD” dal suo acronimo in lingua inglese)<sup>1</sup> relative alla c.d. eccezione di *Text and Data Mining* (artt. 3<sup>2</sup> e 4<sup>3</sup> CDSMD), al fine di stabilire se per consentire le attività tecniche poste in essere ai fini delle operazioni di *Text and Data Mining* (TDM) ci sia sempre e necessariamente bisogno o di una eccezione di legge o di una licenza nelle forme di legge<sup>4</sup>.

La conclusione che ne trarremo, per i motivi di seguito illustrati, è negativa. Tale conclusione può generalmente tradursi nell’affermazione dell’inesistenza di un diritto esclusivo di TDM.

## 2. L’annuncio del Governo del Regno Unito di una prossima eliminazione di qualunque restrizione alla c.d. eccezione di *Text and Data Mining* (TDM)

Il 28 giugno 2022, l’*Intellectual Property Office* del Regno Unito ha pubblicato un documento in esito ad una consultazione pubblica avviata il 29 ottobre 2021 avente ad oggetto le seguenti tre questioni: 1) se e come modificare il regime del copyright in relazione ai contenuti generati dagli elaboratori elettronici (*computer-generated works*); 2) se e come modificare il regime del c.d. *Text and Data Mining*; 3) se e come modificare il regime delle invenzioni e dei brevetti in relazione agli output di sistemi di intelligenza artificiale<sup>5</sup>.

In esito alla consultazione pubblica, la posizione del Governo del Regno Unito, come dichiarata nel citato documento del 28 giugno 2022 (di seguito il “Documento del 28 giugno 2022”) è nel senso di non introdurre allo stato alcuna modifica alle normative del Regno Unito riguardanti le questioni *sub* 1) e 3), ma di innovare il regime del c.d. *Text and Data Mining* (questione *sub* 2)), nel senso di eliminare qualsiasi restrizione alle attività di TDM fondata sul diritto di autore e sul diritto *sui generis* sulle banche dati attraverso l’introduzione di una nuova eccezione a tali diritti che consenta le attività di TDM per qualsiasi finalità. Nel Documento del 28 giugno 2022, viene annunciato che il Governo del Regno Unito individuerà le modifiche legislative più adeguate al fine di conseguire questo obiettivo senza ritardo.

Per comprendere l’importanza della posizione annunciata dal Governo del Regno Unito nel Documento

del 28 giugno 2022, si deve ricordare che il Regno Unito aveva già emanato una specifica normativa prima della direttiva CDSM<sup>6</sup>. Si tratta delle norme (ancora in vigore in attesa delle modifiche annunciate dal Documento del 28 giugno 2022) contenute nella sezione 29A del *Copyright, Designs and Patents Act 1988* rubricata “Copie per analisi di testo e di dati per ricerca non commerciale” (*Copies for text and data analysis for non-commercial research*) che, con una serie di specificazioni e condizioni, seguono l’impostazione per la quale l’eccezione si applica solo limitatamente alle copie effettuate per finalità di ricerca non commerciale<sup>7</sup>.

Le attività di *Text and Data Mining* sono definite nel Documento del 28 giugno 2022 come (nostra traduzione) «l’uso di tecniche computazionali per analizzare grandi quantità di informazioni al fine di individuare modelli, tendenze ed altre informazioni utili»<sup>8</sup>. Nella direttiva CDSM la definizione è la seguente: «“estrazione di testo e di dati” (text and data mining): qualsiasi tecnica di analisi automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni» (art. 2 CDSMD).

Degno di nota è che il Documento del 28 giugno 2022 abbia posto al centro della questione l’importanza delle attività di TDM per lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale, come si vede dallo stesso *wording* del quesito oggetto della consultazione pubblica: *Licenze o eccezioni per il TDM, che è spesso rilevante per l’uso e lo sviluppo dell’IA* (e v. i punti da 31 a 62 del Documento del 28 giugno 2022), e, ancor più significativamente nel punto 62 del Documento del 28 giugno 2022: «The Government’s ambition is to make the UK a global centre for AI innovation. The new exception will ensure the UK’s copyright laws are among the most innovation-friendly in the world [...]».

Le opzioni regolamentari che erano state sottoposte alla consultazione pubblica erano le seguenti: opzione 0 = nessun cambiamento rispetto all’assetto normativo esistente, ovvero mantenere l’attuale eccezione limitata alle copie per ricerca non commerciale; opzione 1 = modificare le regole sulle licenze relativamente al TDM; opzione 2 = estendere l’eccezione alla ricerca commerciale; opzione 3 = estendere l’eccezione a qualsiasi scopo, con facoltà di *opt-out* in favore dei titolari dei diritti; opzione 4 = estendere l’eccezione a qualsiasi scopo, senza facoltà di *opt-out* in favore dei titolari dei diritti.



In esito alla consultazione pubblica, la posizione del Governo del Regno Unito è stata nel senso dell'opzione 4, ed è stata motivata come segue (nostra traduzione): «(59) L'introduzione di una eccezione che si applica al TDM commerciale porterà benefici a un'ampia platea di stakeholders nel Regno Unito, tra cui ricercatori, sviluppatori di IA, piccole imprese, istituzioni di tutela del patrimonio culturale, giornalisti e cittadini impegnati in attività civicamente rilevanti [engaged citizens]. Prodotti e servizi disegnati per i clienti [targeted products and services] governeranno alle imprese e ai clienti. I risultati della ricerca potranno giovare anche al più ampio pubblico. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, supportando la ricerca e l'innovazione nella salute pubblica. Alcuni utilizzano il TDM e l'IA anche nei settori industriali legati alla creatività per comprendere il mercato o creare nuove opere – anche essi vedranno benefici. I benefici ridurranno il tempo necessario per ottenere l'autorizzazione da molteplici titolari di diritti e non saranno dovute commissioni di licenza. Ciò comporterà un'accelerazione del TDM e dello sviluppo della IA. (60) Questi cambiamenti valorizzano al meglio le possibilità conseguenti alla Brexit. Esse aiuteranno a rendere il Regno Unito più competitivo come sede di stabilimento per aziende che fanno data mining. (61) I titolari di diritti non potranno più chiedere compensi per licenze rette dalla legge del Regno Unito a titolo di TDM e non potranno negoziare o esercitare facoltà di *opt-out* per l'eccezione. Il nuovo regime può anche avere conseguenze per coloro che hanno costruito modelli di impresa anche intorno alle licenze di dati. Tuttavia, i titolari di diritti manterranno salvaguardie per proteggere i loro contenuti. La maggiore salvaguardia consisterà nel requisito di un accesso legittimo. Ciò sta a significare che i titolari dei diritti possono scegliere la piattaforma dalla quale essi rendono le loro opere accessibili, e possono chiedere compensi per l'accesso attraverso abbonamento o per singoli accessi. Essi potranno anche adottare misure per assicurare l'integrità e la sicurezza dei loro sistemi. (62) L'ambizione del Governo è di fare del Regno Unito un centro mondiale per l'innovazione dell'IA [...]».<sup>9</sup>

### 3. Lo studio del 2022 della Commissione europea su copyright e nuove tecnologie

Per quanto riguarda il diritto euro-unitario, come risultante dal sistema della c.d. eccezione di TDM designata dalla CDSMD giova segnalare sin da subito un recente studio commissionato dalla Commissione

europea, intitolato *Study on copyright and new technologies: copyright data management and artificial intelligence*<sup>10</sup>, nel quale si trovano alcune interessanti osservazioni dedicate al TDM.

Da questo studio emerge innanzitutto la piena consapevolezza dell'importanza delle attività automatizzate di analisi dei dati per lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale<sup>11</sup>.

Tale consapevolezza non è viceversa manifestata nella CDSMD, nella quale nessun articolo e nessun considerando menzionano l'intelligenza artificiale (né a proposito dell'eccezione di TDM né a proposito di altri istituti)<sup>12</sup>.

In secondo luogo, in questo studio si mette in dubbio che qualsiasi applicazione di TDM comporti di per sé una violazione dei diritti di proprietà intellettuale interessati dal sistema delle eccezioni e delle limitazioni introdotto dagli artt. 3 e 4 CDSMD<sup>13</sup>. In particolare, in questo studio si espone il dubbio che le attività strumentali al TDM siano tali da violare sempre il diritto di riproduzione, come contemplato dalla legislazione euro-unitaria rilevante ai sensi degli artt. 3 e 4 CDSMD. A tal proposito, si afferma essere rilevante stabilire se l'opera protetta sia riconoscibile (*recognisable*) e dunque sfruttata (*exploited*) nel corso del processo di TDM o successivamente, nel senso che solo in questo caso possa predicarsi un'interferenza potenzialmente lesiva del diritto di riproduzione in assenza di elementi di fatto integranti un'eccezione o una licenza ai sensi degli artt. 3 e 4 CDSMD<sup>14</sup>.

Nel medesimo studio, contemporaneamente, si prende posizione in favore di quella che viene definita come esigenza di rivisitazione del concetto di riproduzione, dichiaratamente in linea con parte della dottrina<sup>15</sup>, e si dà conto della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Pelham*<sup>16</sup>, come precedente citato a supporto di una simile rivisitazione nel segno del criterio della riconoscibilità<sup>17</sup>.

Il dubbio sollevato in questo studio appare meritevole di approfondimento sia per le sue ricadute pratiche (relativamente allo sviluppo della ricerca e dell'impresa nel campo dell'intelligenza artificiale) sia per le implicazioni sistematiche (relativamente alla tassonomia, alla natura e al contenuto dei diritti di proprietà intellettuale) sia per l'incisione delle libertà e dei diritti fondamentali interessati dai temi della conoscenza nell'era digitale (relativamente alle effettive possibilità di formazione, fruizione e trasmissione della conoscenza nell'era dei dati digitali, implicate dall'accesso alle tecniche di analisi automatizzata di dati digitali e dalla circolazione dei relativi risultati).



#### 4. L'interpretazione della direttiva copyright nel mercato unico digitale (CDSMD) ed il rischio di creare regole (inesistenti) dalle eccezioni

A proposito del sistema della c.d. eccezione di TDM nella CDSMD (artt. 3 e 4 CDSMD)<sup>18</sup>, si deve evidenziare innanzitutto, dal punto di vista ermeneutico, il rischio di creare regole dalle eccezioni, ossia il rischio che non interpretando correttamente la nuova disciplina se ne facciano derivare norme inesistenti.

Una lettura superficiale della CDSMD può portare alla conclusione che le attività di TDM non possano essere legittimamente poste in essere se non nei ristretti limiti soggettivi ed oggettivi contemplati dagli artt. 3 e 4 della medesima direttiva. Questa è una interpretazione sbagliata della nuova disciplina, la quale, invece, segue lo schema dell'eccezione, tale per cui, alcune attività riservate ai titolari di certi diritti esclusivi (che hanno ad oggetto tali attività) possono eccezionalmente essere poste in essere da terzi nella cornice di determinate circostanze. La nuova disciplina in commento consente eccezionalmente a determinati terzi di porre in essere alcune attività riservate ai titolari di certi diritti esclusivi se ricorrono determinate circostanze, tra le quali la circostanza che le medesime attività siano *poste in essere "ai fini" di TDM ("ai fini dell'estrazione di testo e di dati")*. Dunque il TDM (ossia l'estrazione di testo o di dati, ossia l'analisi automatizzata di dati in formato digitale) non è – nello schema logico della nuova disciplina – l'attività riservata ai titolari di diritti esclusivi, bensì è un elemento di fatto che concorre insieme ad altri a consentire eccezionalmente a terzi di porre in essere certe attività riservate ai titolari di diritti esclusivi. Laddove le attività riservate vengano poste in essere ai fini del TDM, allora, ricorrendo certe ulteriori condizioni, devono avere applicazione i regimi dell'eccezione dell'art. 3 e delle eccezioni e/o le limitazioni dell'art. 4 CDSMD.

L'errore sopra denunciato è tuttavia ricorrente, con la conseguenza che non di rado si trova affermato che il TDM (ossia l'analisi automatizzata di dati in formato digitale) sarebbe l'attività riservata che può essere eccezionalmente esercitata da terzi nelle ristrette circostanze di cui agli artt. 3 e 4 CDSMD<sup>19</sup>. Da cui anche una serie di commenti allarmati, che, effettivamente, sarebbero giustificati se questa interpretazione della nuova disciplina fosse corretta<sup>20</sup>; mentre l'allarme va rivolto verso la pervasiva ed inquietante diffusione dell'interpretazione errata, perché è ormai ricorrente sentir parlare di "diritti di TDM" nel contesto di "licenze di TDM"<sup>21</sup>. Nulla di più sbagliato.

Tutto al contrario, bisogna riaffermare che le attività riservate sono invece soltanto la "estrazione" e la "riproduzione" e non le attività di TDM. E qui c'è un altro pericolo di confusione, perché alle parole "estrazione" e "riproduzione" non può attribuirsi qualsiasi significato, anche eventualmente tratto dal linguaggio comune. Si tratta di attività che hanno una precisa definizione giuridica in quanto formano precisamente gli *oggetti* dei diritti esclusivi omonimi assoggettati alle eccezioni e limitazioni della nuova disciplina: il "diritto di estrazione" e il "diritto di riproduzione".

Ed infatti, e specificamente, nel regime dell'art. 3 CDSMD si tratta:

- dell'eccezione al diritto di riproduzione come previsto dall'articolo 5, lettera a) della direttiva banche dati 96/9/CE;
- dell'eccezione al diritto di estrazione come previsto dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva banche dati 96/9/CE;
- dell'eccezione al diritto di riproduzione come previsto dall'articolo 2 della direttiva InfoSoc 2001/29/CE;
- dell'eccezione al diritto di riproduzione come previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, della medesima CDSMD (pubblicazioni giornalistiche, utilizzo online);

Nel regime dell'art. 4 CDSMD, si tratta:

- delle eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione come previsto dall'articolo 5, lettera a) della direttiva banche dati 96/9/CE;
- delle eccezioni o limitazioni al diritto di estrazione come previsto dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva banche dati 96/9/CE;
- delle eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione come previsto dall'articolo 2 della direttiva InfoSoc 2001/29/CE;
- delle eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione come previsto dall'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva software 2009/24/CE;
- delle eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione come previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, della medesima CDSMD (pubblicazioni giornalistiche, utilizzo online).

Dunque, quando gli artt. 3 e 4 CDSMD prevedono che gli Stati membri debbano disporre, rispettivamente, un regime di eccezioni (art. 3) e di eccezioni e limitazioni (art. 4) ai diritti esclusivi sopra elencati per le "riproduzioni" e le "estrazioni" effettuate da terzi "per fini di estrazione di testo e dati" da opere e altri materiali protetti, intendono dire che le attività di "riproduzione" e le attività di "estrazione" in questione sono esattamente quelle attività riservate ai titolari degli stessi diritti esclusivi ivi menzionati,



ossia sono precisamente *ed esclusivamente* le attività che formano l'oggetto di quei diritti esclusivi, con la conseguenza che se i terzi pongono in essere attività diverse da quelle di riproduzione ed estrazione riservate, la nuova disciplina non ha campo, perché non si tratta di attività riservate. Per comprenderci: se terzi pongono in essere attività di TDM esterne ad attività di riproduzione ed estrazione in senso tecnico, la disciplina non ha campo, perché l'attività di TDM non è di per sé riservata.

Pertanto, le attività di TDM, lungi dall'essere l'attività riservata su cui la nuova disciplina disegna eccezioni e limitazioni, è un'attività che può consentire un'eccezione o una limitazione dei diritti esclusivi che hanno ad oggetto le (diverse) attività che ne formano l'oggetto, e che sono le uniche attività riservate, ossia la riproduzione e l'estrazione in senso tecnico.

Per comprendere rettamente la nuova disciplina, è, pertanto, assolutamente (ed esclusivamente) necessario rivolgersi a quei diritti esclusivi per lumeggiarne, innanzitutto, l'oggetto.

Nei successivi paragrafi, evidenzieremo che le attività di riproduzione e di estrazione che formano l'oggetto degli omonimi e sopra elencati diritti esclusivi non hanno a loro volta ad oggetto i "dati", e, proseguendo, proveremo a chiarire ulteriori equivoci ai fini della esatta intelligenza del contenuto dei medesimi diritti esclusivi, e, con ciò, del significato da attribuirsi alla nuova disciplina.

## 5. Nella legislazione europea, i "dati" non formano oggetto dei diritti esclusivi menzionati dagli artt. 3 e 4 CDSMD né di altri diritti di proprietà intellettuale

Si deve evidenziare con nettezza che i dati non formano oggetto dei diritti esclusivi menzionati negli artt. 3 e 4 CDSMD<sup>22</sup>, né formano l'oggetto di qualsiasi altro diritto di proprietà intellettuale ai sensi della legislazione euro-unitaria<sup>23</sup>.

Cominciamo con la direttiva banche dati 96/9/CE, ed esaminiamo separatamente il diritto di riproduzione e quello di estrazione ivi previsti.

Il diritto di riproduzione previsto dall'articolo 5, lettera a) della direttiva banche dati 96/9/CE ha ad oggetto infatti la "forma espressiva" della banca dati tutelabile mediante diritto d'autore; e la banca dati è definita ai sensi di quella direttiva come "raccolta" di determinate elementi – da non confondersi quindi con i medesimi elementi – in particolare come "raccolta di opere, dati ed altri elementi indipendenti"; ed infine tale raccolta può qualificarsi come banca dati se gli

elementi in essa raccolti sono «sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo» (art. 1, par. 2 direttiva banche dati 96/9/CE).

Quindi, qualsiasi cosa voglia dire "dati" ai sensi di questa disciplina (come noto, la direttiva banche dati 96/9/CE non contiene una definizione di "dati"), la banca dati, ai sensi della medesima disciplina, non si identifica con i dati, in quanto la "banca dati" è una "raccolta" di elementi, tra cui, eventualmente, i "dati", e deve necessariamente avere, per di più, per essere tale, determinate caratteristiche, come sopra ricordato.

Ed infine, come pure già ricordato, è testuale che il "diritto di riproduzione" (che riguarda solo la banca dati tutelabile con il diritto d'autore) ha ad oggetto la "forma espressiva" della banca dati tutelabile con il diritto d'autore, ossia la forma espressiva di una simile raccolta.

La definizione di banca dati appena richiamata è sufficiente anche per escludere che i dati siano oggetto del "diritto di estrazione" previsto dal successivo art. 7, paragrafo 1, della direttiva banche dati 96/9/CE. L'art. 7 della direttiva banche dati 96/9/CE prevede il diritto *sui generis* sulle banche dati, ossia il diritto per il costitutore della banca dati di vietare a terzi «operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica o la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo». Ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2, lett. a) della direttiva banche dati 96/9/CE «per "estrazione" si intende il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma».

Più avanti evidenzieremo che questa nozione di estrazione non deve essere confusa con la nozione di TDM anche se nella lingua italiana la parola "mining" viene tradotta in entrambi i luoghi con "estrazione": nel primo caso per estrazione (*extraction* in inglese) si intende un'operazione di trasferimento della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca dati su altro supporto, nel secondo caso (*mining* in inglese) per estrazione si intende analisi automatizzata. Ai fini di questo paragrafo è sufficiente evidenziare che nemmeno questo diritto esclusivo ha ad oggetto i dati.

Con ciò abbiamo dimostrato che il diritto di riproduzione e il diritto di estrazione previsti dalla direttiva banche dati 96/9/CE richiamati agli artt. 3 e 4 CDSMD non hanno ad oggetto dati.



Nemmeno il diritto di riproduzione previsto dall'art. 2 della direttiva InfoSoc 2001/29/CE (richiamato dagli artt. 3 e 4 CDSMD) ha ad oggetto dati, in quanto esso ha ad oggetto, testualmente: le “opere”, relativamente al diritto di riproduzione attribuito agli autori delle opere (lettera a); le “fissazioni delle loro prestazioni artistiche”, relativamente al diritto di riproduzione attribuito agli artisti interpreti o esecutori delle prestazioni artistiche (lettera b); le “riproduzioni fonografiche” relativamente al diritto di riproduzione attribuito ai produttori di fonogrammi (lettera c); “l'originale e le copie delle loro pellicole”, relativamente al diritto di riproduzione attribuito ai produttori delle prime fissazioni delle pellicole (lettera d); le “fissazioni delle loro trasmissioni” relativamente al diritto di riproduzione attribuito agli organismi di radiodiffusione televisiva (lettera e).

Neanche il diritto di riproduzione previsto dall'art. 4 par. 1 lett. a) e b) della direttiva software 2009/24/CE ha ad oggetto “dati”, poiché, in entrambe le previsioni, è fatto chiaro che oggetto della riproduzione è un “programma per elaboratore”.

Infine, non hanno ad oggetto “dati” bensì hanno ad oggetto le “pubblicazioni di carattere giornalistico” i diritti ai quali si riferisce l'art. 15, paragrafo 1 della medesima CDSMD (richiamato anch'esso dagli artt. 3 e 4 della CDSMD).

Sembra opportuno aggiungere che diritti di proprietà intellettuale aventi ad oggetto dati non sono contemplati da nessuna altra norma del diritto dell'Unione. Nessuna norma dell'erigendo diritto euro-unitario dei dati – con questa espressione ci riferiamo alle molte discipline di recente conio, quali già emanate quali ancora in cantiere, che hanno ad oggetto i rapporti giuridici nell'ecosistema digitale<sup>24</sup> – prevede diritti esclusivi aventi ad oggetto dati.

Ai fini del nostro discorso sembra rilevante e sufficiente citare la Direttiva *Open Data* (UE) 2019/1024<sup>25</sup>, il Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868<sup>26</sup>, la proposta di regolamento *Data Act*<sup>27</sup> e la proposta di regolamento *Artificial Intelligence Act*<sup>28</sup>.

In particolare:

- la Direttiva *Open Data* (UE) 2019/1024, esclude dal suo campo di applicazione, *inter alia*, i «documenti su cui terzi detengono diritti di proprietà intellettuale» (art. 1)<sup>29</sup>,
- il Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868 contiene una definizione di dati (art. 2, par. 1 n. 1)<sup>30</sup> e alcune previsioni sui dati detenuti dal settore pubblico relativi a beni immateriali che formano oggetto di diritti di proprietà intellettuale (considerando 6, 10, 12, 18, 20<sup>31</sup>, artt. 2<sup>32</sup>, 3<sup>33</sup>, 5<sup>34</sup>, 7<sup>35</sup>) e, per quanto riguarda la disciplina

dei “servizio di intermediazione dei dati”, esclude dalla relativa nozione i servizi di intermediazione di “contenuti” protetti dal diritto di autore (*copyright-protected content*: art. 2, par. 1, n. 11<sup>36</sup>);

- la proposta di regolamento *Data Act* contiene la stessa definizione di dati di cui al citato regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868<sup>37</sup>, una norma (art. 35<sup>38</sup>) intesa espressamente ad escludere la protezione del diritto *sui generis* previsto dall'art. 7 della direttiva banche dati 96/9/CE per i dati generati dall'uso dei prodotti (come ivi definiti)<sup>39</sup> e dei servizi correlati (come ivi definiti)<sup>40</sup>, e, per il resto, prevede un generale riferimento alle istanze di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (v. considerando 17<sup>41</sup>, 28<sup>42</sup>, 77<sup>43</sup>), ove eventualmente rilevanti nel contesto dei vari settori di intervento coperti da questo strumento normativo<sup>44</sup>;
- la proposta di regolamento *Artificial Intelligence Act* si occupa (*inter alia*) dei requisiti dei *data set*, tra cui i requisiti di completezza (art. 10), che possono essere indirettamente rilevanti nell'ambito di un'analisi generale sulle politiche e le finalità da perseguirsi nell'ambito della “Strategia europea dei dati” come dichiarate delle istituzioni dell'UE, da condursi in un'ottica di coerenza interna, e dunque anche nel senso della promozione di interpretazioni funzionalmente e sistematicamente orientate.

## 6. Il rischio di equivoco linguistico sulla parola “estrazione”: l'esclusiva rilevanza (ai fini della c.d. eccezione di TDM) del diritto di estrazione previsto dalla direttiva banche dati 96/9/CE e la diversa nozione di “mining” nella CDSMD

Si è già osservato che relativamente ai diritti esclusivi interessati dal sistema delle eccezioni e limitazioni a cui si riferiscono gli artt. 3 e 4 CDSMD, la parola “estrazione” (*extraction* in inglese) è utilizzata nel diritto euro-unitario soltanto ed esclusivamente nella direttiva sulle banche dati del 1996 (direttiva 96/9/CE) per indicare un'attività, ivi definita *ad hoc*, che concorre a formare insieme a quella di “reimpiego”, anch'essa ivi definita, l'oggetto del diritto *sui generis* sulle banche dati previsto dalla medesima direttiva.

In tale fonte (che, come pure si è già detto, è l'unica normativa rilevante per identificare il significato della parola “estrazione” in quanto designante il contenuto dell'unico diritto omonimo interessato dalla c.d. eccezione TDM) per “estrazione” si intende il «trasferimento [...] su un altro supporto» della «totalità o di una parte sostanziale del contenuto»





di una «raccolta di opere, dati o altri elementi», avente determinate caratteristiche, e rientrante nella definizione di “banca dati”, come ivi prevista.

Deve ora osservarsi che, invece, la parola “mining” utilizzata dal legislatore europeo nella CDSMD nella formula TDM, seppure tradotta anch’essa nella versione italiana della CDSMD con la parola “estrazione”, riguarda un’attività totalmente diversa, ossia una tecnica di “analisi automatizzata” di “dati in formato digitale”, come si ricava chiaramente dalla relativa definizione.

La parola “mining” (in inglese) è una parola che il legislatore europeo ha tratto dalla prassi, ed è riconosciuto che si tratti di una parola impiegata nel campo della scienza informatica più per la sua forza suggestiva che per la sua capacità di evocare un campo di significato pregnante e coerente all’attività che si intende con essa designare e che consiste – si ribadisce – in una “analisi automatizzata” di testi e di dati in formato digitale «avente lo scopo di generare informazioni inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni». Pertanto, ai fini dell’analisi e della rilevanza giuridica, non c’è dubbio alcuno che non si possa confondere l’estrazione di cui alla direttiva banche dati 96/9/CE con l’estrazione (*mining*) dell’acronimo TDM di cui alla CDSMD, perché in quest’ultimo contesto la parola estrazione individua una attività ed una tecnica di analisi automatizzata di dati in formato digitale aventi un determinato scopo.

Sulla base di ciò, e di tutte le altre considerazioni svolte in questo paragrafo e nei paragrafi precedenti, possiamo perciò senza alcun dubbio dire che l’estrazione è unicamente ed esclusivamente rilevante, come attività riservata, nel sistema degli artt. 3 e 4 CDSMD, relativamente al diritto di estrazione delle banche dati ai sensi della omonima direttiva 96/9/CE. Ed aggiungere con fermezza che la CDSMD né presuppone né tanto meno prevede *ex novo* un diritto esclusivo di estrazione di dati relativi ad opere e altri materiali protetti. Un simile diritto non esiste, come detto, nel diritto europeo, nel senso che non si trova riconosciuto o creato in alcun’altra norma del diritto euro-unitario.

## 7. Relativamente alla sola disciplina italiana di recepimento della CDSMD (art. 70-ter, co. 1, l.a.): l’inesistenza di un generale divieto di comunicazione al pubblico dei risultati delle ricerche compiute in esito all’applicazione di tecniche di TDM

Rivolgendoci poi più in particolare alla disciplina italiana di recepimento della CDSMD, segnaliamo che

un’altra regola inesistente che rischia di essere creata attraverso un’erronea interpretazione dell’art. 70-ter co. 1 l.a., attesa la singolare formulazione dell’ultimo periodo di tale disposizione<sup>45</sup> – priva di riscontro nella CDSMD – è che esisterebbe un generale divieto di comunicazione al pubblico dei risultati delle ricerche compiute in esito all’applicazione di tecniche di TDM.

Non è possibile dilungarsi in questa sede sulle significative e gravi conseguenze sistematiche ed applicative che dovrebbero trarsi laddove dovesse ritenersi esistente un simile (invece inesistente) divieto.

Qui è sufficiente osservare: (i) che la CDSMD non contiene alcuna disposizione del tenore di quella dell’art. 70-ter l.a.; (ii) che l’ordinamento italiano non contiene alcuna disposizione che possa interpretarsi nel senso di supportare l’esistenza di un simile divieto.

## 8. Il sillogismo alla base della c.d. eccezione di TDM

Proseguendo nell’analisi, e chiariti i confini del “diritto di estrazione” (*extraction*, non: *mining*) al quale si riferisce il sistema delle eccezioni e limitazioni di cui agli artt. 3 e 4 CDSMD, si evidenzia la necessità di delineare anche i confini del “diritto di riproduzione”, al quale si riferiscono i medesimi articoli. In proposito, si osserva preliminarmente come la c.d. eccezione TDM disegnata dalla CDSMD sia originata da un sillogismo, logicamente strutturato (come ogni sillogismo) in tre elementi: premessa maggiore, premessa minore, conclusione.

Precisamente, la premessa maggiore è la seguente: la riproduzione e l’estrazione da opere e altri materiali protetti menzionati negli artt. 3 e 4 CDSMD sono attività riservate *ex lege* ai titolari di omonimi diritti esclusivi ai quali è accordata la relativa protezione con la conseguenza che i terzi, per svolgere tali attività, o devono beneficiare di una eccezione di legge oppure devono soggiacere ad un potere di autorizzazione o divieto, *breviter* di licenza, dei titolari dei diritti, alle condizioni previste dalla legge.

La premessa minore è la seguente: le attività tecniche poste in essere ai fini delle operazioni di TDM comprendono attività di riproduzione o di estrazione riservate *ex lege*.

La conclusione è la seguente: per consentire le attività tecniche poste in essere ai fini delle operazioni di TDM c’è bisogno o di una eccezione di legge o di una licenza nelle forme di legge<sup>46</sup>.

Va in proposito segnalata la diversa natura delle due premesse: la premessa maggiore avendo la natura di una statuizione normativa, quella minore la natura di statuizione fattuale.



Da ciò – osserviamo – si ricava anche che la premessa minore non possa avere validità generale e che, per forza di logica, debba predicarsi – ovvero non possa escludersi – la possibilità della ricorrenza di casi concreti in cui le attività tecniche poste in essere ai fini delle operazioni di TDM non siano qualificabili come attività di riproduzione o di estrazione in senso tecnico, riservate *ex lege* (per il possibile difetto in concreto degli elementi di fatto che consentono una simile qualificazione in punto di diritto)<sup>47</sup>, con conseguente impossibilità, in tali casi, di trarre la conclusione del sillogismo. In questo senso, si deve logicamente negare che il TDM comporti di per sé, ossia *necessariamente*, attività di riproduzione o estrazione riservate *ex lege* dalla legislazione euro-unitaria.

### 9. Non è vero che il TDM comporti *necessariamente* attività di riproduzione o estrazione riservate *ex lege* nella legislazione europea

Da quanto sopra, deduciamo che un'altra regola inesistente che rischia di essere creata attraverso l'eccezione se non si interpreta correttamente la nuova disciplina della CDSMD è quella per cui il TDM comporti sempre un'attività di estrazione o di riproduzione riservata *ex lege* e debba di conseguenza essere sempre (ossia *necessariamente*) assoggettato al vaglio di legittimità previsto dal regime di diritto euro-unitario delle eccezioni e limitazioni di cui agli artt. 3 e 4 della CDSMD. Al contrario, osserviamo come sia corretto dichiarare che un simile assoggettamento debba valutarsi *di volta in volta*, sulla base di un'analisi delle fattispecie concrete diretta a verificare in ciascun caso se le attività poste in essere ai fini dell'analisi automatizzata dei dati digitali chiamata "TDM" comprendano o meno attività rispondenti ai precisi significati tecnico-giuridici che attraverso le parole "estrazione" e "riproduzione" identificano quelle specifiche attività così nominate e riservate *ex lege* dal diritto euro-unitario ai titolari dei diritti esclusivi ai quali si riferiscono gli artt. 3 e 4 della CDSMD.

### 10. Il concetto di riproduzione e i dati leggibili solo dagli elaboratori elettronici

La successiva domanda che si propone in conseguenza della suesposta analisi è se il TDM comporti, *se non necessariamente*, quantomeno *normalmente*, ossia ordinariamente (alla stregua di un criterio di regolarità statistica o di ricorrenza prevalente in concreto) attività di riproduzione o estrazione riservate *ex lege*. Ed

infatti, osserviamo che se questo fosse il caso potrebbe spiegarsi quantomeno la *ratio* della nuova disciplina in commento (impregiudicata, s'intende, ogni altra considerazione critica relativa alla tecnica normativa utilizzata nella CDSMD). Ciò conferma la necessità che – dopo la premessa di carattere logico sulla struttura del sillogismo presupposto nel regime della eccezione di TDM introdotto dalla CDSMD – si prenda posizione anche sul significato tecnico-giuridico della parola "riproduzione".

Rileviamo in proposito che, come per la parola "estrazione", anche per quella "riproduzione" deve ricercarsi con rigore il significato giuridicamente rilevante nel contesto degli artt. 3 e 4 CDSMD, e non anche qualunque significato rimandato dal linguaggio comune. Nel citato studio del gennaio 2022 della Commissione europea su copyright e nuove tecnologie, effettivamente, ci si concentra sull'attività di riproduzione e si espone il dubbio che le attività strumentali al TDM siano tali da violare sempre il diritto di riproduzione, come contemplato dalla legislazione euro-unitaria rilevante ai sensi degli artt. 3 e 4 CDSMD. A tal proposito, nel citato studio si afferma essere rilevante stabilire se l'opera protetta sia riconoscibile (*recognisable*) e dunque sfruttata (*exploited*) nel corso del processo di TDM o successivamente, nel senso che solo in questo caso possa predicarsi un'interferenza potenzialmente lesiva del diritto di riproduzione in assenza di elementi di fatto integranti un'eccezione o una licenza ai sensi degli artt. 3 e 4 CDSMD.

Sviluppando questa linea di pensiero, si reputa ragionevole, adeguato alla realtà tecnologica del tempo presente e giuridicamente corretto (dal punto di vista della tecnica e della logica giuridica), sostenere che l'analisi automatizzata di dati *non* integra di per sé una attività di riproduzione nel senso tecnico-giuridico inteso dalle norme che contemplano tale diritto esclusivo nella legislazione euro-unitaria, laddove essa abbia ad oggetto dati in formato digitale esclusivamente *machine readable* (ossia dati leggibili solo da elaboratori elettronici)<sup>48</sup>.

Tale conclusione si basa sulla *inidoneità di un simile processo a creare di per sé una riproduzione di forme espressive*<sup>49</sup> *intelligibili dall'uomo* delle opere e degli altri materiali protetti e un conseguente loro sfruttamento *come tali*.

In questa prospettiva, va sollecitata e promossa un'interpretazione adeguata ai tempi delle norme della direttiva InfoSoc (Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione) in particolare per quanto riguarda il *wording* dell'art. 2 «Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la



riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte [...]»<sup>50</sup>, anche alla luce dei precedenti della Corte di Giustizia della UE citati nel predetto studio del 2022 della Commissione europea (v. *retro*, paragrafo 3) a supporto dell'interpretazione che anche qui si sostiene, tra cui il precedente del caso *Pelham* del 2019<sup>51</sup>.

### 11. Non è vero che il TDM comporti nemmeno ordinariamente attività di riproduzione o estrazione riservate *ex lege* nella legislazione europea

Sulla base delle osservazioni di cui sopra, può desumersi che il TDM non comporta nemmeno normalmente attività di riproduzione o estrazione riservate *ex lege* nella legislazione euro-unitaria.

Ed infatti, considerato che i processi di TDM lavorano per definizione su dati digitali o su copie di dati digitali, e che in entrambi i casi si tratta ordinariamente di dati esclusivamente *machine readable*, si fa discendere come ulteriore conseguenza l'affermazione che il TDM non comporta *nemmeno ordinariamente* attività di riproduzione o estrazione riservate *ex lege* ai sensi della legislazione euro-unitaria rilevante.

### 12. Le tendenze del nuovo diritto europeo sui dati e la diversa interpretazione della CDSMD in funzione di protezione dei diritti di proprietà intellettuale

L'erigendo diritto euro-unitario dei dati<sup>52</sup> presenta la netta tendenza a vietare espressamente certi usi (dei dati digitali) identificati per la loro finalità tipica o per la loro oggettiva idoneità a ledere diritti dei terzi<sup>53</sup>.

Questa osservazione – che riguarda il piano dell'utilizzazione dei dati, le sue finalità ed oggettive potenzialità – serve a individuare soluzioni interpretative che corrispondono a quell'esigenza di tutela sottesa alla disciplina del TDM, permettendo di respingere la non corretta interpretazione che postula l'esistenza di un inesistente diritto di TDM, ed al contempo di assicurare protezione ai diritti che la CDSMD intende proteggere.

L'interprete può ed anzi deve senz'altro ricavare dal sistema del nuovo diritto euro-unitario dei dati anche un divieto di utilizzare processi di TDM per fini, o con modalità oggettivamente idonee a comportare ipotesi di plagio e/o di contraffazione di opere o altri materiali protetti dal diritto d'autore o altrimenti la

violazione di diritti esclusivi e dei diritti connessi. Un simile divieto (che può senz'altro ricavarsi dal sistema) deve ritenersi sufficiente a tutelare gli interessi protetti dal diritto euro-unitario sul copyright e i diritti connessi nel mercato unico digitale. Al contrario, un contrasto *a priori* dei processi di TDM costituirebbe un sicuro fattore di ostacolo e di depressione della ricerca e dell'economia nel campo dell'intelligenza artificiale (ivi compresa l'economia della c.d. *creative industry*), e comporterebbe ermeneuticamente un'ingiustificata espansione dei diritti di proprietà intellettuale con una, speculare, ingiustificata e sproporzionata compressione di diritti fondamentali riconosciuti dal diritto euro-unitario (artt. 11, 13, 15 e 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

### 13. Il TDM come risorsa (invece che pericolo) per l'industria del copyright

Una volta messo a fuoco il predetto divieto (v. paragrafo precedente), si può comprendere come il TDM, lungi dal costituire un pericolo per l'industria del copyright, ne costituisce effettivamente una risorsa, essenziale ed imprescindibile nella realtà contemporanea.

Sarebbe irrealistico, oltre che giuridicamente errato, bloccare l'industria dell'intelligenza artificiale nel senso inteso dalla (inesatta) postulazione di un (inesistente) diritto di TDM.

Sarebbe anche controproducente per la stessa "industria del copyright".

L'industria del copyright ha reali prospettive di guadagno da programmi software e autori che sviluppano e impiegano tecniche di TDM. Non a caso il Governo del Regno Unito ha deciso di procedere nel senso sopra illustrato (v. *retro*, paragrafo 2).

Il problema è piuttosto quello di stabilire il confine tra un uso lecito ed un uso illecito del TDM. Ma questo non può davvero scoraggiare gli interpreti e gli operatori del mondo del copyright, i quali sono ben avvezzi a riconoscere la mobilità e la labilità dei confini tra pratiche di plagio ed illecite e pratiche lecite. Si tratta di cimentarsi con una nuova materia (per stabilire di volta in volta il confine tra un uso lecito ed un uso illecito del TDM), ma la manualità e il mestiere (le categorie e i principi) non cambiano.

### 14. Conclusioni

La nuova disciplina degli artt. 3 e 4 CDSMD rischia, se non correttamente e rigorosamente inquadrata, di creare ermeneuticamente e surrettiziamente un nuovo



sistema di IPRs sui dati, che la stessa struttura logica delle eccezioni e delle limitazioni relative a diritti che hanno ad oggetto beni immateriali diversi dai dati impone senz'altro di escludere.

Al contrario, va affermato con chiarezza che gli artt. 3 e 4 CDSMD non presuppongono né costituiscono alcun diritto esclusivo di TDM. Per i motivi che abbiamo provato a riassumere nel presente intervento, riteniamo che non soltanto per il diritto internazionale d'autore<sup>54</sup>, ma anche per il diritto euro-unitario, sia sbagliato ritenere esistente *di per sé* la questione della violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi da parte delle attività di TDM.

Anche per il diritto euro-unitario, l'interferenza del TDM con i regimi di esclusiva si pone in relazione alle attività di riproduzione e di estrazione (quest'ultima limitatamente al diritto *sui generis* sulle banche dati) *soltanto se e nella misura in cui* nel contesto delle operazioni di analisi automatizzata di dati digitali, in che consiste il TDM, vengano poste in essere attività di riproduzione ed estrazione precisamente ed esclusivamente intese nel modo statuito dalle normative che le riservano ai titolari dei diritti di esclusiva.

Si tratta dunque di una interferenza solo eventuale e non necessaria.

Per i motivi che abbiamo provato ad illustrare nel presente articolo, deve inoltre ritenersi che il trattamento automatizzato di dati digitali esclusivamente *machine readable* non comporti *di per sé* alcuna interferenza con i regimi di esclusiva. Per cui, operando la tecnica del TDM normalmente su dati digitali esclusivamente *machine readable*, l'interferenza non è nemmeno ordinaria.

Al legislatore europeo della CDSMD va mossa una forte critica di tecnica legislativa, perché l'aver creato quel sistema di eccezioni e limitazioni (artt. 3 e 4 CDSMD) comunica superficialmente al lettore della direttiva un messaggio sbagliato, ossia comunica l'idea che un problema di interferenza tra le attività di TDM e i diritti sulle opere protette dal diritto di autore esista sempre. Questo, per il motivo sopra riassunto, è sbagliato, con la conseguenza pratica che tutti i moduli e gli standard di contratto di licenza già ampiamente diffusi sul mercato che hanno ad oggetto "diritti TDM"<sup>55</sup> non hanno una base giuridica *come tali*, perché non esistono diritti esclusivi di TDM che possano licenziarsi.

Il problema della protezione dei diritti di proprietà intellettuale considerati dagli artt. 3 e 4 CDSMD si pone su un diverso piano, che è quello proprio del nuovo diritto europeo dei dati, ossia il piano della potenziale lesione dei diritti dei terzi (in questo caso diritti di proprietà intellettuale) da parte di certi usi di dati digitali. Ma questo – che è un problema di

finalità ed idoneità di certi usi e relativi output a ledere certe espressioni tutelate dal regime del copyright generalmente inteso – è un problema antico, che non può risolversi con la scorciatoia di postulare generalmente un diritto esclusivo di TDM: il quale, a ben vedere, non esiste nel diritto euro-unitario e tanto meno è stato creato dalla CDSMD.

L'industria del copyright ha tutto da guadagnare dal TDM attraverso lo sviluppo di nuovi software e il loro impiego da parte di autori tecnologicamente innovativi. I professionisti della protezione del copyright devono lavorare nella suddetta dimensione della tutela (quella che li chiama a stabilire di volta in volta il confine tra usi leciti ed illeciti delle tecnologie di TDM) che è sicuramente più impegnativa della dimensione da alcuni erroneamente intravista nella scorciatoia di un inesistente diritto di TDM. Ma trarranno beneficio anch'essi dai maggiori guadagni assicurati da questa nuova tecnologia.

## Note

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

<sup>2</sup>Art. 3 CDSMD: «Estrazione di testo e di dati per scopi di ricerca scientifica – 1. Gli Stati membri dispongono un'eccezione ai diritti di cui all'articolo 5, lettera a), e all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE, all'articolo 2 della direttiva 2001/29/CE, e all'articolo 15, paragrafo 1, della presente direttiva per le riproduzioni e le estrazioni effettuate da organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale ai fini dell'estrazione, per scopi di ricerca scientifica, di testo e di dati da opere o altri materiali cui essi hanno legalmente accesso. 2. Le copie di opere o altri materiali realizzate in conformità del paragrafo 1 sono memorizzate con un adeguato livello di sicurezza e possono essere conservate per scopi di ricerca scientifica, inclusa la verifica dei risultati della ricerca. 3. I titolari dei diritti sono autorizzati ad applicare misure atte a garantire la sicurezza e l'integrità delle reti e delle banche dati in cui sono ospitate le opere o altri materiali. Tali misure non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento di detto obiettivo. 4. Gli Stati membri incoraggiano i titolari dei diritti, gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale a definire concordemente le migliori prassi per l'applicazione dell'obbligo e delle misure di cui rispettivamente ai paragrafi 2 e 3».

<sup>3</sup>Art. 4 CDSMD: «Eccezioni o limitazioni ai fini dell'estrazione di testo e di dati – 1. Gli Stati membri dispongono un'eccezione o una limitazione ai diritti di cui all'articolo 5, lettera a), e all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE, all'articolo 2 della direttiva 2001/29/CE, all'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2009/24/CE e all'articolo 15, paragrafo 1, della presente direttiva per le riproduzioni e le estrazioni effettuate da opere o altri materiali cui si abbia legalmente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati. 2. Le riproduzioni e le estrazioni effettuate a norma del paragrafo 1 possono essere conservate per il tempo necessario ai fini dell'estrazione di testo e di dati. 3. L'eccezione o la limitazione di cui al paragrafo 1 si applica a condizione che l'utilizzo delle opere e di altri materiali di cui a tale paragrafo non sia stato



espressamente riservato dai titolari dei diritti in modo appropriato, ad esempio attraverso strumenti che consentano lettura automatizzata in caso di contenuti resi pubblicamente disponibili online. 4. Il presente articolo non pregiudica l'applicazione dell'articolo 3 della presente direttiva».

<sup>4</sup>Nell'impianto dell'art. 4 CDSMD, l'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti si reputa fornita *ex lege* in assenza di un loro esplicito diniego o "riserva", c.d. *opt-out*, e sempre che si tratti di materiali ai quali i terzi hanno "legalmente accesso". Nella recente consultazione pubblica promossa dal Governo del Regno Unito, su cui vedi *infra* nel testo, lo schema di tale soluzione era tra le quattro opzioni considerate (opzione 3). Il Governo del Regno Unito ha annunciato che procederà invece nella direzione dell'eliminazione di qualunque restrizione all'eccezione di TDM (opzione 4).

<sup>5</sup>*Artificial Intelligence and Intellectual Property: copyright and patents: Government response to consultation.*

<sup>6</sup>Cfr. T. MARGONI, *The new EU Copyright in the Digital Single Market Directive (CDSMD) and its impact on post-Brexit UK researchers*, June 2020. Una interessante analisi comparativa, che giunge a conclusioni in linea con quelle argomentate nel presente contributo, si trova svolta in M. SENFTLEBEN, *Compliance of National TDM Rules with International Copyright Law – An Overrated Nonissue?*, in "International Review of Intellectual Property and Competition Law" (IIC), vol. 53, 2022, n. 10, p. 1477 ss.

<sup>7</sup>Cfr. sul punto A. OTTOLIA, *L'utilizzo computazionale dell'opera dell'ingegno in internet*, in "AIDA", 2014, p. 405 s.

<sup>8</sup>Punto 31 del Documento del 28 giugno 2022: «Text and data mining (TDM) means using computational techniques to analyse large amounts of information to identify patterns, trends and other useful information».

<sup>9</sup>Per uno studio comparativo e un approfondimento sul diritto internazionale d'autore, v. M. SENFTLEBEN, *Compliance of National TDM Rules with International Copyright Law*, cit. In questo lavoro, l'a. osserva che, da una analisi di diritto comparato, risultano approcci differenti al governo delle attività di TDM. L'a. commenta che, mentre uno spazio notevole per il TDM può conseguire dall'applicazione della dottrina statunitense del *fair use* così come dalle ampie esenzioni del tipo di quelle introdotte in Giappone, gli Stati dell'Unione europea si affidano a una regolamentazione maggiormente restrittiva basata su specifiche eccezioni, che produce una notevole complessità e genera incertezza giuridica anche per la circostanza di dipendere da criteri (come quello delle finalità di ricerca scientifica e quello dell'assenza di una riserva di diritti da parte dei titolari dei diritti) la cui disponibilità deve essere di volta in volta verificata su base individuale. L'a. si interroga anche sulla possibilità che i legislatori possano ritenersi vincolati a seguire un approccio restrittivo alla luce del diritto internazionale, in particolare con riferimento al "three-step test" di cui agli artt. 9(2) della Convenzione di Berna, 3 del *TRIPS Agreement* e 10 del *WIPO Copyright Treaty*. Tuttavia, l'a. esclude che il diritto internazionale richieda un approccio restrittivo, ed anzi mette in dubbio che il diritto internazionale copra in assoluto le attività di TDM. L'a. nota innanzitutto, a tal riguardo, che il TDM non è ascrivibile alla tradizionale categoria di uso che può essere stata considerata nelle conferenze diplomatiche che hanno preparato i testi della Convenzione di Berna, del *TRIPS Agreement* o del *WIPO Copyright Treaty*. Il TDM – osserva correttamente l'a. – consiste in un uso analitico ed automatizzato che non tocca in alcun modo l'*expressive core* delle opere letterarie ed artistiche. Da ciò l'a. argomenta – condivisibilmente – la conclusione che il TDM si colloca completamente al di fuori dell'ambito di armonizzazione del diritto internazionale d'autore. Dalla prospettiva così tracciata, l'a. osserva correttamente che la discussione sulla conformità delle attività di TDM alle norme di diritto internazionale d'autore è

priva di senso, e che – di conseguenza – il diritto internazionale d'autore non limita la libertà dei legislatori nazionali di disegnare adeguate soluzioni di diritto nazionale per riconciliare la protezione del diritto d'autore con il diritto di ricerca che è sotteso alle attività di TDM. Per i motivi che illustreremo nel prosieguo del presente lavoro, non soltanto condividiamo l'analisi svolta da M. Senftleben (nel sopra citato contributo), ma riteniamo anche corretto sostenere che la stessa conclusione da egli formulata sulle fonti di diritto internazionale d'autore, i.e. la non interferenza delle attività di TDM di per sé considerate con i regimi di esclusiva del diritto d'autore e dei diritti connessi, debba trarsi anche per il diritto euro-unitario.

<sup>10</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMMUNICATION, *Study on copyright and new technologies: copyright data management and artificial intelligence*, Publications Office of the European Union, 2022.

<sup>11</sup>*Ivi*, p. 110 ss., spec. p. 192 ss. Per una serrata critica al legislatore europeo, in termini di perdita di competitività dell'industria europea dell'IA indotta dalla disciplina del TDM di cui agli artt. 3 e 4 CDSMD cfr. C. GEIGER, *The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the failed Text and Data Mining Limitations in the CSDM Directive*, PIJIP/TLS Research Paper Series, 2021, n. 66, in M. Senftleben, J. Poort, M. van Eechoud et al. (eds.), "Intellectual Property and Sports, Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz", Kluwer Law International, 2021, pp. 383-394.

<sup>12</sup>Un'espressa, condivisibile e motivata critica si trova svolta in T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *A deeper look into the EU Text and Data Mining exceptions: Harmonisation, data property and the future of technology*, in CREATE Working Paper 2021, n. 7, v. in particolare nella sintesi che si trova a pp. 32-33. Sul ruolo della WIPO con specifico riferimento ai problemi di intersezione tra intelligenza artificiale e TDM, v. anche S. FLYNN, C. GEIGER, J.P. QUINTAIS et al., *Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for International Action*, in "European Intellectual Property Review", vol. 42, 2020, n. 7, pp. 393-398, WCL Research Paper n. 2020-12. La proposta di CDSMD, in particolare quanto all'eccezione di TDM, veniva opportunamente analizzata nella prospettiva della congruenza con l'economia dei dati da M.L. MONTAGNANI, G. AIME, *Il text and data mining e il diritto d'autore*, in "AIDA", 2017, p. 376 ss.

<sup>13</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMMUNICATION, *Study on copyright*, cit., p. 215.

<sup>14</sup>*Ibidem*, «Lastly, the argument according to which, the introduction of the TDM exceptions in the DSM dir. implies that the technical acts needed for mining some content are falling under the reproduction right can be challenged. Some legal exceptions do only confirm the boundaries of the rights or the state of the law, and are expressly recognized in the law to increase the security for the market participants and to codify and clarify the law as it applied. Even if the exception can be set aside by an opt-out, this does not entail that all technical copies made in the TDM process are to be considered as reproductions: the opt-out is meant to reserve the right, where the right is applicable, i.e. where a 'reproduction' can be found (in particular determining whether the work is recognisable and thus exploited in the course of the TDM process or afterwards) [...] Along this reasoning, a developer or user of an AI solution could argue that the technical copies made of protected cultural content in the course of a TDM process (while training an AI solution) are not sufficient for finding an infringement of the reproduction right».

<sup>15</sup>Tra gli altri A. STROWEL, *Reconstructing the reproduction and the communication the public rights: how to align copyright with its fundamentals*, in P. Bernt Hugenholtz (ed.), "Copyright Reconstructed Rethinking Copyright's Economic Rights in a



Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change’, Wolters Kluwer, 2018, p. 203; S. DEPREEUW, *The Variable Scope of the Exclusive Economic Rights in Copyright*, Kluwer, 2014, p. 189 ss. e bibliografia *ivi* citata. V. anche R. DUCATO, A. STROWEL, *Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues With the EU Copyright Exceptions and Possible Ways Out*, in CRIDES Working Paper Series no. 1/2021, p. 24 ss.

<sup>16</sup>CGUE 29 luglio 2019, *Pelham GmbH e altri c. Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben*, C-476/1, caso nel quale la Corte di Giustizia ha negato che ricorresse una riproduzione nel caso in cui un musicista, esercitando la propria libertà delle arti, aveva prelevato un campione sonoro da un fonogramma altrui al fine di integrarlo, in forma modificata e non riconoscibile all’ascolto umano, in un nuovo fonogramma.

<sup>17</sup>EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMMUNICATION, *Study on copyright*, cit., p. 213: «The vast scope of protection of the reproduction, covering ephemeral, invisible copies of a purely technical nature [...] can be explained by historic reasons and has been criticised in scholarly literature. Especially for the ephemeral and partial reproductions, the literal and technical reading equates every ‘copy’ (in the technical sense) to a ‘reproduction’ (in the legal sense), without considering the importance of the ‘copy’ for the exploitation of the ‘work’. Arguably, the notion of ‘reproduction’ could be revisited to align its content with the purpose of the economic rights, i.e. protect the exploitation of the work or other protected subject matter. To the extent that the technical copies made in the course of a TDM process serve to extract information, meta-data or other insights from the processed training data set, the protected creations in the data set are used for the sake of the information they contain, not for the sake of commercialising, exploiting or putting forward the protected works in their original expression. It could be argued then that the contours of the reproduction right should be revisited to focus its protection on the protection of the works (and other subject matter) and their exploitation of the protected aspects (i.e. the original expression, the recognisable performance, the recognisable recordings). Although the decisions of the CJEU on the reproduction right have oftentimes put forward a technical and literal reading of the reproduction right, the Court has demonstrated an openness to a more flexible and more balanced approach of the reproduction right in the *Pelham* decision. In *Pelham*, the Court contrasted a literal interpretation (which would be warranted by the purposes of providing a high level of protection and protecting the producer’s investment) to a contextual interpretation (which would seek a fair balance with other fundamental rights) of the notion ‘reproduction in part’ of a phonogram».

<sup>18</sup>Per una approfondita analisi delle questioni inerenti l’eccezione di TDM e la ricerca scientifica nel disegno della CDSMD v. R. CASO, *Il conflitto tra diritto d’autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, Trento LawTech Research Paper n. 38, 2020. Un inquadramento generale della direttiva è offerto in L. CASALINI, *Accesso e digitalizzazione nella direttiva copyright*, in “Persona e mercato”, 2021, n. 2, p. 412 ss., ove anche interessanti considerazioni sulle possibilità di sviluppo aperte da un corretto processo di digitalizzazione. Per una disamina delle questioni del TDM già durante la proposta di CDSMD, cfr.: M.L. MONTAGNANI, G. AIME, *Il text and data mining*, cit.; gli studi commissionati dalla Commissione JURI del Parlamento europeo, in particolare E. ROSATI, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects*, 2018; C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Legal Aspects*, 2018; ID., *Text and Data Mining in the Proposed Copyright*

*Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data?*, in “International Review of Intellectual Property and Competition Law”, vol. 49, 2019, n. 7, p. 814 ss.

<sup>19</sup>Cfr. *ex multis* T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *A deeper look into the EU Text*, cit., p. 7: «Not only TDM *stricto sensu* has been limited to research uses by research and cultural organisations, but virtually any automated technique that analyses information in digital form is captured under the narrow boundaries of the current formulation of Arts. 3 and 4. This certainly includes most modern, data-driven forms of AI, such as traditional machine learning and more advanced forms of deep learning and neural network structures. The policy reasons justifying the allocation of the power to authorise these cutting-edge technologies to upstream players in the database and content markets are far from clear».

<sup>20</sup>Cfr. T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *A deeper look into the EU Text*, p. 33: «An overall assessment of the situation portrayed in this paper cannot be optimistic. Whereas a good amount of attention in scholarship has been (rightly) dedicated to critically evaluate recent proposals to create a data producer right, this paper shows that the EU legislator, probably even beyond its own intentions, has taken a very drastic position on a complementary and highly relevant matter, the ownership of pre-existing mere facts and data. As demonstrated, this position is not functional to a proportionate, fair, and accountable regulatory framework for copyright, for technology and for the EU as an economic, social and political institution».

<sup>21</sup>Al momento constano licenze standard (*TDM license*) preparate dagli editori, e non anche da parte di organismi di gestione collettiva. V. ad esempio: *Elsevier Text and Data Mining (TDM) License*; *Text and Data Mining on SAGE Journals*; *TDM License/Policy - BMJ Text and Data Mining (TDM) Policy and License*; *ASM Journals Non-Commercial TDM License*. Per un modello di *web protocol* espressivo della riserva dei diritti di cui all’art. 4 CDSMD v. W3C COMMUNITY GROUP, *TDM Reservation Protocol (TDMRep) Final Community Group Report*.

<sup>22</sup>Ossia il diritto di riproduzione previsto dall’articolo 5, lettera a) della direttiva banche dati 96/9/CE, il diritto di estrazione previsto dall’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva banche dati 96/9/CE, il diritto di riproduzione previsto dall’articolo 2 della direttiva InfoSoc 2001/29/CE, il diritto di riproduzione previsto dall’articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva software 2009/24/CE, e il diritto di riproduzione previsto dall’articolo 15, paragrafo 1, della medesima CDSMD (utilizzo online delle pubblicazioni giornalistiche).

<sup>23</sup>Riconosce come «in linea di principio, la disciplina del diritto d’autore non conferisce alcun controllo sui dati» P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, 2021, p. 100. Cfr. A. OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, in “Quaderni di AIDA”, 2017, n. 28, pp. 22 ss., 163 ss., 271 ss.; ID., *L’utilizzazione computazionale*, cit., *passim*, spec. p. 405 ss.; M.L. MONTAGNANI, G. AIME, *Il text and data mining*, cit.; G. ROSSI, *Opere dell’ingegno come dati: il text e data mining nella direttiva 2019/790*, in “AIDA”, 2019, pp. 235-256, osserva che le attività di *text and data mining* utilizzano le opere protette dal diritto d’autore come meri dati, ossia senza interferire con il loro effettivo valore di espressione creativa di idee. L’a. nota che questa era stata la questione centrale nel famoso contenzioso (negli USA) *Authors’ Guild v. Google e Authors’ Guild v. Hathi Trust*, in esito al quale le corti statunitensi hanno dichiarato che la digitalizzazione massiva delle opere letterarie per fini di *data mining* costituisce un *transformative use*, come tale coperto dalla dottrina del *fair use*, a ciò non ostando gli eventuali scopi commerciali di Google. L’a. prosegue affermando che, al contrario, la CDSMD ha distinto le attività di TDM poste in essere da organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale,



da un lato, da attività simili poste in essere per finalità diverse, incluse finalità commerciali, dall'altro lato. L'a. prosegue commentando che questo diverso trattamento (oltre a generare significativi problemi interpretativi) sembra non essere adeguato rispetto alla realtà e alla natura della ricerca algoritmica. Interessanti osservazioni sono infine contenute in questo saggio in tema di comparazione tra le tecniche di protezione (giuridica) dei dati personali e delle opere protette dal diritto d'autore con riferimento ai "big data"; C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Text and Data Mining: articles 3 and 4 of the directive 2019/790/EU*, CEIPI (Centre for International Intellectual Property Studies Research) paper n. 8/2019; R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica*, cit., spec. p. 15 ss., dove l'a. nota le ambiguità del testo della CDSM e osserva che la direttiva offre una definizione di TDM ma non anche una definizione di "dato", "testo" e "informazione"; L. MANSANI, *Le eccezioni per estrazione di testo e dati, didattica e conservazione del patrimonio culturale*, in "AIDA", 2019, p. 3 ss., osserva che la disciplina della CDSMD sul TDM è di grande impatto sia da un punto di vista economico che per i profili teorici implicati. L'a. afferma che le soluzioni normative di cui alla medesima direttiva sembrano il risultato di un compromesso tra i titolari dei diritti e gli utilizzatori delle opere protette, in alcuni casi con uno sbilancio a favore dei primi, avuto riguardo, in particolare, alle soluzioni in vigore in altri ordinamenti; A. MUSSO, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore nella Direttiva UE n. 2019/790*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2020, n. 3, p. 411 ss. (Relazione al convegno "Direttiva Copyright, le sfide del recepimento in Italia", Roma, Biblioteca Casanatense, 11 settembre 2019); J.P. TRIAILLE et al., *Study on the Legal Framework of Text and Data Mining (TDM)*, 2014.

<sup>24</sup>Uno studio del 2022 richiesto dalla speciale commissione AIDA (*Artificial Intelligence in a Digital Age*) del Parlamento europeo registrava ben 48 atti normativi di diritto euro-unitario (tra quelli emanati e da emanare) in campo digitale: C. CODAGNONE, G. LIVA, T. RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Identification and assessment of existing and draft EU legislation in the digital field*.

<sup>25</sup>Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

<sup>26</sup>Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724.

<sup>27</sup>Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 febbraio 2022, COM(2022) 68, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati).

<sup>28</sup>Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021, COM(2021) 206, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione.

<sup>29</sup>Art. 1, par. 2 lett. c) Direttiva *Open Data* (UE) 2019/1024: «La presente direttiva non si applica: [...] c) ai documenti su cui terzi detengono diritti di proprietà intellettuale».

<sup>30</sup>Art. 2, n. 1) Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868: «"dati": qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva».

<sup>31</sup>Nei considerando 10, 12 e 20 del Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868 si trova ben formulata la distinzione tra i dati e i beni immateriali che formano – questi ultimi soltanto – oggetto di diritti di proprietà intellettuale («10. Le categorie di dati detenuti da enti pubblici, che dovrebbero essere soggetti al riutilizzo a norma del presente regolamento, non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva

(UE) 2019/1024, che esclude i dati che non sono accessibili per motivi di riservatezza commerciale o statistica e i dati che figurano in opere o in altro materiale su cui terzi detengono diritti di proprietà intellettuale [...]»; «12. [...] I dati detenuti da istituti culturali, quali biblioteche, archivi e musei, nonché orchestre, compagnie d'opera o di balletto e teatri, e da istituti di istruzione non dovrebbero rientrare nel campo di applicazione del presente regolamento in quanto le opere e gli altri documenti in loro possesso sono prevalentemente coperti da diritti di proprietà intellettuale di terzi [...]»; «20. È inoltre di estrema importanza, al fine di preservare una concorrenza leale e l'economia di mercato aperta, salvaguardare i dati protetti di natura non personale, in particolare i segreti commerciali, ma anche i dati non personali che costituiscono un contenuto protetto da diritti di proprietà intellettuale da un accesso illecito che possa portare al furto della proprietà intellettuale o allo spionaggio industriale [...]»). Lo stesso non può dirsi a proposito dei considerando 6 e 18 («6. [...] talune categorie di dati [...] quali dati commerciali riservati, dati soggetti a segreto statistico e dati protetti da diritti di proprietà intellettuale di terzi, compresi segreti commerciali e dati personali, spesso non sono messe a disposizione, [...]»; «18. [...] I dati protetti da diritti di proprietà intellettuale, come pure i segreti commerciali, dovrebbero unicamente essere trasmessi a terzi qualora tale trasmissione sia lecita in virtù del diritto dell'Unione o nazionale o con il consenso del titolare dei diritti [...]»). Tuttavia, e naturalmente, la distinzione, che si ricava dal sistema e dalle categorie del diritto della proprietà intellettuale, ed è trasposta con nettezza sul piano linguistico nei considerando 10, 12 e 20 deve riconoscersi anche ove essa non è riflessa con chiarezza nella lettera della legge, come avviene nei considerando 6 e 18.

<sup>32</sup>L'art. 2 par. 1 n. 20 del Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868 prevede la seguente definizione di ambiente di trattamento (di dati) sicuro «ambiente di trattamento sicuro»: l'ambiente fisico o virtuale e i mezzi organizzativi per garantire la conformità al diritto dell'Unione, quale il regolamento (UE) 2016/679, in particolare per quanto riguarda i diritti degli interessati, i diritti di proprietà intellettuale e la riservatezza commerciale e statistica, l'integrità e l'accessibilità, per garantire il rispetto del diritto dell'Unione e nazionale applicabile, e per consentire all'entità che fornisce l'ambiente di trattamento sicuro di determinare e controllare tutte le azioni di trattamento dei dati, compresi la visualizzazione, la conservazione, lo scaricamento, l'esportazione dei dati e il calcolo dei dati derivati mediante algoritmi computazionali».

<sup>33</sup>L'art. 3, par. 1 del Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868 non distingue letteralmente tra i dati e i beni immateriali che formano oggetto di diritti di proprietà intellettuale, ed anzi adotta nella prima proposizione un *wording* che potrebbe far pensare ad una diretta tutela dei dati, ciò che è però da escludere radicalmente leggendo tale proposizione in combinato disposto con la lettera c) dove è fatto chiaro che la protezione può essere solo indiretta ossia solo in quanto discendente ovvero conseguente nei fatti alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale che hanno il loro proprio oggetto consistente in beni immateriali e non nei "dati" in sé considerati: «Articolo 3 - *Categorie di dati* - 1. Il presente capo si applica ai dati detenuti da enti pubblici, che sono protetti per motivi di: a) riservatezza commerciale, compresi i segreti commerciali, professionali o d'impresa; b) riservatezza statistica; c) protezione dei diritti di proprietà intellettuale di terzi; o d) protezione dei dati personali, nella misura in cui tali dati non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2019/1024».

<sup>34</sup>L'art. 5, par. 3 lett. a), punto (ii) del Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868 chiarisce che la protezione dei diritti di proprietà intellettuale attiene ai "contenuti" (*content*) non ai "dati": «3. Gli enti pubblici garantiscono, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, la tutela della natura protet-



ta dei dati. Essi garantiscono il rispetto dei requisiti seguenti: a) concedere l'accesso per il riutilizzo dei dati soltanto qualora l'ente pubblico o l'organismo competente abbia garantito, in seguito alla richiesta di riutilizzo, che i dati sono stati: i) anonimizzati, nel caso di dati personali; e ii) modificati, aggregati o trattati mediante qualsiasi altro metodo di controllo della divulgazione, nel caso di informazioni commerciali riservate, compresi i segreti commerciali o *i contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale*;». Il paragrafo 7 del medesimo articolo 5 così prevede: «7. Il riutilizzo dei dati è consentito solo nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Il diritto del costituente di una banca di dati di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE non è esercitato dagli enti pubblici al fine di impedire il riutilizzo dei dati o di limitarlo oltre i limiti stabiliti dal presente regolamento». Nel paragrafo 10 del medesimo articolo 5, la lettera della norma non riflette la distinzione tra dati e beni immateriali che formano oggetto dei diritti di proprietà intellettuale (distinzione che deve comunque riconoscersi, come già osservato): «10. Gli enti pubblici trasmettono dati riservati non personali o dati protetti da diritti di proprietà intellettuale a un riutilizzatore che intende trasferire tali dati a un paese terzo diverso da un paese designato in conformità del paragrafo 12 solo se il riutilizzatore si impegna contrattualmente: [...]». Il paragrafo 12 del medesimo articolo 5 così prevede: «12. Se giustificato da un numero considerevole di richieste in tutta l'Unione riguardanti il riutilizzo di dati non personali in determinati paesi terzi, la Commissione può adottare atti di esecuzione in cui si dichiara che le disposizioni legislative, di vigilanza e in materia di applicazione di un paese terzo: a) garantiscono una protezione della proprietà intellettuale e dei segreti commerciali sostanzialmente equivalente a quella garantita dal diritto dell'Unione; [...]».

<sup>35</sup>Alle "informazioni contenute nei dati" e ai "contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale" fa riferimento l'art. 7, par. 4 lett. c) del Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868 a proposito del sostegno che deve essere fornito dagli "organismi competenti" ivi previsti: «c) fornire assistenza tecnica per la pseudonimizzazione e garantire il trattamento dei dati in modo da tutelare efficacemente la vita privata, la riservatezza, l'integrità e l'accessibilità delle *informazioni contenute nei dati* per i quali è consentito il riutilizzo, comprese le tecniche di anonimizzazione, generalizzazione, soppressione e randomizzazione dei dati personali o altri metodi all'avanguardia di tutela della vita privata, e la cancellazione di informazioni commerciali riservate, tra cui segreti commerciali o *contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale*».

<sup>36</sup>L'art. 2 par. 1 n. 11 del Regolamento *Data Governance Act* (UE) 2022/868 prevede la seguente definizione di servizi di intermediazione di dati: «11) "servizio di intermediazione dei dati": un servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, rapporti commerciali ai fini della condivisione dei dati tra un numero indeterminato di interessati e di titolari dei dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali, *ad esclusione almeno di*: a) [...] b) servizi il cui obiettivo principale è l'intermediazione di contenuti protetti da diritto d'autore; [...]».

<sup>37</sup>Art. 2, par. 1, n. 1) della Proposta di *Data Act*: «"dati": qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva».

<sup>38</sup>Art. 35 della Proposta di *Data Act*: «Articolo 35 - *Banche dati che contengono determinati dati* – Il diritto "sui generis" di cui all'articolo 7 della direttiva 96/9/CE non si applica alle banche dati che contengono dati ottenuti o generati dall'uso di un prodotto o di un servizio correlato per non ostacolare l'esercizio del diritto degli utenti di accedere a tali dati e utilizzarli conformemente all'articolo 4 del presente regolamento

o di condividere tali dati con terzi conformemente all'articolo 5 del presente regolamento».

<sup>39</sup>Art. 2, par. 1, n. 2) della Proposta di *Data Act*: «"prodotto": un bene materiale e mobile, anche quando incorporato in un bene immobile, che ottiene, genera o raccoglie dati relativi al suo utilizzo o al suo ambiente e che è in grado di comunicare dati tramite un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico e la cui funzione primaria non è la conservazione e il trattamento dei dati».

<sup>40</sup>Art. 2, par. 1, n. 3) della Proposta di *Data Act*: «"servizio correlato": un servizio digitale, anche software, incorporato in un prodotto o interconnesso con esso in modo tale che la sua assenza impedirebbe al prodotto di svolgere una delle sue funzioni».

<sup>41</sup>Il considerando 17 della Proposta di *Data Act* specifica che i dati generati dai prodotti e dai servizi correlati che costituiscono l'oggetto della normativa «non riguardano i dati risultanti da un'elaborazione software che calcoli dati derivati da tali dati, in quanto *tale elaborazione software può essere soggetta a diritti di proprietà intellettuale*».

<sup>42</sup>Il considerando 28 della Proposta di *Data Act* prevede *inter alia* che «[...] *Nel trattamento dei dati dovrebbero essere rispettati eventuali segreti commerciali o diritti di proprietà intellettuale*. [...]».

<sup>43</sup>Il considerando 77 della Proposta di *Data Act* richiama la protezione dei diritti di proprietà intellettuale a proposito delle cautele per il trasferimento di dati non personali in paesi terzi: «In altri casi possono verificarsi situazioni in cui una richiesta di trasferimento di dati non personali o di accesso agli stessi basata sulla legislazione di un paese terzo sia in conflitto con l'obbligo di proteggere tali dati a norma della legislazione dell'Unione o nazionale, in particolare per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, quali il diritto alla sicurezza e il diritto a un ricorso effettivo, o gli interessi fondamentali di uno Stato membro connessi alla sicurezza nazionale o alla difesa, nonché la protezione dei dati commercialmente sensibili, inclusa la protezione dei segreti commerciali, e la *protezione dei diritti di proprietà intellettuale* [...] Ove possibile in base alle condizioni della richiesta di accesso ai dati dell'autorità del paese terzo, è opportuno che il fornitore di servizi di trattamento dei dati sia in grado di informare il cliente i cui dati sono richiesti al fine di verificare la presenza di un potenziale conflitto tra tale accesso e le norme dell'Unione o nazionali, come quelle sulla protezione dei dati commercialmente sensibili, compresa la protezione dei segreti commerciali, dei *diritti di proprietà intellettuale* e degli impegni contrattuali in materia di riservatezza».

<sup>44</sup>La Proposta di *Data Act* contiene regole armonizzate *inter alia* (i) sulla messa a disposizione di dati generati dall'uso di un prodotto o di un servizio correlato (come ivi definiti) all'utente di tale prodotto o servizio; (ii) sulla messa a disposizione di dati da parte dei *data holders* ai *data recipients* (come rispettivamente ivi definiti); (iii) sulla messa a disposizione di dati da parte dei *data holders* a organi del settore pubblico o istituzioni dell'Unione, agenzie o organi, laddove si verifichi una necessità eccezionale, per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse.

<sup>45</sup>Art. 70-ter, co. 1, l.a.: «Sono consentite le riproduzioni compiute da organismi di ricerca e da istituti di tutela del patrimonio culturale, per scopi di ricerca scientifica, ai fini dell'estrazione di testo e di dati da opere o da altri materiali disponibili in reti o banche di dati cui essi hanno lecitamente accesso, *nonché la comunicazione al pubblico degli esiti della ricerca ove espressi in nuove opere originali*».

<sup>46</sup>Nell'impianto dell'art. 4 CDSMD, l'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti si reputa fornita *ex lege* in assenza di un loro esplicito diniego o "riserva", c.d. *opt-out*, e sempre che si tratti di materiali ai quali i terzi hanno "legalmente accesso".





Nella recente consultazione pubblica promossa dal Governo del Regno Unito (v. *supra* nel testo) lo schema di tale soluzione era tra le quattro opzioni considerate (opzione 3). Il Governo del Regno Unito ha annunciato che procederà invece nella direzione dell'eliminazione di qualunque restrizione all'eccezione di TDM (opzione 4).

<sup>47</sup>Sulla tecnica del c.d. *crawling*, cfr., tra gli altri, le spiegazioni e le posizioni di: C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Text and Data Mining: articles 3 and 4 of the directive 2019/790/EU*, cit., p. 7; A. OTTOLIA, *Big Data*, cit., p. 35 ss.; M.L. MONTAGNANI, G. AIME, *Il text and data mining*, cit., p. 382; J.P. TRIAILLE et al., *Study on the Legal Framework*, cit., p. 10; R. DUCATO, A. STROWEL, *Ensuring Text and Data Mining*, cit., p. 13 ss.

<sup>48</sup>Può essere interessante segnalare l'analisi sulla relazione tra *machine legibility* e TDM condotta nella diversa prospettiva della protezione del consumatore da R. DUCATO, A. STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"*, in "International Review of Intellectual Property and Competition Law", vol. 50, 2019, n. 6, p. 649 ss.

<sup>49</sup>Sulle radici storica e filosofica dei problemi posti dalle tecnologie digitali alla concezione della proprietà intellettuale, cfr. R. POZZO, *Immanuel Kant on intellectual property*, in "Trans/Form/Ação", vol. 29, 2006, n. 2, p. 11 ss.

<sup>50</sup>Cfr. P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati*, cit., p. 100 ss., spec. p. 104; A. STROWEL, *Reconstructing the reproduction and the communication*, cit., p. 203 ss.; ID., *Big data and data appropriation in the EU*, in T. Aplin (ed.), "Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies", 2018, p. 119.

<sup>51</sup>CGUE 29 luglio 2019, *Pelham GmbH e altri c. Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben*, C-476/1, citato *supra* (caso nel quale la Corte di Giustizia ha negato che ricorresse una riproduzione nel caso in cui un musicista, esercitando la propria libertà delle arti, aveva prelevato un campione sonoro da un

fonogramma altrui al fine di integrarlo, in forma modificata e non riconoscibile all'ascolto umano, in un nuovo fonogramma).

<sup>52</sup>Per una ricerca delle nozioni giuridiche di informazioni e dati, cfr. P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati*, cit., p. 11 ss.; A. OTTOLIA, *Big Data*, cit. p. 14 ss.; L.A. BYGRAVE, *Information Concepts in Law: Generic Dreams and Definitional Daylight*, in "Oxford Journal of Legal Studies", vol. 35, 2015, n. 1, p. 91 ss.; A. STROWEL, *Big Data and Data Appropriation in the EU*, in T. Alpin, Cheltenham (eds.), "Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies", Edward Elgar, 2020, p. 107; H. ZECH, *Data as a tradeable commodity. Implications for Contract Law*, in J. Drexel (ed.), "Proceedings of the 18<sup>th</sup> EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership, Privacy and Safeguarding Competition", Edward Elgar Publishing, 2017; H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, in A. De Franceschi (ed.), "European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution", Intersentia, 2016, p. 53 ss. Non limitatamente all'ambito di rilevanza giuridica, cfr. R. KITCHIN, *A Critical Analysis of Big Data, Open Data and Data Infrastructures*, 2 ed., Sage Publishing, 2021.

<sup>53</sup>V. ad esempio artt. 4, 5 e 6 della Proposta di *Data Act* COM(2022) 68, del 23 febbraio 2022 dove si prevedono espressi divieti di utilizzare i dati per certe finalità. In particolare si vieta allo *user* e al *data recipient* di usare i dati generati dall'utilizzo di un prodotto o di un servizio correlato (come definiti nella proposta di *Data Act*) per sviluppare un prodotto concorrente con il prodotto da cui provengono i dati; e si vieta al *data holder* di usare i dati generati da un prodotto o da un servizio correlato (come definiti nella proposta di *Data Act*) per pregiudicare la posizione commerciale dello *user* o del *data recipient*.

<sup>54</sup>Per la cui dimostrazione si rinvia a M. SENFTLEBEN, *Compliance of National TDM Rules with International Copyright Law*, cit., spec. p. 7 ss. e p. 23 ss.

<sup>55</sup>V. *retro sub* nota 22.

\* \* \*

## The inexistence of an exclusive right of Text and Data Mining (TDM)

**Abstract:** The essay analyzes the provisions of the Copyright in the Digital Single Market Directive (Directive (EU) 2019/790: CDSMD) relevant to the so-called Text and Data Mining exception, in order to establish whether the need for an exception or a license as contemplated by Articles 3 and 4 CDSMD is always implicated for the carrying out of the 'Text and Data Mining' operations. On the basis of an interpretation aligned with the most recent case law of the European Court of Justice on the notion of reproduction (in particular, the *Pelham* decision), the negative conclusion is illustrated, and the thesis is presented that the reproduction of machine readable data shall not entail a reserved activity of reproduction or extraction as meant by the legal provisions of Articles 3 and 4 CDSMD. The author also argues that the automated analytical technique aimed at analysing text and data in digital form (i.e. the TDM activity according to the relevant definition), having ordinarily as an object machine readable data only, should not give rise in practice under ordinary circumstances to a problem of compliance with the copyright norms considered by Articles 3 and 4 CDSMD. The author also puts forward the argument that under EU law "data" do not form the subject matter neither of the rights of reproduction and extraction contemplated in articles 3 and 4 CDSMD nor of any other IP rights. On this basis, the article concludes by affirming the inexistence of an exclusive right of TDM.

**Keywords:** Copyright in the Digital Single Market Directive (CDSMD) – Text and Data Mining (TDM) – Artificial Intelligence – Right of reproduction – *Sui generis* right – Right of extraction



## Educazione museale e strategie Open Access

Sarah Dominique Orlandi • Cristina Manasse • Anna Maria Marras

I musei sono spesso percepiti come luoghi poco propensi al cambiamento, ma le chiusure causate dalla pandemia hanno spinto le istituzioni GLAM (*Galleries, Libraries, Archives and Museums - Gallerie, Biblioteche, Archivi e Musei*) a investire con rapidità nella comunicazione digitale Web. I musei hanno così saputo dimostrare la loro rilevanza nella comunità: affrontando i cambiamenti, cercando strumenti innovativi, sostenendo la resilienza della comunità, attraendo nuove competenze, e rendendo il patrimonio più accessibile attraverso le politiche di Open Access. L'Open Access ha un forte impatto sui musei e offre nuovi strumenti per sviluppare le priorità museologiche legate all'inclusività, accessibilità e coinvolgimento attivo del pubblico. I musei stanno chiarendo i motivi che li hanno portati a sperimentare queste nuove direzioni nelle loro *open policies*. Un'osservazione attenta ai casi nazionali e internazionali, nonché la percezione della rilevanza mondiale dell'Open Access ci possono offrire strumenti di riflessione e stimoli decisionali.

Museo – Educazione – Open access – Open data

SOMMARIO: 1. *Musei e Open Access. Una direzione per la museologia* – 1.1. *Open Access policies ed educazione – 2. Advocacy. ICOM Italia e impegno a sostegno dell'Open Access* – 2.1. *ICOM Italia: audizioni al Senato e alla Camera* – 2.2. *FAQ ICOM Italia. Uno strumento pratico* – 2.3. *Premio Museo Open Culture Italia 2022* – 3. *Digitale ed educazione museale: il progetto HELP* – 3.1. *Riflessioni e risultati*

### 1. Musei e Open Access. Una nuova direzione per la museologia

I musei sono spesso percepiti come luoghi poco propensi al cambiamento, ma le chiusure causate dalla pandemia hanno spinto le istituzioni GLAM (*Galleries, Libraries, Archives and Museums - Gallerie, Biblioteche, Archivi e Musei*) a investire con rapidità nella comunicazione digitale Web. In alcuni casi queste nuove modalità di comunicazione e di offerta di contenuti al pubblico sono state fatte anche a fronte di una limitata conoscenza di alcune tematiche, rilevanti in materia, che richiedono riflessioni su policies, aspetti legali, mezzi di tutela. I musei hanno comunque saputo dimostrare la loro rilevanza

nella comunità: affrontando i cambiamenti, cercando strumenti innovativi, sostenendo la resilienza della comunità, attraendo nuove competenze, e rendendo il patrimonio più accessibile attraverso le politiche di Open Access.

L'Open Access ha un forte impatto sui musei e offre nuovi strumenti per sviluppare le priorità museologiche legate all'inclusività, accessibilità e coinvolgimento attivo del pubblico. I musei stanno chiarendo i motivi che li hanno portati a sperimentare queste nuove direzioni nelle loro *open policies*. Un'osservazione attenta di casi nazionali e internazionali, nonché la percezione della rilevanza mondiale dell'Open Access ci possono offrire strumenti di riflessione e stimoli decisionali.

---

S.D. Orlandi, C. Manasse e A.M. Marras sono componenti del gruppo di ricerca *Digital Cultural Heritage* di ICOM Italia fondato e coordinato da S.D. Orlandi. S.D. Orlandi e C. Manasse sono autrici dei paragrafi 1 e 2; A.M. Marras è autrice del par. 3.

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.



### 1.1. Open Access policies ed educazione

Se nell'era della condivisione globale dei contenuti molti istituti culturali hanno adottato licenze aperte sui contenuti in pubblico dominio, molti hanno manifestato un certo interesse ma non hanno le conoscenze sufficienti sulle straordinarie opportunità per la collettività in termini di sviluppo economico, sociale e culturale, che potrebbero loro derivare con la utilizzazione di tali licenze.

La casistica ci riporta a quel numero crescente di istituti culturali che da anni hanno adottato policies di licenze aperte e alla rilevante bibliografia internazionale<sup>1</sup> che ha esaminato gli effetti delle licenze aperte e degli strumenti per il rilascio di contenuti in pubblico dominio, sugli istituti che le hanno adottate e sul loro pubblico.

Quanto alle motivazioni degli istituti culturali sull'adozione di tali licenze, si evidenzia che molti musei esplicitano i principi delle politiche Open Access nei loro siti<sup>2</sup>. Ad esempio, Lonnie G. Bunch, Smithsonian Secretary, scrive «Open Access è una pietra miliare dello Smithsonian nei nostri sforzi per raggiungere, istruire e ispirare il pubblico»<sup>3</sup>. Anche Europea, la più grande piattaforma europea per la pubblicazione di riproduzioni fotografiche con «milioni di oggetti del patrimonio culturale provenienti da circa 4.000 istituzioni in tutta Europa» esplicita diverse motivazioni sia nella missione<sup>4</sup> sia nel nuovo documento strategico 2020-2025<sup>5</sup>: «Rendiamo più facile alle persone utilizzare il patrimonio culturale per l'istruzione, la ricerca, la creazione. Il nostro lavoro contribuisce a una società aperta, informata e creativa»; «Europeana consentirà alle istituzioni del patrimonio culturale di trascendere i confini culturali e nazionali e di collocare le loro collezioni nel contesto europeo – per essere parte della storia dell'Europa». Il video di presentazione del Cleveland Museum of Art in tema di Open Access<sup>6</sup> spiega in modo efficace i molteplici strumenti e le possibilità di riuso messe a disposizione, e termina con la frase di ispirazione «a beneficio di tutte le persone, per sempre». La National Gallery of Art di Washington fa riferimento alla propria missione che consiste nell'essere al servizio del paese tramite una attività mirata a preservare, collezionare, esporre ed incrementare la comprensione delle opere d'arte secondo i migliori standard museali ed educativi. La policy di Open Access «è una naturale estensione di questa missione [...]. La Galleria ritiene che un maggiore accesso a immagini di alta qualità delle sue opere d'arte alimenti conoscenza, studio e innovazione, ispirando gli utenti che trasformano continuamente il modo in cui vediamo e comprendiamo il mondo dell'arte»<sup>7</sup>. In Danimarca, la National Gallery

of Denmark (SMK) pone l'attenzione sul coinvolgimento attivo: «Un utente culturale non si accontenta di essere uno spettatore passivo della cultura. Questo utente culturale vuole essere attivo e utilizzare la cultura nella propria vita. E la conclusione è chiara: molte più persone, compresi coloro che non usano il museo fisico, utilizzano le collezioni quando possono selezionare, riutilizzare, remixare e condividere attivamente le opere d'arte»<sup>8</sup>. L'intenzione della Biblioteca Nazionale di Spagna (BNE) è quella di «promuovere il riutilizzo delle immagini e mettere le collezioni digitali al servizio della società e di un'industria culturale ed editoriale con risorse molto limitate, e di promuovere l'espansione della conoscenza»<sup>9</sup>.

Ed ancora. I vantaggi e sfide sono evidenziati nella presentazione della Dichiarazione sul libero accesso al patrimonio culturale<sup>10</sup>. Tra i benefici, evidenziamo: missione e rilevanza migliorate per il pubblico del XXI secolo; maggiore efficienza del personale e migliore allineamento alle missioni; integrazione di interfacce esterne, come Wikimedia Commons; nuove conoscenze sulle collezioni; inclusione nelle risorse educative aperte (OER); promozione del riutilizzo e della cultura del riuso.

## 2. Advocacy. ICOM Italia e impegno a sostegno dell'Open Access

Il nostro Paese sta impegnando in misura crescente energie, competenze e risorse nella digitalizzazione del patrimonio culturale. È bene che i progetti nazionali di digitalizzazione che scelgono la strada dell'Open Access non siano casi isolati, bensì diventino una prassi comune affinché i nostri istituti culturali possano essere parte, a pieno titolo, di una comunità internazionale che si riconosce nel valore della condivisione del sapere e nel principio dell'apertura dei dati che identifica nel pubblico dominio un bene comune da proteggere e valorizzare.

L'*International Council of Museums*, la più importante organizzazione internazionale di musei e professionisti museali, è stata fondata nel 1946 e conta oltre 45 mila iscritti in 138 nazioni. Opera nei diversi territori nazionali tramite i seguenti comitati: *National Committees*, *Regional Alliances*, *Affiliated Organisations*, *Standing Committees*, *Working Groups* e *International Committees*. Il Comitato Nazionale italiano di ICOM, istituito il 17 maggio 1947, consta di più di 2.000 iscritti ed attualmente è organizzato in coordinamenti regionali, commissioni tematiche e gruppi di lavoro. Tra i suoi obiettivi principali rientrano: la promozione di una identità e visione del museo come istituto e istituzione, aderente alla definizione di museo dell'ICOM, l'adozione di standard museali



coerenti con il Codice etico dell'ICOM per i musei e la definizione e lo sviluppo delle competenze e abilità professionali.

### 2.1. ICOM Italia: audizioni al Senato e alla Camera

ICOM Italia ha presentato l'8 giugno 2020 in un'audizione alla XIV Commissione del Senato alcune proposte di emendamenti all'art. 9 del DDL 1721 (legge di delegazione europea 2019), in merito al recepimento della Direttiva europea (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato digitale. Nell'intervento la presidente Adele Maresca Compagna ha illustrato la *ratio* della direttiva che tende ad armonizzare il quadro normativo europeo, e le motivazioni a favore dell'accoglimento nel nostro Paese di alcune eccezioni previste dalla Direttiva negli artt. 6, 8-11 e in particolare le esigenze di libero riuso in rete delle immagini di pubblico dominio conservate nei musei (art. 14), che può costituire un'opportunità di diffusione della conoscenza del patrimonio con le tecnologie digitali e in particolare il Web, un veicolo efficace di sensibilizzazione dei cittadini alla partecipazione diretta, uno stimolo alla ricerca, alla creatività, alla produzione editoriale e uno strumento efficace di marketing culturale e turistico. Questa apertura, già condivisa in pratica da alcuni musei europei come il Rijksmuseum di Amsterdam, e caldeggiata da Europea e Wikimedia, comporterebbe in Italia una modifica dell'art. 87 della Legge sul diritto d'autore e degli artt. 107 e 108 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, che sottopongono le immagini a una forma di protezione "dominica" (indipendentemente dal fatto che siano tutelate o meno dal diritto d'autore) e al pagamento di un corrispettivo in caso di utilizzo commerciale<sup>11</sup>.

Il 10 novembre 2020 ICOM Italia ha partecipato alle audizioni informali della Commissione Cultura della Camera su liberalizzazione e libero riuso delle immagini, insieme con Daniele Manacorda, Christian Greco, direttore del Museo Egizio di Torino, Andrea Brugnoli, coordinatore del movimento di idee "Fotografie libere per i beni culturali", e Laura Moro, direttrice della Digital Library del MIBACT.

Dopo aver ricordato la posizione già espressa l'8 giugno nella precedente audizione alla Commissione XIV del Senato, Adele Maresca Compagna e Sarah Dominique Orlandi hanno evidenziato che riuso e Open Access sono parte integrante della missione dei musei nel mondo. Il recepimento della Direttiva europea sul mercato unico digitale<sup>12</sup> e delle sue eccezioni sono fondamentali per gli istituti culturali, e la mancata armonizzazione di queste norme con il Codice

dei beni culturali potrebbe creare un grave impedimento per musei, archivi e biblioteche, penalizzandoli nelle opportunità di ricerca su strategie partecipative, divulgative e di co-produzione.

D'altra parte, l'utilizzo delle licenze e dei relativi contratti d'uso consentono di tutelare i metadati e riconoscere il lavoro scientifico delle istituzioni culturali. ICOM concorda quindi con le proposte contenute in gran parte delle risoluzioni presentate dai gruppi parlamentari, vede con favore la costituzione di un gruppo di lavoro di esperti nominati dal MIBACT e ritiene che, nell'ambito di un quadro giuridico e operativo chiaramente definito, sarà possibile lasciare le decisioni ai direttori dei musei<sup>13</sup>.

### 2.2. FAQ ICOM Italia. Uno strumento pratico

Nell'era della condivisione globale dei contenuti, il gruppo di ricerca *Digital Cultural Heritage* (DCH) di ICOM Italia<sup>14</sup> ha avvertito la necessità di fare chiarezza su alcuni temi legati ai contenuti ed al loro uso/riuso, realizzando uno strumento pratico destinato agli operatori del settore museale e culturale in genere.

Tale necessità è stata dettata dalla scarsa conoscenza riscontrata, nel settore GLAM e, più in generale, anche nel mondo degli istituti di tutela del patrimonio culturale sulle straordinarie opportunità per la collettività in termini di sviluppo culturale, sociale ed economico che derivano dall'adozione di licenze aperte sui contenuti in pubblico dominio. Tale opportunità è infatti stata già individuata e valorizzata da un numero crescente di istituti culturali che da anni hanno intrapreso questa strada e da una sempre più nutrita letteratura internazionale che ha analizzato l'impatto delle licenze aperte e degli strumenti per il pubblico dominio sugli istituti che le hanno adottate e sul loro pubblico.

Ciò malgrado, stante la limitata conoscenza tra i professionisti dei beni culturali di questi temi che, sebbene riguardino la quotidianità della comunicazione culturale e della diffusione della ricerca scientifica online, hanno anche risvolti giuridici che impongono la massima attenzione nel riutilizzo in rete di contenuti culturali, il gruppo di ricerca DCH di ICOM Italia si è attivato al fine di aiutare la comunità a fare chiarezza, realizzando le *FAQ Open Access. Diritto d'autore, copyright e licenze aperte per la cultura nel Web. 100 domande e risposte per musei, archivi e biblioteche*<sup>15</sup>. Questo documento sintetico propone indicazioni pratiche, ad uso di chi opera in Europa in musei, archivi e biblioteche, con l'obiettivo di evidenziare opportunità e limiti normativi legati al riuso e alla divulgazione delle riproduzioni digitali di risorse



culturali nel Web: il tutto con lo scopo di offrire uno strumento diretto per potersi orientare con maggiore sicurezza in una realtà particolarmente complessa. L'argomento è stato trattato in una prospettiva europea e internazionale per fornire una visione globale e per collegare le problematiche comuni delle istituzioni GLAM, al fine di trovare il giusto equilibrio tra copyright e pubblico dominio.

Le FAQ sono il risultato del lavoro di un anno del gruppo di ricerca di ICOM Italia, composto da tre avvocati e tre professionisti dei beni culturali, con il coinvolgimento di revisori nazionali ed internazionali; le FAQ sono state rilasciate in Open Access.

Una versione gratuita delle FAQ e delle versioni aperte (wikisource, wikidata) è a disposizione della comunità. Le FAQ sono state definite come un importante strumento pratico che mancava per le attività digitali, per aiutare le istituzioni nella loro transizione verso l'Open Access.

Le FAQ sono organizzate in cinque sezioni (Definizioni, Tipologie di contenuto, Strumenti Web, Licenze e riuso, Problemi e soluzioni) e sottosezioni tematiche. Ogni sezione presenta diverse domande e risposte e la bibliografia e la sitografia di riferimento.



Figura 1: *Open Access. 100 domande e risposte per Musei, Archivi e Biblioteche. Diritto d'autore, copyright e licenze aperte per la cultura nel Web. 2022*

### 2.3. Premio Museo Open Culture Italia 2022

ICOM Italia con il sostegno di Wikimedia Italia e in collaborazione con Creative Commons Italia ha promosso la prima edizione del *Premio Museo Open Culture Italia 2022*. Il premio è dedicato a tutti i musei italiani che abbiano realizzato dei progetti, pubblica-

ti ed accessibili online, finalizzati alla valorizzazione del patrimonio tramite l'adozione di strumenti per il pubblico dominio e di licenze Open Access che favoriscano la condivisione di immagini e di dati in pubblico dominio. La prima edizione del Premio ha visto quale vincitore il Museo Egizio di Torino.

È stato promosso anche il *Premio Ricerca Open Culture Italia 2022*, dedicato a pubblicazioni relative ai vantaggi dell'adozione di strumenti per il pubblico dominio e di licenze Open Access in ambito culturale. Alice Fontana, con la tesi di Laurea "Digital Open Access: il caricamento e il riuso delle collezioni museali archeologiche su Wikimedia" (Università degli Studi di Torino – Dipartimento di Economia e Statistica) è la vincitrice della prima edizione del Premio.

### 3. Digitale ed educazione museale: il progetto HELP

*HELP – Heritage Education New Web Formats And Free Licenses Opportunities For Dissemination, Co-creation And Open Data* è un progetto di ricerca internazionale finanziato nel 2021 da ICOM International all'interno del bando *Sarec Solidarity project*. Il progetto coordinato da ICOM Italia ha visto la partecipazione di ICOM Portogallo, ICOM Repubblica Ceca e il gruppo di lavoro sulla Sostenibilità (WGS) di ICOM International. Tra gli scopi di *HELP* rientrano quelli di incoraggiare il riutilizzo delle collezioni museali e di fornire ai musei e in modo particolare ai piccoli musei e ai professionisti dei supporti informativi e operativi per l'educazione e il digitale.

*HELP*, partendo da un'analisi delle attività digitali online dei musei durante il periodo del Covid-19, punta a far emergere i vantaggi dell'Open Access per un migliore coinvolgimento del pubblico e ad evidenziare come le opportunità degli Open Data siano importanti per la didattica e la comunicazione museale. Il progetto si articola in 4 fasi principali:

- (a) *Ricerca*. Attraverso la conduzione di una desk analysis sono stati raccolti 164 casi di studio (73 per l'Italia, 60 per la Repubblica Ceca, 31 per il Portogallo) differenziati per tipo di istituto e tipo di progetto. I sondaggi sono stati condotti dapprima separatamente in base alla nazione e poi i dati sono confluiti in un'unica tabella di analisi. L'indagine è strutturata in 32 campi, organizzati in 4 temi principali: Anagrafica, Strumenti e tecniche digitali, Politiche di Open Access, Metodologia educativa.
- (b) *Lezioni online*. Le lezioni, partendo anche da quanto emerso dalla survey, coprono i punti focali del progetto *HELP*, e riguardano argomenti specifici organizzati in tre macrocategorie: aspet-



ti legali, aspetti tecnici ed educativi. Le lezioni, che hanno visto il coinvolgimento di 14 esperti dei diversi domini, sono pubblicate sul canale Youtube di ICOM Italia<sup>16</sup>.

- (c) *Premio per consulenza*. Questa fase ha previsto il lancio di un bando rivolto ai piccoli musei delle tre nazioni coinvolte nel progetto. Il premio consisteva in una consulenza nei tre ambiti principali di *HELP*: consulenza legale, consulenza tecnica e consulenza didattica.
- (d) *Disseminazione del progetto*. Per tutto il corso del progetto si sono realizzati momenti formativi e di confronto sulle tematiche principali: Open Access, educazione digitale e aspetti legali legati all'uso e riuso dei contenuti.

### 3.1. Riflessioni e risultati

La pandemia ha evidenziato ancora di più i limiti e le potenzialità del rapporto tra musei e Web<sup>17</sup>. La grande resilienza dei musei per “sopravvivere” alla situazione di emergenza ha offerto nuove opportunità e una riflessione della comunità museale senza precedenti sulla qualità dei servizi e dei prodotti offerti online, sul digital divide e sull'accessibilità dei contenuti. Dai risultati della survey si può affermare che l'intensa produzione di servizi e offerta digitale non è sempre accompagnata da una strategia digitale ed integrata, e le attività digitali sono spesso scollegate tra loro. Un altro aspetto di difficile accesso è la raccolta del feedback che queste iniziative hanno avuto sul pubblico. Inoltre, c'è ancora molto lavoro da fare per migliorare l'interazione con il pubblico e renderlo parte attiva del progetto.

I dati raccolti confermano anche quelli emersi da altre indagini condotte da ICOM International<sup>18</sup>, UNESCO<sup>19</sup> e NEMO<sup>20</sup>, che evidenziano principalmente come la qualità dei contenuti e dei progetti digitali non sia sempre di livello diverso e la preferenza per piattaforme e canali social esistenti.

Come è emerso dalla ricerca le attività didattiche online sono state apprezzate da un pubblico ampio e possono essere uno strumento fondamentale per le istituzioni. Sicuramente l'ibridazione delle attività on-line e on-site rimarrà anche per il futuro. Uno dei dati principali che il progetto *HELP* ha messo in evidenza è che il grande potenziale del digitale in ambito culturale non è ancora pienamente sfruttato, in modo particolare si sono individuati i seguenti punti su cui le istituzioni dovrebbero investire maggiormente e potenziare le attività:

- (1) *Inclusione e accessibilità*. Nonostante la presenza di linee guida e strumenti digitali per l'accessibilità dei contenuti digitali<sup>21</sup> questo risulta ancora un

punto critico su cui lavorare in maniera sinergica e olistica.

- (2) *Open Access e Open Data*. Rendere le collezioni accessibili online a tutti è un passaggio fondamentale per rendere il patrimonio culturale realmente accessibile. Anche su questo punto, nonostante i recenti progressi, c'è ancora molto da fare in particolare sulle policy di uso e riuso delle immagini.
- (3) *Qualità dei contenuti e diversificazione per target*. La creazione di contenuti digitali di qualità è essenziale per rendere il contenuto stesso non solo comprensibile e piacevole, ma accattivante e coinvolgente<sup>22</sup>.
- (4) *Co-creazione dei contenuti digitali*. Il Web offre opportunità di co-creazione di contenuti con alto livello di interazione, ma questa opportunità non è ancora sfruttata a pieno.
- (5) *Digitale come opportunità per creare relazioni con le comunità*. Sono diversi gli strumenti che possono consentire di creare delle relazioni con le comunità sia locali che globali, ma anche in questo caso non sono sfruttate a pieno.
- (6) *Interazione digitale e partecipazione*. L'approccio educativo deve comportare l'ascolto e la valutazione delle risposte e delle reazioni degli utenti, anche online. Perciò, dovrebbero essere forniti strumenti per una possibile interazione e reazione da parte degli utenti.
- (7) *Come monitorare l'impatto delle attività digitali*. Questo è forse uno degli aspetti in cui l'uso del potenziale delle tecnologie dei beni culturali è ancora meno utilizzato. Comprendere l'impatto che ha avuto un determinato servizio o una attività degli utenti è utile non solo per valutare il successo o il fallimento, ma per avere dati e informazioni che possono essere utilizzati per progetti futuri.
- (8) *Come gestire gli eventi ibridi*. Se durante la pandemia è stato possibile migliorare gradualmente l'esperienza degli eventi digitali (workshop, conferenze), c'è ancora del lavoro da fare per migliorare l'esperienza e l'interazione degli eventi ibridi.
- (9) *Gaming ed educazione*. L'uso dei *serious games* per scopi didattici ed educativi è in forte aumento, lo sviluppo futuro e presente è quello degli ambienti immersivi secondo il “metaverso”.
- (10) *Competenze digitali*. Sebbene spesso si parli di digitale come un unico ambiente, esso è composto da ambiti diversi che prevedono altrettante competenze diverse. Purtroppo, come evidenziato anche da ricerche ed analisi recenti è raro che negli istituti queste competenze vengano coperte.
- (11) *Web strategy museale*. Come già evidenziato nel lavoro di Orlandi et al.<sup>23</sup> l'aspetto strategico do-



vrebbe costituire la base sulla quale impostare attività, scegliere gli strumenti e individuare le competenze professionali adeguate. La strategia Web richiede una pianificazione chiara: la selezione dei canali di diffusione, la creazione di contenuti multimediali di qualità, la creazione di contenuti adeguati alle caratteristiche delle singole piattaforme, provvedendo alla loro interconnessione, salvaguardando la possibilità di partecipazione attiva degli utenti, e la pubblicazione di contenuti riutilizzabili attraverso l'utilizzo di apposite licenze aperte.

## Note

<sup>1</sup>Si v., *ex multis*, E. KAPSALIS, *The Impact of Open Access on Galleries, Libraries, Museums, & Archives*, April 27, 2016; C. RUIZ, A. WALLACE, E. HEIDEL, *Declaration on Open Access to Cultural Heritage*; J. PEKEL, *Europeana Foundation, Democratizing the Rijksmuseum*.

<sup>2</sup>Nelle righe seguenti del testo le citazioni in italiano sono nostre traduzioni dei testi originali.

<sup>3</sup>*Smithsonian Open Access*.

<sup>4</sup>*Europeana mission*.

<sup>5</sup>*Europeana Strategy 2020-25*.

<sup>6</sup>*Cleveland Museum of Art unleashes major digital change: 'Open Access'*.

<sup>7</sup>*Open Access at the National Gallery of Art*.

<sup>8</sup>*SMK Open access*.

<sup>9</sup>V. il sito della Biblioteca.

<sup>10</sup>C. RUIZ, A. WALLACE, E. HEIDEL, *Declaration on Open Access*, cit.

<sup>11</sup>Il documento completo è disponibile nel sito di ICOM Italia.

<sup>12</sup>Direttiva 2019/790/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, del 17 aprile 2019.

<sup>13</sup>Il video dell'audizione su beni culturali e tecnologia digitale del 10 novembre 2020 è disponibile sul sito della Camera dei deputati.

<sup>14</sup>Il gruppo di ricerca *Digital Cultural Heritage* ICOM Italia – fondato e coordinato da Sarah Dominique Orlandi – nasce nel 2015 e lavora sui nessi tra cultura, istituzioni, Web e strumenti digitali realizzando strumenti divulgativi per la comunità culturale italiana e rilasciati con licenza CC BY SA. Il gruppo di lavoro e i suoi membri lavorano a progetto, la sua composizione cambia in funzione del tema. Dal 2015 al 2019 ha lavorato sul tema Web strategy museale realizzando uno strumento di monitoraggio *WWS Web Strategy Schema* e un libro *Web Strategy Museale*. Dal 2019 il gruppo si è focalizzato sui temi del copyright, diritto d'autore e licenze aperte per realizzare strumenti pratici di orientamento e aggiornamento. Il gruppo è composto da Sarah Dominique Orlandi (coordinatrice), Deborah De Angelis, Cristina Manasse, Anna Maria Marras, Mirco Modolo e Giuditta Giardini.

<sup>15</sup>La versione online gratuita, con licenza CC BY-SA, è scaricabile da *Academia* e *Zenodo*.

<sup>16</sup>*H.E.L.P. Free online lesson*.

<sup>17</sup>B. LANDI, A.M. MARRAS, *Musei e digitale. L'impatto della pandemia tra criticità e opportunità*, in AA.VV., "Next Generation Culture. Tecnologie digitali e linguaggi immersivi per nuovi pubblici della cultura", Marsilio, 2021, pp. 23-49.

<sup>18</sup>ICOM INTERNATIONAL, *Museums, museum professionals and COVID-19*, 2020.

<sup>19</sup>UNESCO, *Museums around the world in the face of COVID-19*, 2020.

<sup>20</sup>NETWORK EUROPEAN MUSEUM ORGANISATIONS, *Survey on the impact of the COVID-19 situation on museums in Europe*, 2020; ID., *Follow-up survey on the impact of the COVID-19 pandemic on museums in Europe*, January 2021.

<sup>21</sup>A.M. MARRAS, M.G. MESSINA, D. MUREDDU, E. ROMOLI, *A case study of an inclusive Museum: The National Archaeological Museum of Cagliari Became "Liquid"*, in K.J. Borowiecki, N. Forbes, A. Fresa (eds.), "Cultural heritage in a changing world", 2016; A.M. MARRAS, *Accessibilità e digitale*, in S.D. Orlandi, G. Calandra, V. Ferrara et al. (a cura di), "Web Strategy museale. Monitorare e progettare la comunicazione culturale nel web", ICOM Italia, 2019, pp. 40-53.

<sup>22</sup>S.D. ORLANDI, G. CALANDRA, V. FERRARA et al., *Web Strategy museale. Monitorare e progettare la comunicazione culturale nel web*, ICOM Italia, 2019.

<sup>23</sup>*Ibidem*.

\* \* \*

## Museum Education and Open Access Strategies

**Abstract:** Museums have often been perceived as places hardly available to changes, but closures due to the pandemic caused GLAM institutions (Galleries, Libraries, Archives and Museums) to invest rapidly in digital communications. Museums have therefore been able to show their relevant role in the community: facing changes, looking for innovative tools, sustaining resilience of the community, attracting new competences, and making the patrimony more accessible through Open Access policies. Open Access has a strong impact on museums and offers new tools to develop priorities of museums that are linked to inclusivity, accessibility and active engagement of the public. Museums are explaining reasons that brought them to experiment these new paths in their open policies. Careful observations of national and international cases, and the perception of the worldwide importance of Open Access, can enhance understanding the available options and making better decisions.

**Keywords:** Museum – Education – Open access – Open data



# Lasciateci partecipare. Riutilizzo e disseminazione del sapere educativo, scientifico e culturale attraverso Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap

Iolanda Pensa

Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap sono banche dati e siti Internet collaborativi internazionali, che permettono a tutti i cittadini di avere accesso al sapere e di partecipare alla costruzione di una conoscenza libera, ovvero aperta e collaborativa in oltre 300 lingue. “Aperto” significa che tutti i contenuti prodotti e diffusi attraverso queste piattaforme possono essere modificati e riutilizzati da tutti anche per usi commerciali. “Collaborativo” significa che questi progetti invitano ciascuno a contribuire, si basano su fonti esistenti e disseminano e danno grande visibilità a testi, immagini, contenuti multimediali e dati. Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap sono attualmente i più grandi esempi di come l’apertura dei contenuti e l’interoperabilità nutrano l’impegno civico, rendano possibile il riutilizzo virtuoso dei contenuti della ricerca e della cultura e permettano alle comunità del mondo di contribuire alla citizen science; i dati aperti di questi progetti sono inoltre uno strumento e un oggetto di studio per i ricercatori e le istituzioni culturali.

Accesso alla conoscenza – Educazione – Cultura – Ricerca – Software e contenuti liberi

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.1. Educazione – 1.2. Cultura – 1.3. Ricerca – 2. La collaborazione basata su strumenti e le licenze libere – 3. Lasciateci partecipare. La necessità di una legislazione che faciliti la partecipazione della società e sostenga la collaborazione tra società, istituzioni e pubbliche amministrazioni – 4. Conclusioni

## 1. Premessa

Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap sono una risorsa educativa aperta (OER - *Open Educational Resources*), sono una delle più importanti fonti di informazione sul patrimonio culturale e sono uno spazio per il riutilizzo e la disseminazione del sapere scientifico e la produzione di citizen science.

Con oltre 20 miliardi di visualizzazioni al mese<sup>1</sup>, oltre 7 milioni di voci e 331 versioni linguistiche, 90 milioni di immagini e file multimediali<sup>2</sup>, 100 milioni di open linked data<sup>3</sup>, Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap sono un ecosistema di risorse al

servizio della società e prodotte dalla società in collaborazione con istituzioni, pubbliche amministrazioni e banche dati aperte.

### 1.1. Educazione

Come risorsa educativa aperta Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap offrono una vastissima documentazione multimediale. Oltre a coprire gli argomenti trattati all’interno dei programmi scolastici delle diverse nazioni del mondo, Wikipedia fornisce voci aggiornate su argomenti di attualità. Le iniziative nate all’interno di Wikimedia per tradurre in numerosissime lingue le informazioni sull’Ebola<sup>4</sup> e per fornire ra-

I. Pensa è presidente di Wikimedia Italia.

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.



pidamente informazioni aggiornate sul Covid<sup>5</sup> mostrano come gli *user-generated content* – collaborando con banche dati e istituzioni internazionali – siano capaci di rendere accessibili quasi in tempo reale dati critici in un grandissimo numero di lingue. OpenStreetMap e HOT Humanitarian OpenStreetMap hanno un ruolo centrale nel rispondere ad emergenze umanitarie, offrendo una piattaforma collaborativa che permette di raccogliere informazioni e sostenere il lavoro di esperti e volontari nel fornire assistenza; in alcuni territori del mondo OpenStreetMap rappresenta la mappa più aggiornata e completa disponibile al mondo ed è per questo che persino le Nazioni Unite formano volontari per arricchirla e mantenerla aggiornata.

### 1.2. Cultura

Nel documentare il patrimonio culturale, Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap rappresentano uno strumento capace di attivare volontari, creare un inventario dettagliato dei beni culturali delle nazioni del mondo, con immagini, testi e metadati. Dal 2010 viene organizzato *Wiki Loves Monuments*, il più grande concorso fotografico del mondo nato per produrre immagini libere del patrimonio internazionale. Un numero crescente di musei, archivi e biblioteche, insieme ad enti internazionali come l'UNESCO, collaborano con Wikipedia e i progetti Wikimedia per valorizzare le riproduzioni digitali del loro patrimonio in pubblico dominio e per rendere accessibile la documentazione che producono come testi, materiali didattici, ricerche e i metadati dei loro inventari. Basti pensare che il Ministero della cultura italiano utilizza dati di Wikidata per arricchire di immagini il suo catalogo unico e le comunità di Wikimedia contribuiscono al lavoro del Ministero realizzando immagini di beni non ancora disponibili nel catalogo (come avvenuto durante la Wikigita in Calabria del 2022 in cui su richiesta di Wikimedia Italia è stato fornito dal Ministero un elenco delle fotografie particolarmente utili); il Ministero della cultura usa anche testi provenienti da Wikipedia per le sue schede dei beni<sup>6</sup>.

### 1.3. Ricerca

Per Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap avere accesso a ricerche e studi è indispensabile per produrre contenuti di qualità. Questi siti non si basano sull'autorevolezza dei loro autori, ma sull'autorevolezza e la verificabilità delle fonti. Le fonti (bibliografia specialistica, articoli dei principali quotidiani, paper scientifici, open research data, government data, database prodotti e validati da istituzioni chiave ...) sono usate e citate e sono riconosciute come l'elemento essenziale nella redazione dei contenuti. Ne

emerge l'importanza di accedere alle fonti che è stata al centro dell'attenzione di iniziative come la Wikipedia Library e il sostegno da parte del movimento Wikimedia all'open access e agli open data. Inoltre Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap sono progetti perfettamente allineati all'open science, contribuendo a dare visibilità al sapere scientifico e sostenendo il ruolo attivo dei cittadini promosso nell'ambito della citizen science.

## 2. La collaborazione basata su strumenti e le licenze libere

Il funzionamento di Wikipedia, dei progetti Wikimedia e di OpenStreetMap si basa su strumenti e licenze libere che permettono il riuso e la modifica di tutti i contenuti prodotti e usati in questi siti per qualsiasi scopo. Non si tratta semplicemente di siti Internet gratuiti, ma di molto di più.

Tutti i contenuti di Wikipedia sono rilasciati con licenza libera CC BY-SA Creative Commons attribuzione-condividi allo stesso modo; Wikidata – la banca dati di Wikipedia e dei progetti Wikimedia di linked open data – è rilasciata in CC0 Creative Commons zero o pubblico dominio. Gli altri progetti usano strumenti e licenze libere compatibili, compreso il pubblico dominio, la licenza libera Creative Commons attribuzione e analoghe. Anche l'infrastruttura di questi siti è basata su software libero, non ha pubblicità né fa profilazione degli utenti.

Perché rifare da zero una mappa – come ha fatto dal suo esordio OpenStreetMap – invece di usare semplicemente le mappe esistenti del mondo? Perché riscrivere da zero testi combinando più fonti – come ha fatto Wikipedia – invece di usare semplicemente le altre enciclopedie esistenti? Per liberarli.

Quando si dice che OpenStreetMap e Wikipedia sono una mappa e un'enciclopedia “libere” significa che tutti i loro contenuti sono stati “liberati”: sono a disposizione di tutti per tutti gli scopi con licenze e strumenti che ne autorizzano esplicitamente il riuso e le modifiche per tutti gli usi, anche commerciali.

La caratteristica “libera” dei contenuti e dell'infrastruttura di Wikipedia, dei progetti Wikimedia e di OpenStreetMap è centrale ed è il tratto distintivo e profondamente idealista di questi siti. L'uso di licenze e strumenti che permettono di modificare testi, immagini e dati è essenziale per la collaborazione.

Wikipedia e OpenStreetMap hanno licenze che richiedono l'attribuzione, e il funzionamento di questi siti si basa su un software che permette di riconoscere a ciascuno il suo contributo specifico e archivarlo; inoltre – con un approccio che li colloca sulla scia del software libero di Richard Stallman – impongono



il copyleft, ovvero il principio che se qualcuno usa le risorse di questi siti deve mantenerle libere, “condividendole allo stesso modo” e adottando la stessa licenza libera sulle opere derivate.

Essere “liberi” è molto diverso da essere semplicemente gratuiti. Nei siti liberi (che le comunità chiamano “progetti”) tutto è perfettamente trasparente: è possibile visualizzare qualsiasi aspetto del sistema ed è possibile intervenire su tutto. L’autorizzazione è esplicitata da licenze semplici, standard e comprensibili ed è sempre garantita la modifica di tutti i contenuti e il riuso per tutti gli scopi, anche commerciali (come esplicitato dalle dichiarazioni di Budapest e di Berlino sull’open access, non sono considerati contenuti liberi quelli che hanno licenze con restrizioni non commerciale e che non permettono le opere derivate, come le licenze Creative Commons NC e ND).

Su Internet tantissimi siti e servizi sono gratuiti, ma questo non implica che siano liberi. Leggendo i termini e le condizioni d’uso raramente questi consentono il riuso dei contenuti e soprattutto il riuso per usi commerciali. Il business plan di questi siti gratuiti si basa sulla pubblicità e la profilazione degli utenti e – basandosi su software proprietario – non è possibile verificare che cosa effettivamente fa il software con i dati che forniamo e con quelli a cui ha accesso attraverso la sua app.

Per molti volontari che contribuiscono a Wikipedia, ai progetti Wikimedia e a OpenStreetMap il fatto che si tratti di “progetti liberi” – gratuiti, trasparenti, senza pubblicità e senza profilazione degli utenti – è un valore essenziale, che contribuisce a contestualizzare e motivare la loro partecipazione.

### 3. Lasciateci partecipare. La necessità di una legislazione che faciliti la partecipazione della società e sostenga la collaborazione tra società, istituzioni e pubbliche amministrazioni

Interoperabilità è una bellissima parola. Significa che tecnicamente le cose devono poter funzionare insieme. Per Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap significa che la legislazione deve permettere di produrre contenuti con strumenti e licenze libere e deve facilitare il riuso di immagini, testi e dati provenienti da risorse educative, ricerca, istituzioni culturali e pubbliche amministrazioni.

Questo significa che le riproduzioni digitali dei beni culturali in pubblico dominio devono essere in pubblico dominio senza ulteriori restrizioni, che i metadati dei cataloghi devono essere in CC0, che deve essere possibile produrre immagini dei beni culturali

e renderle disponibili con licenze e strumenti liberi senza che sia mai richiesto un canone, che i risultati della ricerca (compresi quelli prodotti da musei, archivi e biblioteche) devono essere accessibili online immediatamente con licenza libera CC BY (la licenza raccomandata nell’ambito della ricerca) e che siano accompagnati da open research data in CC0 (in modo che siano compatibili con Wikidata), che le risorse educative (comprese quelle prodotte da musei, archivi e biblioteche e quelle finanziate dal Ministero) devono essere rilasciate con strumenti e licenze libere (CC0, CC BY o CC BY-SA), che i dati delle pubbliche amministrazioni (compresi i siti Internet) devono essere rilasciati in CC0 e che gli enti pubblici (compresi ministeri, scuole, università, musei, archivi e biblioteche) devono usare effettivamente software libero come già richiesto dalla legge.

Per sostenere la partecipazione volontaria dei cittadini è inoltre essenziale che vi sia chiarezza: che sia esplicita la volontà di sostenere la collaborazione tra società, istituzioni e pubbliche amministrazioni e che le autorizzazioni siano chiaramente indicate attraverso licenze e strumenti standard che sostengono esplicitamente gli approcci “open” che già caratterizzano gli open data, l’open government, l’open access e l’open science.

## 4. Conclusioni

I cittadini sono degli alleati nella produzione di sapere educativo, culturale e scientifico. Il quadro europeo delle competenze digitali DigComp 2.2 – che cita esplicitamente anche Wikipedia come esempio – enfatizza l’importanza di produrre ma anche di sapere usare e adattare risorse educative libere. La Convenzione di Faro ha sottolineato il ruolo delle comunità nell’identificare e conservare il patrimonio culturale. L’attenzione verso la citizen science ha reso negli ultimi decenni sempre più riconosciuto il valore del contributo dei cittadini nella produzione di ricerche e nel partecipare attivamente alla realizzazione e revisione di dati.

Wikipedia, i progetti Wikimedia e OpenStreetMap sono grandi esempi dell’impegno e dell’interesse dei cittadini nel contribuire alla produzione di sapere educativo, culturale e scientifico: questo impegno e interesse a vantaggio della società e di tutti deve essere sostenuto in modo chiaro dalla nostra legislazione.

## Note

<sup>1</sup>Cfr. le [statistiche](#) di Wikipedia e dei progetti Wikimedia.

<sup>2</sup>[Wikimedia Commons](#) è la banca dati multimediale dei progetti Wikimedia che rende accessibili file rilasciati con licenze



e strumenti liberi quali dominio pubblico, CC0, CC BY, CC BY-SA e analoghe.

<sup>3</sup>[Wikidata](#) è la banca dati di dati strutturati linked open data rilasciati con lo strumento libero CC0.

<sup>4</sup>Cfr. la *Task force* per la traduzione delle informazioni sull’Ebola.

<sup>5</sup>D. MIETCHEN, N. HUSSAIN, *An overview of the COVID-19 related content of Wikimedia projects*, 14 August 2021.

<sup>6</sup>Si vedano nel portale del Ministero della cultura alla sezione “I luoghi della cultura” alcuni esempi di musei che attingono integralmente le informazioni da Wikipedia senza purtroppo l’appropriata attribuzione richiesta dalla licenza CC BY-SA: [Museo Mucirama \(Wikipedia\)](#); [Museo civico Arti, Mestieri, Archeologia e Costume \(Wikipedia\)](#); [Museo Nazionale Collezione Salce \(Wikipedia\)](#).

\* \* \*

### **Let us participate. Reuse and dissemination of educational, scientific and cultural knowledge through Wikipedia, Wikimedia and OpenStreetMap projects**

**Abstract:** Wikipedia, the Wikimedia and OpenStreetMap projects are international collaborative databases and websites that allow all citizens to have access to knowledge and to participate in the construction of free, i.e., open and collaborative knowledge in over 300 languages. “Open” means that all content produced and disseminated through these platforms can be modified and reused by everyone, even for commercial use. “Collaborative” means that these projects invite everyone to contribute, build on existing sources, and disseminate and give high visibility to texts, images, multimedia content and data. Wikipedia, the Wikimedia and OpenStreetMap projects are currently the greatest examples of how open content and interoperability nurture civic engagement, make possible the virtuous reuse of research and cultural content, and enable communities around the world to contribute to citizen science; the open data of these projects are also a tool and object of study for researchers and cultural institutions.

**Keywords:** Access to knowledge – Education – Culture – Research – Free software and contents

## Il modello Diamond Open Access per la comunicazione scientifica accademica: contesto e iniziative in corso

Ginevra Peruginelli • Sebastiano Faro

Il panorama della comunicazione accademica è in rapida transizione verso l'adozione su larga scala dell'accesso aperto come pratica ordinaria per la diffusione dei risultati della ricerca. Il contributo parte dal ruolo della scienza aperta come approccio fondamentale in grado di influenzare le istituzioni di ricerca e le pratiche scientifiche, sottolineando alcune iniziative promosse dall'Unione europea. Si concentra, poi, sull'evoluzione della comunicazione accademica, evidenziando l'importanza del modello Diamond Open Access nel rappresentare le peculiarità delle comunità scientifiche. Attraverso l'analisi di studi, iniziative e progetti europei nel settore, emerge chiaramente come il modello Diamond OA si caratterizzi per la sua flessibilità e capacità di adattarsi a diversi contesti editoriali, facilitando una diffusione ampia e accessibile dei risultati della ricerca scientifica e garantendo così una comunicazione accademica inclusiva e globale.

Scienza aperta – Accesso aperto – Comunicazione scientifica accademica – Diamond Open Access

SOMMARIO: 1. *Scienza aperta come nuovo paradigma della creazione e diffusione della conoscenza* – 2. *L'evoluzione OA nella comunicazione scientifica accademica* – 3. *Il modello Diamond OA* – 3.1. *Open Access Diamond Journals Study* – 3.2. *Action Plan for Diamond OA* – 3.3. *Il progetto europeo DIAMAS* – 4. *Conclusioni*

### 1. Scienza aperta come nuovo paradigma della creazione e diffusione della conoscenza

Discutere oggi dei modelli di organizzazione della comunicazione scientifica accademica significa necessariamente contribuire alla discussione sul più generale tema della Scienza aperta.

La Scienza aperta è da almeno due decenni al centro di un intenso dibattito sulla evoluzione che i processi di creazione e diffusione della conoscenza subiscono anche in relazione al sempre più significativo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e

della comunicazione (sviluppo che porta con sé nuove forme e opportunità di collaborazione fra i ricercatori, nuovi formati e canali di pubblicazione dei risultati della ricerca e, parallelamente, l'azione di movimenti a sostegno dell'accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche).

È un dibattito che, peraltro, accompagna numerose e significative iniziative assunte a vari livelli – internazionale, sovranazionale e nazionale – dai decisori politici, che mettono in campo diversi sistemi di regolazione – di *hard* e *soft law* –, ma anche da enti, imprese, organizzazioni e progetti che rappresentano le diverse comunità dei soggetti coinvolti.

---

G. Peruginelli e S. Faro sono rispettivamente prima ricercatrice e dirigente di ricerca presso l'IGSG/CNR.

Questo lavoro si inserisce nelle attività del progetto DIAMAS - *Developing Institutional Open Access Publishing Models to Advance Scholarly Communication*, finanziato dall'Unione europea, programma HORIZON-WIDERA-2021-ERA-01-43, Doi: <https://doi.org/10.3030/101058007>, sito web: <https://diamasproject.eu/>. Le opinioni espresse sono degli autori e non riflettono necessariamente quelle dell'Unione europea o dell'Agenzia esecutiva europea per la ricerca.

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.



Il concetto di “Scienza aperta”, che riguarda tutte le aree della ricerca scientifica, evoca una combinazione di processi, pratiche e regole volti a rendere la conoscenza scientifica liberamente accessibile e riusabile per chiunque, a incrementare la collaborazione scientifica e la condivisione delle informazioni a beneficio della scienza stessa e della società nel suo complesso e all’apertura dei processi di creazione, comunicazione e valutazione della conoscenza scientifica all’intera società al di là della comunità scientifica tradizionale<sup>1</sup>.

Come sottolineato da Fecher e Friesike<sup>2</sup>, sono almeno cinque i profili di interesse legati al concetto di Scienza aperta, che è termine di portata generale (“*umbrella term*”) idoneo a ricomprendere numerosi altri concetti più specifici (come visualizzati, ad esempio, nella *Open Science Taxonomy* del progetto Foster in Figura 1).

Il primo profilo riguarda la piena accessibilità della scienza per tutti, considerato sotto i due aspetti, da un lato, della partecipazione e coinvolgimento anche di soggetti esterni alla comunità scientifica alle attività e ai processi di ricerca (fenomeno evocato dall’espressione “*citizen science*”) e, dall’altro, della comprensibilità della scienza per un pubblico più ampio, dell’obbligo, cioè, che incombe sui ricercatori di rendere comprensibile anche a un pubblico di non specialisti, ciò che essi fanno e i risultati che essi raggiungono.

Un secondo profilo attiene all’accesso libero alla conoscenza, accesso che riguarda innanzitutto le pubblicazioni e i dati scientifici, ma che viene inteso come da estendere anche a ogni altro tipo di fonte e materiale di studio di qualsiasi genere utilizzato nell’ambito delle attività di ricerca: tutti dovrebbero avere libero accesso alla conoscenza, specialmente quando la ricerca è finanziata con fondi pubblici. Vengono in rilievo il tema dell’accesso aperto alla letteratura scientifica, emerso a partire dall’inizio degli anni Duemila con la nota serie delle dichiarazioni (Budapest<sup>3</sup>, Bethesda<sup>4</sup>, Berlino<sup>5</sup>) che hanno delineato la strada da perseguire in questa direzione, e quello degli Open data, della disponibilità dei dati della ricerca per consentirne il riuso, l’aggregazione, la rielaborazione, in grado di produrre avanzamenti della conoscenza anche al di là di quanto originariamente previsto da chi ha per la prima volta raccolto ed elaborato i dati.

Altro profilo da considerare è quello della collaborazione fra gli scienziati: la scienza aperta come metodo per rendere più efficiente la ricerca e la diffusione della conoscenza. In questo senso, si tratta di considerare la ricerca scientifica come un processo che può essere ottimizzato, ad esempio, modularizzando la creazione della conoscenza e favorendo la collaborazione fra scienziati anche attraverso strumenti online, soprattutto per affrontare in maniera collaborativa

problemi di elevata complessità, che perciò richiedono l’aggregazione di competenze e conoscenze diverse in un’ottica multi-, pluri- e interdisciplinare.

La scienza aperta può essere vista anche come una sfida tecnologica, come, cioè, la creazione e la gestione delle infrastrutture tecniche che consentano la piena realizzazione dei processi collaborativi e di apertura nei quali essa si concretizza. Vengono in rilievo, fra l’altro, temi quali quello della creazione di adeguate infrastrutture di ricerca ad alte prestazioni e di piattaforme e applicazioni per la collaborazione e lo scambio di dati nel contesto del Web semantico.

Un ultimo profilo è quello dell’emersione di nuove modalità di valutazione dell’impatto della ricerca nell’era digitale attraverso l’individuazione di indicatori diversi da quelli tradizionalmente utilizzati, più adatti alla nuova realtà della migrazione nel Web del processo di elaborazione e diffusione della conoscenza, spesso con l’applicazione dei principi dell’Open access. Il termine “*altmetrics*” rimanda a questo terreno di indagine volto alla ricerca di nuovi strumenti legati al Web per la misurazione dell’impatto scientifico.

Questi temi oggetto del dibattito all’interno della comunità scientifica emergono sostanzialmente tutti nelle iniziative assunte, a partire dal secondo decennio degli anni Duemila dall’Unione europea, che dedica grande attenzione alla scienza aperta, definita come «*a system change allowing for better science through open and collaborative ways of producing and sharing knowledge and data, as early as possible in the research process, and for communicating and sharing results. This new approach affects research institutions and science practices by bringing about new ways of funding, evaluating and rewarding researchers. Open Science increases the quality and impact of science by fostering reproducibility and interdisciplinarity. It makes science more efficient through better sharing of resources, more reliable through better verification and more responsive to society’s needs*»<sup>6</sup>.

La scienza aperta risulta centrale nell’ottica della Commissione europea in quanto strettamente legata al completamento dello Spazio europeo della ricerca, quale strumento per realizzare la “quinta libertà” del mercato interno, cioè la libera circolazione dei ricercatori e delle conoscenze scientifiche, anche attraverso mezzi digitali<sup>7</sup> (e trova una corrispondente attenzione a livello nazionale; in Italia, da ultimo, con il Piano nazionale per la scienza aperta, adottato nell’ambito del programma nazionale per la ricerca 2021-2027<sup>8</sup>).

Con particolare riguardo al tema dell’accesso libero alla conoscenza, la Raccomandazione 2018/790 del 25 aprile 2018<sup>9</sup>, dedicata all’accesso all’informazione scientifica e alla sua conservazione, da un lato, rimette agli Stati membri la definizione e attuazione di

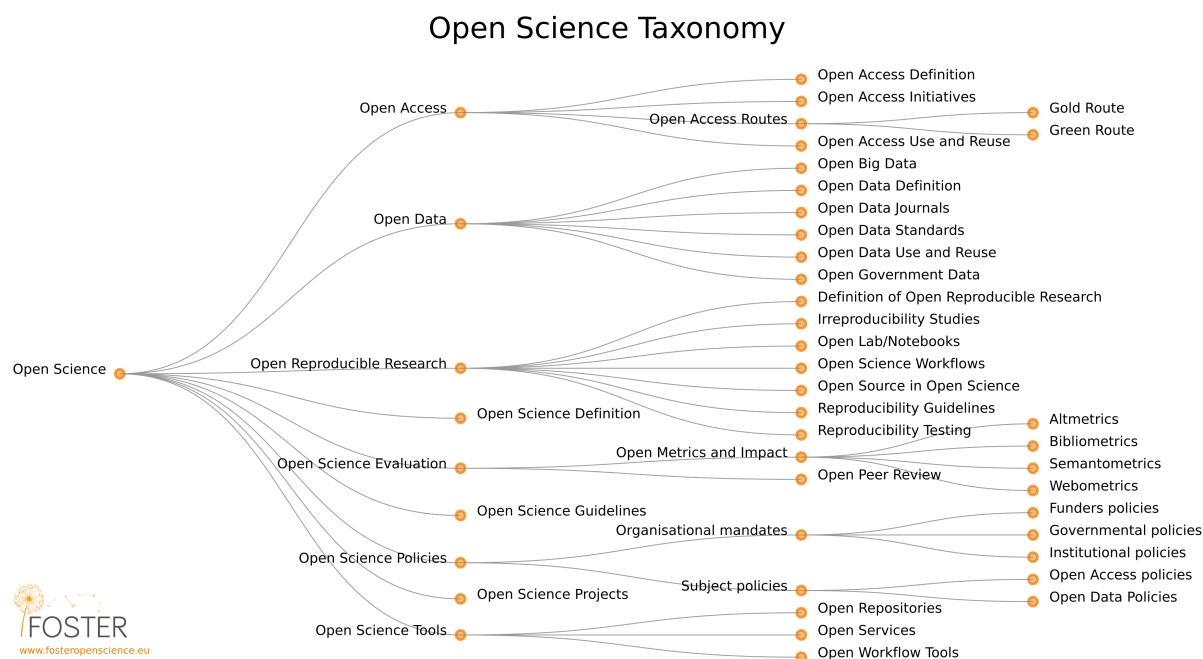


Figura 1: *Open science taxonomy*. Fonte: <https://www.fosteropenscience.eu/>

politiche chiare per la diffusione delle pubblicazioni scientifiche prodotte nell'ambito di attività di ricerca finanziate con fondi pubblici e l'accesso aperto alle stesse, garantendo che, indipendentemente dal canale di pubblicazione (rivista scientifica, infrastruttura digitale, canali multimediali o nuovi metodi sperimentali di comunicazione scientifica), l'accesso aperto alle pubblicazioni derivanti da ricerche sostenute da finanziamenti pubblici sia concesso non appena possibile e, dall'altro, raccomanda che i ricercatori, al momento di sottoscrivere accordi contrattuali con gli editori scientifici, mantengano i necessari diritti di proprietà intellettuale, tra l'altro, per rispettare i requisiti in materia di politica di accesso aperto.

In parallelo viene posto il problema dello sviluppo di adeguate infrastrutture. Nelle comunicazioni della Commissione sul mercato unico digitale in Europa<sup>10</sup> e sull'iniziativa europea per il cloud computing<sup>11</sup>, rispettivamente, viene sottolineato come i big data e il calcolo ad alte prestazioni stiano cambiando il modo di fare ricerca e di condividere il sapere inserendosi nella transizione verso una scienza aperta, e viene individuato nel Cloud europeo per la scienza aperta (EOSC - nell'acronimo inglese di *European Open Science Cloud*) lo strumento per conferire all'Europa un ruolo guida a livello globale nelle infrastrutture per i dati scientifici per far sì che gli scienziati europei sfruttino appieno i vantaggi della scienza basata sui dati. Il processo di costruzione del Cloud della scienza aperta è stato avviato con la dichiarazione di Vienna

del 23 novembre 2018<sup>12</sup> che impegna l'infrastruttura a fornire a tutti i ricercatori in Europa accesso ad un ambiente aperto, efficiente e multidisciplinare per conservare, accedere, riutilizzare ed elaborare i dati della ricerca secondo i principi FAIR (*Findable, Accessible, Interoperable, Reusable* – Ricercabile, Accessibile, Interoperabile, Riutilizzabile)<sup>13</sup>. La Strategia europea per i dati del 2020<sup>14</sup> ha individuato nell'EOSC l'infrastruttura attraverso cui rendere disponibili i dati provenienti dai programmi di ricerca europei, in linea con il principio "il più aperto possibile, chiuso il tanto necessario" e facilitare la scoperta, la condivisione, il riutilizzo di dati e servizi e il relativo accesso da parte dei ricercatori.

Più di recente, a consolidare le linee di una politica di apertura – caratterizzata, tra l'altro, dall'esplicito rilievo attribuito, in sede di valutazione dei progetti e concessione dei finanziamenti, alla pubblicazione ad accesso aperto ai risultati delle ricerche finanziati dai programmi quadro dell'Ue – si segnalano due documenti (Conclusioni) del Consiglio dell'Unione europea, uno del 2022 dedicato alla valutazione della ricerca e alla attuazione della scienza aperta<sup>15</sup> e l'altro del 2023 dedicato a "Una pubblicazione accademica di alta qualità, trasparente, aperta, affidabile ed equa"<sup>16</sup>.

Le conclusioni del 2022 sottolineano la necessità di un accesso senza ostacoli e del riutilizzo a fini di ricerca dei risultati, delle pubblicazioni e dei dati provenienti dalla ricerca finanziata con fondi pubblici e pongono in evidenza i benefici della scienza aperta e



dell'accesso aperto immediato alle pubblicazioni di ricerca nonché del multilinguismo ai fini di una più ampia comunicazione dei risultati della ricerca.

Il documento del 2023 ribadisce che è importante accelerare la transizione verso la scienza aperta per migliorare la qualità, l'efficienza e l'impatto della ricerca promuovendo la trasparenza, l'accessibilità, la diversità, la riutilizzabilità, la riproducibilità e l'affidabilità dei risultati della ricerca e che l'accesso aperto alle pubblicazioni accademiche – compreso il loro riutilizzo – è uno degli elementi centrali di un sistema di scienza aperta.

Appare evidente, anche da questi sintetici richiami, come risulti parte sostanziale del dibattito sullo sviluppo della scienza aperta il tema, di assoluta attualità, della efficienza, standardizzazione e sostenibilità dei modelli di accesso aperto per la comunicazione scientifica.

## 2. L'evoluzione OA nella comunicazione scientifica accademica

Dalla pubblicazione della Budapest Open Access Initiative (BOAI)<sup>17</sup>, il numero di articoli in Open Access (OA) è aumentato drasticamente negli ultimi due decenni<sup>18</sup>. Il paradigma dell'OA ha portato a una radicale trasformazione del modello economico per le pubblicazioni accademiche: molta attenzione e sforzi sono stati dedicati a incentivare gli editori commerciali a convertire le loro offerte di servizi in OA e a sviluppare modelli di business che si adattano a questa conversione (ad esempio accordi trasformativi, APC - *Article Processing Charges*). Anche la letteratura internazionale e nazionale in materia è vasta e specificatamente dedicata ai diversi aspetti coinvolti: giuridici, etici, economici, sociali e in particolare di impatto sulla società<sup>19</sup>.

Già nel 2014 la *Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition* (SPARC) insieme alla *Public Library of Science* (PLOS) e all'*Open Access Scholarly Publishers Association* (OASPA) aveva redatto una guida identificativa dei componenti principali dell'OA<sup>20</sup> sulla base di sei aspetti fondamentali che riguardano: (i) diritti dei lettori; (ii) diritti di riutilizzo; (iii) diritti d'autore; (iv) diritti degli autori di pubblicazione negli archivi istituzionali o disciplinari; (v) indicizzazione; (vi) dati leggibili dalla macchina (Figura 2).

Tale strutturazione, valida ancora oggi, era stata concepita per facilitare non solo gli autori che cercano di prendere decisioni editoriali informate e gli editori e finanziatori che intendono formulare e far rispettare le loro politiche di accesso, ma anche tutte

le altre parti interessate all'interno dell'ecosistema della ricerca.

Oggi assistiamo ad un passaggio importante, anche se a volte impercettibile, che consiste nell'evoluzione dell'accesso aperto verso un ecosistema per la comunicazione scientifica aperta. Non solo dunque sull'accesso ai risultati della ricerca occorre riflettere, ma è opportuno considerare tutti gli aspetti relativi alla produzione della ricerca, agli strumenti e metadati usati per creare, condividere e valutare la ricerca, agli standard di qualità, al multilinguismo e alla sostenibilità delle risorse OA<sup>21</sup>. Tutte queste dimensioni sono indispensabili per costruire un ecosistema di comunicazione scientifica sostenibile e rispettoso delle diversità nella ricerca.

Questo passaggio, che si sta piano piano attuando, non ha tuttavia comportato un marcato cambiamento nel modello editoriale per quanto riguarda il finanziamento dei costi editoriali, che si basa ad oggi su due opzioni per garantire la sostenibilità finanziaria nel mondo OA: il finanziamento pubblico e i costi di pubblicazione sostenuti dall'autore (APC).

La prima opzione non è di facile attuazione, anche se esistono paesi come il Brasile che da tempo hanno sviluppato in modo più efficace e concreto un settore editoriale accademico sostenuto dal pubblico finanziamento. Attualmente il paese dell'America Latina è al terzo posto tra i paesi per numero di riviste ad accesso aperto presenti nella *Directory of Open Access Journals* (DOAJ)<sup>22</sup>, e sale al primo posto se si analizzano solo le riviste senza APC, che risultano essere il 91% delle riviste brasiliane. Considerando i paesi con editori che pubblicano il maggior numero di riviste ad accesso aperto si evidenzia che gli stessi sono anche in cima alla classifica dei paesi che non hanno APC con una rapporto percentuale però lontano da quello del Brasile, con l'eccezione della Spagna; il Regno Unito rappresenta una eccezione in quanto è al secondo posto fra i paesi con riviste ad accesso aperto, ma solo all'ottavo con riguardo alle riviste OA senza APC (superato da Iran e Russia) (Figura 3).

Sono altresì numerose le iniziative internazionali che sostengono direttamente la cooperazione e la creazione di reti per competere sul mercato editoriale differenziando tra compiti editoriali (revisione tra pari) e infrastrutturali. Un esempio è la rete SCOSS (*Global Sustainability Coalition for Open Science Services*)<sup>23</sup> che unisce organizzazioni impegnate a creare infrastrutture open science e mira a certificare gli editori OA, sulla base delle loro pratiche editoriali, in particolare della loro procedura di revisione tra pari e policy di licenza.



Access	Reader Rights	Reuse Rights	Copyrights	Author Posting Rights	Automatic Posting	Machine Readability	Access
4	Free readership rights to all articles immediately upon publication	4	Author holds copyright with no restrictions	4	4	4	4
3	Free readership rights to all articles after an embargo of no more than 6 months	3	Author holds copyright, with some restrictions on author reuse of published version	3	3	3	3
2	Free readership rights to all articles after an embargo greater than 6 months	2	Publisher holds copyright, with some allowances for author and reader reuse of published version	2	2	2	2
1	Free and immediate readership rights to some, but not all, articles (including "hybrid" models)	1	Publisher holds copyright, with some allowances for author reuse of published version	1	1	1	1
0	Subscription, membership, pay-per-view, or other fees required to read all articles	0	Publisher holds copyright, with no author reuse of published version beyond fair use	0	0	0	0

Figura 2: SPARC Guide for Evaluating Open Access Journals. Fonte: [sparcopen.org](http://sparcopen.org)

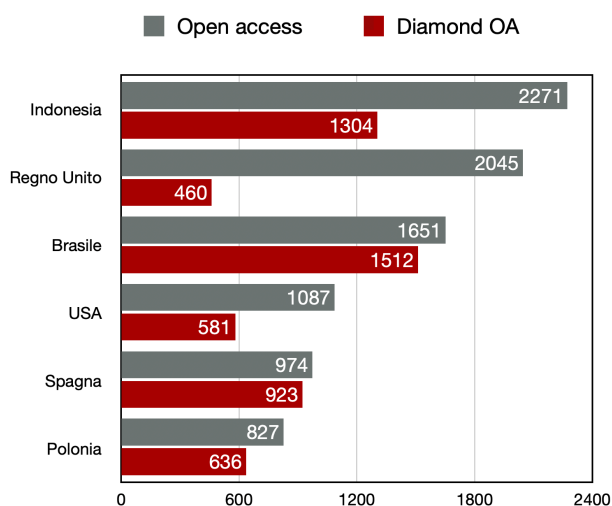


Figura 3: Numero delle riviste senza APC presenti nei paesi con maggior numero di riviste ad accesso aperto

L'altra opzione, ossia la pratica di addebitare commissioni agli autori, è diventata uno dei modelli di business più comuni attraverso il quale vengono pubblicati nuovi articoli in accesso aperto<sup>24</sup>, sebbene ciò vari tra diverse aree di ricerca e regioni geografiche<sup>25</sup>. Questo modello di finanziamento ha comportato la comparsa di nuovi attori nel settore editoriale<sup>26</sup> che hanno potuto utilizzare il modello per velocizzare il processo di pubblicazione e anche per introdurre numerose innovazioni. I pagamenti delle APC hanno infatti facilitato la ristrutturazione dell'editoria tradizionale, rappresentata da editori che sono stati in gra-

do di adattarsi rapidamente al nuovo contesto, creando nuove riviste ad accesso aperto e allo stesso tempo spostando le loro riviste in abbonamento a un modello ibrido in cui sono presenti alcuni articoli offerti in OA se gli autori ne pagano la quota. Questo modello di business è inoltre diventato estremamente redditizio per molti editori commerciali: uno studio recente<sup>27</sup> stima che i ricavi derivanti dai costi di pubblicazione degli articoli tra i dodici più grandi editori a livello globale abbiano superato i due miliardi di dollari nel 2020.

I critici dei costi di pubblicazione sostenuti dall'autore ritengono, tuttavia, che si tratti di una perversione del modello di accesso aperto che non fa nulla per promuovere l'equità e di fatto aumenta la disuguaglianza. La crescente popolarità del modello mette in evidenza l'importanza di esaminarne gli effetti sull'equità globale e sulla diversità epistemica nella produzione di conoscenza. Dubbi e criticità sono stati rilevati soprattutto in considerazione del fatto che il modello OA basato sulle APC è problematico, non solo a causa delle disuguaglianze che genera e rafforza<sup>28</sup>, ma anche perché è diventato insostenibile<sup>29</sup> e addirittura contrario ai valori dell'accesso aperto come affermati dalla BOAI. Tale modello può infatti accentuare la monocultura nella produzione di conoscenza, come rilevato da alcuni studi<sup>30</sup> secondo cui, ad esempio, i costi di elaborazione degli articoli possono favorire coloro che sono affiliati a istituzioni ricche e agenzie di finanziamento, la maggior parte delle quali si trova nei paesi ad alto reddito. Nel frattempo, la competitività internazionale nella ricerca e nell'istruzione superiore a livello globale ha portato a cambiamenti nelle pratiche di ricerca e pubblicazione accademica nelle regioni a basso reddito, compresa la



preferenza a pubblicare nelle riviste internazionali<sup>31</sup>. Ciò implica che le riviste finanziate tramite APC possono investire in importanti miglioramenti tecnologici e gestionali, tra cui layout visivamente accattivanti, piattaforme per il deposito di preprint, incorporazione di altimetriche in ogni articolo e una presenza più forte sui social media e sulle reti accademiche. Questo squilibrio ha portato a un divario editoriale tra le riviste che fanno pagare gli APC e quelle che non lo fanno, ed è un divario che continua a crescere.

Per ovviare a tali questioni, il modello OA prevede una serie di vie o meglio un ecosistema multicolore dove oltre alla via verde (Green OA) e alla via oro (Gold OA), ben conosciute, vi sono altre strade da percorrere. In particolare, il Diamond OA rappresenta il modello che sviluppa in modo più adeguato ed equo la comunicazione accademica futura. Esso si riferisce infatti a un modello di pubblicazione accademica in cui riviste e piattaforme non richiedono tariffe né agli autori né ai lettori. Tale modello rappresenta iniziative di pubblicazione gestite e possedute dalla comunità accademica generalmente di piccola e media scala, multilingue e multiculturali.

### 3. Il modello Diamond OA

Dopo un periodo iniziale di lenta diffusione, il panorama della comunicazione accademica europea ha raggiunto un punto critico nell'ultimo decennio ed è ora in rapida transizione verso l'adozione su larga scala dell'accesso aperto come pratica predefinita per la comunicazione dei risultati della ricerca e auspicabilmente verso il modello Diamond OA in grado specificamente di rappresentare la peculiarità della comunità scientifica<sup>32</sup> in un arcipelago di soggetti editoriali diversi. Il ruolo modesto che le istituzioni hanno tradizionalmente attribuito alle loro attività editoriali ha fino ad ora impedito un coordinamento efficiente tra le istituzioni nel campo dell'editoria accademica istituzionale con la conseguenza che si assiste alla mancata disponibilità e dunque adozione di pratiche, standard e linee guida uniformi.

#### 3.1. Open Access Diamond Journals Study

A sostegno di questo modello è stato elaborato l'*Open Access Diamond Journals Study* (OADJS)<sup>33</sup> volto ad analizzare l'ecosistema di pubblicazione Diamond OA. Lo Studio ha svolto un'analisi statistica di diversi database bibliografici, producendo una preziosa documentazione intesa ad esplorare e approfondire la comprensione dei modelli editoriali collaborativi non commerciali per l'accesso aperto. Lo Studio è stato commissionato da cOAlition S<sup>34</sup> e Science Europe<sup>35</sup> a

OPERAS<sup>36</sup> (infrastruttura di ricerca europea distribuita per lo sviluppo della comunicazione accademica aperta nelle scienze sociali e umane) che, nel marzo 2021, ha pubblicato l'analisi, elaborando alcune misure per una migliore utilizzazione e condivisione delle competenze e delle risorse.

OADJS ha evidenziato le vaste dimensioni e la frammentazione dell'ecosistema di pubblicazione del Diamond OA. Il numero di riviste Diamond OA è elevato (stimato a 29.000). Le riviste Diamond OA generalmente pubblicano meno articoli rispetto a quelle basate su APC (356.000 all'anno rispetto a circa 453.000). Dal 2018, la quota di articoli di riviste Diamond OA è diminuita, il che coincide con l'aumento degli articoli su riviste basate su APC. A livello territoriale le riviste sono così distribuite: 45% in Europa, 25% in America Latina, 16% in Asia, 5% negli Stati Uniti/Canada. In Europa, più della metà delle riviste Diamond OA ha sede in uno dei paesi dell'Europa orientale. Le riviste Diamond OA per la maggior parte sono di piccole dimensioni, pubblicano meno di 25 articoli all'anno e sono più multilingue (pubblicazione in più lingue) rispetto a quelle basate su APC (38% rispetto al 14%). Infine, quasi tutte le riviste sono state Diamond OA fin dal momento in cui sono diventate disponibili online.

Lo Studio rivela, altresì, che ci sono alcune preoccupazioni principali che molte riviste Diamond condividono. Queste sono, ad esempio, la mancanza di competenze tecniche e risorse per pubblicare i loro contenuti in un formato che soddisfi gli standard specificati nei requisiti tecnici di Plan S<sup>37</sup>. Come conseguenza, una grande parte delle riviste Diamond OA non è inclusa negli indici o directory di riviste in accesso aperto, come DOAJ. Le riviste Diamond OA sono editate da editori di piccole e medie dimensioni e un gran numero di riviste Diamond rappresenta spesso l'unica rivista dell'editore. È stato riscontrato che le scienze umane e sociali sono le discipline maggiormente propense a pubblicare in Diamond OA e che molte di queste riviste operano autonomamente rispetto agli editori che forniscono loro i servizi<sup>38</sup>. Si evidenzia infine che le attività editoriali si basano principalmente sul lavoro volontario dei ricercatori, perché il finanziamento non è permanente; tali attività non vengono altresì prese sufficientemente in considerazione, ad esempio, nelle politiche di valutazione dei ricercatori delle istituzioni.

A livello più pragmatico nell'indagine sono state delineate le sfide da affrontare che riguardano principalmente la capacità tecnica, la gestione, la visibilità e la sostenibilità di tali riviste e piattaforme. Sono state prodotte raccomandazioni che prevedono la necessità di un dialogo e impegno tra ricercatori, organi di finanziamento della ricerca, biblioteche uni-

versitarie, university press e dipartimenti universitari e società accademiche. In particolare, OADJS raccomanda che le istituzioni debbano: (1) identificare meglio le attività editoriali di loro competenza; (2) aumentare le proprie capacità a livello tecnologico e non tecnologico; (3) supportare meglio le loro attività editoriali nelle politiche e strategie istituzionali.

Lo Studio ha evidenziato, infine, come l'editoria istituzionale debba svolgere un ruolo cruciale nell'affrontare le esigenze di pubblicazione di molte comunità accademiche locali o nazionali in Europa, che si riferiscono a discipline, lingue e approcci epistemologici diversi.

### 3.2. Action Plan for Diamond OA

Passando dallo studio all'azione, nel marzo 2022 è stato pubblicato l'*Action Plan for Diamond OA*. Il Piano, redatto da Science Europe, cOAlition S, OPERAS, e l'Agence national de la recherche francese<sup>39</sup> rappresenta un passo verso un processo collettivo di rafforzamento del Diamond OA ed è volto a promuovere lo sviluppo di un'infrastruttura sostenibile in grado di federare le riviste Diamond OA che condividono gli stessi principi, linee guida e standard di qualità. Questo permetterà alle riviste Diamond di aumentare la loro capacità nel fornire servizi editoriali innovativi, validi e affidabili.

In particolare, il Piano fornisce una serie di azioni prioritarie per sviluppare un ecosistema di comunicazione accademica sostenibile e segna un'ulteriore tappa a favore della bibliodiversità in tutte le sue dimensioni. Il concetto di bibliodiversità in questo contesto è di rilevanza strategica per la sua enfasi sulla diversità di autori e opere accademiche che rappresentano culture, lingue, generi e tutti i tipi di sforzi accademici e scientifici. Essa contribuisce a una fiorente vita culturale e a un sistema eco-sociale, permettendo una comunicazione accademica inclusiva e diversificata<sup>40</sup>; l'editoria istituzionale svolge un ruolo importante nel mantenere la bibliodiversità fornendo luoghi per la ricerca a volte trascurati dagli editori tradizionali. Il Piano si colloca in questo contesto e dà slancio e rafforzamento in questa direzione<sup>41</sup>.

La Figura 4 mostra i quattro elementi su cui si poggia il successo del Diamond OA e che sono ben delineati nel Piano.

La componente dell'efficienza prevede che le riviste e le piattaforme Diamond OA trarranno vantaggio dalla condivisione di risorse comuni come, ad esempio, politiche editoriali, buone pratiche, ma anche infrastrutture tecniche. La condivisione di risorse comuni crea sostenibilità e fiducia per tutte le parti

interessate così da rendere i servizi e le operazioni più accessibili, interoperabili e semplificati.

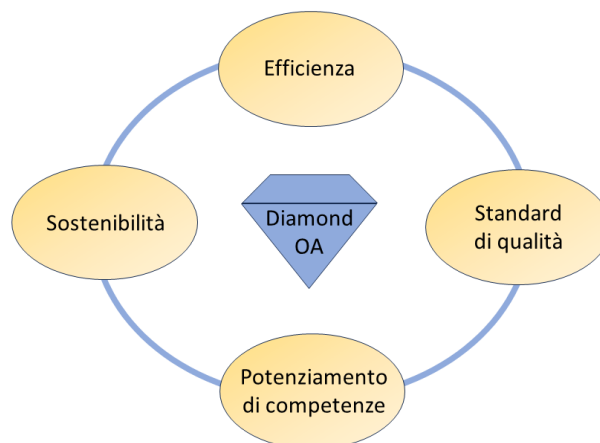


Figura 4: Componenti chiave dell'Action Plan for Diamond OA

Altro elemento è rappresentato dalla necessità di standard di qualità per le riviste e le piattaforme Diamond OA, ossia standard di qualità flessibili per tutti i componenti principali dell'editoria accademica.

Occorre poi il potenziamento di competenze per creare strumenti per l'editoria accademica Diamond disponibili in un punto di accesso comune (materiali di formazione, politiche e linee guida per le riviste). Ciò va fatto coinvolgendo e raggiungendo tutte le parti interessate e fornendo servizi tecnici, finanziari e di formazione.

L'ultimo elemento riguarda la sostenibilità ed è forse il più difficile, ma anche il più decisivo da soddisfare: è necessario sviluppare un quadro giuridico, etico e politico che riconosca e tuteli legalmente la proprietà e la governance delle riviste Diamond OA e le relative piattaforme. Occorre garantire dunque che i costi operativi dell'editoria Diamond siano sostenuti da una rete di attori istituzionali che si distribuiscono tali costi.

Il Piano è stato firmato ad oggi da oltre 90 organizzazioni e i paesi che hanno aderito immediatamente e con più forza sono la Francia, il Canada, il Belgio, l'Olanda e la Croazia che da tempo sono molto attivi nell'implementazione delle piattaforme Diamond OA. La comunità dei sottoscrittori è variegata: sono presenti università, società accademiche, organismi di ricerca, enti finanziatori, infrastrutture di ricerca<sup>42</sup>.

## 4. Il progetto europeo DIAMAS

In questa direzione e con il sostegno dell'Action Plan da parte della comunità Diamond OA è stato



finanziato nel luglio 2022 il progetto Horizon Europe DIAMAS - *Developing Institutional Open Access Publishing Models to Advance Scholarly Communication (2022-2025)*<sup>43</sup>. L'iniziativa, partita a settembre 2022 e della durata di 3 anni, è volta a creare un ecosistema di comunicazione accademica Diamond OA sostenibile, in grado di implementare l'OA come pratica di pubblicazione standard, a sviluppare servizi di supporto e un'infrastruttura non tecnica per i fornitori OA di servizi editoriali istituzionali. DIAMAS riunisce 23 organizzazioni provenienti da 12 paesi europei, coinvolte a diversi livelli nella pubblicazione accademica in OA e nella comunicazione scientifica. Il partner italiano è l'Istituto di Informatica Giuridica e Sistemi Giudiziari del CNR (IGSG-CNR).

A livello progettuale, DIAMAS adotta una metodologia a tre fasi sovrapposte. La prima fase mira ad analizzare il panorama degli editori istituzionali e di altri soggetti interni o esterni all'editore istituzionale che forniscono servizi editoriali istituzionali (*Institutional Publishing Service Providers - IPSP*). Si intende, innanzitutto, mappare l'attuale contesto degli IPSP in 25 paesi dello Spazio europeo della ricerca (SER), con particolare attenzione agli IPSP che non addebitano tariffe per la pubblicazione o la lettura. Questa indagine mira a colmare la lacuna di conoscenza sulla pubblicazione istituzionale in Europa e permette di identificare la distribuzione disciplinare, linguistica e geografica degli IPSP, nonché le caratteristiche di qualità, eccellenza e sostenibilità.

La seconda fase si concentra sul miglioramento del coordinamento, della qualità e della sostenibilità degli IPSP nel SER. Questo obiettivo è raggiunto attraverso lo sviluppo di uno Standard di Qualità Europeo (*Extensible Quality Standard for Institutional Publishing - EQSIP*), inteso come sigillo di qualità, caratterizzato da una struttura modulare e sufficientemente flessibile per adattarsi alle diverse culture, economie, storie, organizzazioni, comunità presenti in vari paesi.

Infine, la terza fase si propone di formulare raccomandazioni e strategie per superare la frammentazione attuale e l'isolamento degli IPSP a vari livelli dell'organizzazione istituzionale. Saranno creati ed elaborati strumenti operativi, standard specifici, linee guida, materiali formativi e modelli di business che potenzieranno le capacità degli IPSP. Verrà, infine, sviluppata una rete globale di IPSP per coordinare e supportare gli stessi nel raggiungimento dello standard di qualità. Questa rete costituirà la base per il futuro *Competence Center OA* per la pubblicazione accademica istituzionale.

Il progetto DIAMAS, dunque, si propone di affrontare le esigenze critiche nella pubblicazione istituzionale europea, fornendo soluzioni mirate che colmano

le lacune di conoscenza, migliorano la qualità dei servizi di pubblicazione, promuovono la collaborazione tra gli IPSP e garantiscono una pubblicazione equa e inclusiva. Strettamente legati al progetto DIAMAS sono i progetti europei PALOMERA - *Policy Alignment of Open Access Monographs in the European Research Area*<sup>44</sup> e CRAFT-OA - *Creating a Robust Accessible Federated Technology for Open Access*<sup>45</sup>, entrambi partiti nel gennaio 2023. Il primo si concentra sul garantire che i libri accademici e le monografie non siano trascurati nelle politiche della Scienza aperta; il secondo è volto a migliorare l'infrastruttura tecnica e organizzativa del Diamond OA.

## 5. Conclusioni

Il ruolo determinante del modello Diamond OA per la creazione di un ecosistema istituzionale di comunicazione scientifica responsabile, trasparente ed equo rappresenta l'elemento chiave per la democratizzazione della conoscenza. La cooperazione e la creazione di reti, in questa direzione, sono fondamentali per poter competere sul mercato editoriale. Occorre differenziare tra i compiti editoriali (ad esempio, revisione tra pari), quelli relativi alle infrastrutture e le esigenze di interoperabilità, così da promuovere la partecipazione collettiva delle istituzioni accademiche e della società in generale<sup>46</sup>. L'ecosistema di produzione della conoscenza ha necessità di pubblicare contributi critici e diversificati che potrebbero trovare poco spazio presso gli editori tradizionali, soprattutto commerciali<sup>47</sup>. La fase successiva del movimento dell'accesso aperto a cui stiamo assistendo, infatti, richiede oggi un cambiamento strutturale nel panorama dell'editoria istituzionale e della comunicazione accademica. Sicuramente, a livello globale, vi è molto interesse e numerose sono le raccomandazioni per lo sviluppo di piattaforme editoriali collettive aperte<sup>48</sup> e sviluppi di successo di infrastrutture di ricerca aperte in Africa e in America Latina sono in atto<sup>49</sup>.

Più di un decennio fa, è stata espressa<sup>50</sup> la preoccupazione che l'accesso aperto non potesse risolvere i problemi dell'equità accademica. Ancora nel 2018<sup>51</sup> emergeva il dubbio che l'accesso aperto non avesse senso se non conferiva potere a tutti gli autori di essere creatori e divulgatori di conoscenza. Adesso è tempo di attuare un modello di accesso aperto che rifletta la bibliodiversità, fornendo spazio per supportare, espandere e valorizzare la conoscenza locale<sup>52</sup>, idealmente basato sui principi di Fair Open Access<sup>53</sup>. Il cambiamento in questa direzione si realizza attraverso il modello Diamond OA, unico modello per condividere una produzione accademica significativa e autodeterminata.



## Note

<sup>1</sup>Cfr. *UNESCO Recommendation on Open Science*. Il documento mira a offrire un quadro internazionale per la pratica della scienza aperta, tenendo conto delle diverse aree regionali e disciplinari.

<sup>2</sup>B. FECHER, S. FRIESIKE, *Open Science: One Term, Five Schools of Thought*, in S. Bartling, S. Friesike (eds.), "Opening Science", Springer, 2014.

<sup>3</sup>Budapest Open Access Initiative, 2001.

<sup>4</sup>Bethesda Statement on Open Access Publishing, 2003.

<sup>5</sup>Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities, 2003.

<sup>6</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Open Science*, 2019.

<sup>7</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Un partenariato rafforzato per lo Spazio europeo della ricerca a favore dell'eccellenza e della crescita*, doc. COM(2012) 392, del 17 luglio 2012.

<sup>8</sup>*Piano nazionale per la scienza aperta* (PNSA), adottato in attuazione al decreto ministeriale n. 268 del 28 febbraio 2022. Il PNSA, insieme al *Piano infrastrutture di ricerca* (PNIR), completa l'insieme dei piani nazionali richiamati dal *Programma Nazionale per la Ricerca 2021-2027*.

<sup>9</sup>Raccomandazione (UE) 2018/790 della Commissione sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione, del 25 aprile 2018.

<sup>10</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, doc. COM(2015) 192, del 6 maggio 2015.

<sup>11</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Iniziativa europea per il cloud computing – Costruire un'economia competitiva dei dati e della conoscenza in Europa*, doc. COM(2016) 178, del 19 aprile 2016.

<sup>12</sup>The Vienna declaration on the European Open Science Cloud, 23 novembre 2018.

<sup>13</sup>M.D. WILKINSON, M. DUMONTIER, I.J. AALBERSBERG et al., *The FAIR Guiding Principles for scientific data management and stewardship*, in "Scientific data", 2016, n. 3.

<sup>14</sup>COMMISSIONE EUROPEA, *Una strategia europea per i dati*, doc. COM(2020) 66, del 19 febbraio 2020.

<sup>15</sup>Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea *Valutazione della ricerca e attuazione della scienza aperta*, doc. 10126/22, del 10 giugno 2022.

<sup>16</sup>Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea *Una pubblicazione accademica di alta qualità, trasparente, aperta, affidabile ed equa*, doc. 9616/23, del 23 maggio 2023.

<sup>17</sup>V. le già citate dichiarazioni di Budapest (BOAI), Bethesda e Berlino. Queste tre azioni sono spesso riferite come le definizioni BBB dell'OA.

<sup>18</sup>KOREAN COUNCIL OF SCIENCE EDITORS, *Charting variety, scope, and impact of open access diamond journals in various disciplines and regions: A survey-based observational study*, in "Science Editing", vol. 9, 2022, n. 2, pp. 120-135.

<sup>19</sup>V. tra gli altri: P. SUBER, *Open Access*, MIT Press, 2012; J.-C. GUÉDON, *Open Access. Contro gli oligopoli nel sapere*, ETS, 2009; V. LARIVIÈRE, S. HAUSTEIN, P. MONGEON, *The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era*, in "PLOS ONE", vol. 10, 2015, n. 6; R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Ledizioni, 2020, 210 p.; R. CASO, G. DORE, *Academic Copyright, Open Access and the "Moral" Second Publication Right*, Zenodo, 2021.

<sup>20</sup>*HowOpenIsIt?*, 2014.

<sup>21</sup>S. KHANNA, J. BALL, J.P. ALPERIN, J. WILLINSKY, *Recalibrating the Scope of Scholarly Publishing: A Modest Step in a Vast Decolonization Process*, in "SciELO Preprints", 2022.

<sup>22</sup>Sito web: [doaj.org](https://doaj.org).

<sup>23</sup>La coalizione è composta dai seguenti rappresentanti della maggior parte dei continenti: Association of African Universities (AAU), Association of Research Libraries (ARL),

Canadian Association of Research Libraries (CARL), Council of the Australian University Librarians (CAUL), EIFL, Biblioteca nazionale del Qatar, LIBER, Ministero dell'istruzione superiore, della ricerca e dell'innovazione di Francia, REDALYC e SPARC Europa.

<sup>24</sup>S. JURCHEN, *Open access and the serials crisis: The role of academic libraries*, in "Technical Services Quarterly", vol. 37, 2020, n. 2, pp. 160-170; H. PIWOWAR, J. PRIEM, R. ORR, *The future of OA: A large-scale analysis projecting open access publication and readership*, in "bioRxiv", 795310, 2019.

<sup>25</sup>C. GUMPENBERGER, M.-A. OVALLE-PERANDONES, J. GORRAIZ, *On the impact of gold open access journals*, in "Scientometrics", vol. 96, 2013, n. 1, pp. 221-238; S. HADAD, N. AHARONY, *Factors influencing researchers to publish in open-access: Is it a self-decision or a self-reinforcing cycle?*, in "Online Information Review", 2022; F. MOMENI, P. MAYR, N. FRASER, I. PETERS, *What happens when a journal converts to open access? A bibliometric analysis*, in "Scientometrics", vol. 126, 2021, n. 12, pp. 9811-9827; F. SEGADO-BOJ, J.-J. PRIETO-GUTIÉRREZ, J. MARTÍN-QUEVEDO, *Attitudes, willingness, and resources to cover article publishing charges: The influence of age, position, income level country, discipline and open access habits*, in "Learned Publishing", vol. 35, 2022, n. 4, pp. 489-498; X. WANG, Y. CUI, S. XU, Z. HU, *The state and evolution of gold open access: A country and discipline level analysis*, in "Aslib Journal of Information Management", vol. 70, 2018, n. 5, pp. 573-584.

<sup>26</sup>Ad esempio PLOS, BioMed Central, MDPI, Frontiers.

<sup>27</sup>L. ZHANG, Y. WEI, Y. HUANG, G. SIVERTSEN, *Should open access lead to closed research? The trends towards paying to perform research*, in "Scientometrics", vol. 127, 2022, pp. 7653-7679.

<sup>28</sup>T. ROSS-HELLAUER, S. REICHMANN, N.L. COLE et al., *Dynamics of cumulative advantage and threats to equity in open science: A scoping review*, in "Royal Society Open Science", vol. 9, 2022, n. 1; A.C. SMITH, L. MERZ, J.B. BORDEN et al., *Assessing the effect of article processing charges on the geographic diversity of authors using Elsevier's "Mirror Journal" system*, in "Quantitative Science Studies", vol. 2, 2021, n. 4, pp. 1123-1143.

<sup>29</sup>H. MORRISON, L. BORGES, X. ZHAO et al., *Change and growth in open access journal publishing and charging trends 2011-2021*, in "Journal of the Association for Information Science and Technology", vol. 73, 2022, pp. 1793-1805.

<sup>30</sup>D. DRUELINGER, L. MA, *Missing a golden opportunity? An analysis of publication trends by income level in the Directory of Open Access Journals 1987-2020*, in "Learned Publishing", 2023.

<sup>31</sup>M. BERGER, *Bibliodiversity at the Centre: Decolonizing Open Access*, in "Development and Change", vol. 52, 2021, n. 2, pp. 383-404; D. MILLS, A. BRANFORD, K. INOUE et al., *"Fake" journals and the fragility of authenticity: Citation indexes, "predatory" publishing, and the African research ecosystem*, in "Journal of African Cultural Studies", vol. 33, 2021, n. 3, pp. 276-296.

<sup>32</sup>K. SHEARER, A. BECERRIL-GARCÍA, *Decolonizing Scholarly Communications through Bibliodiversity*, Zenodo, 2021; F. MIEDEMA, D. VERBEKE, J. SONDERVAN et al., *Beyond APC: On the Need for Diamond Open Access Publication Platforms*, 2020.

<sup>33</sup>J. BOSMAN, J.E. FRANTSVÅG, B. KRAMER et al., *OA Diamond Journals Study. Part 1: Findings*, Zenodo, 2021.

<sup>34</sup>Sito web: [coalition-s.org](https://coalition-s.org).

<sup>35</sup>Sito web: [scienceeurope.org](https://scienceeurope.org).

<sup>36</sup>OPERAS - Open Scholarly Communication in the European Research Area for Social Sciences and Humanities, [operas-eu.org](https://operas-eu.org).



<sup>37</sup>Plan S è un'iniziativa nata nel 2018 dalla collaborazione internazionale di istituzioni finanziatrici della ricerca (cOAlition S) e sostenuta dal Consiglio Europeo della Ricerca, che mira ad accelerare la transizione al modello Open Access delle pubblicazioni accademiche. cOAlition S fornisce una guida con informazioni e requisiti tecnici per dare attuazione a Plan S, in particolare per i repository Open Access.

<sup>38</sup>J. BOSMAN, J.E. FRANTSVÅG, B. KRAMER et al., *OA Diamond Journals Study*, cit.

<sup>39</sup>Z. ANCIÓN, L. BORRELL-DAMIÁN, P. MOUNIER et al., *Action Plan for Diamond Open Access*, 2022. Il Piano è stato discusso e rivisto da esperti internazionali al workshop del 3 febbraio 2022 prima della Open Science European Conference a Parigi dove è stato presentato per la prima volta.

<sup>40</sup>L. CHAN, P. MOUNIER (eds.), *Connecting the Knowledge Commons: From Projects to Sustainable Infrastructure*, OpenEdition Press, 2019.

<sup>41</sup>L. MA, J. BUGGLE, M. O'NEILL, *Open access at a crossroads: library publishing and bibliodiversity*, in "Insights: the UKSG journal", vol. 36, 2023.

<sup>42</sup>Action Plan for Diamond Open Access, *List of Endorsing Organisations*.

<sup>43</sup>DIAMAS - *Developing Institutional Open Access Publishing Models to Advance Scholarly Communication*. V. il sito Web.

<sup>44</sup><https://doi.org/10.3030/101094270>.

<sup>45</sup><https://doi.org/10.3030/101094397>.

<sup>46</sup>E. AGUADO-LÓPEZ, *De la esperanza al fracaso. La privatización del acceso abierto a veinte años de las tres B*, in

A. Becerril García, S. Córdoba González (eds.), "Conocimiento abierto en América Latina. Trayectoria y desafíos", CLACSO, pp. 37-78.

<sup>47</sup>M. BERGER, *Bibliodiversity at the Centre*, cit.

<sup>48</sup>R. JOHNSON, *Operationalising Open Research Europe as a collective publishing enterprise*, European Commission, 2022.

<sup>49</sup>*Ameli Open Knowledge for Latin America and the global South* (AmeliCA) è stata fondata nel 2018, in particolare in risposta a Plan S, cercando di rafforzare l'editoria scientifica istituzionale. Sostenuta dall'UNESCO questa organizzazione è volta a mantenere la pubblicazione di riviste nella comunità accademica. AmeliCA richiede che le riviste indicizzate forniscano un processo di revisione paritaria verificabile, non addebitino APC e firmino DORA. AmeliCA ha ricevuto l'Innovator Award di SPARC nel 2019.

<sup>50</sup>J. HAIDER, *Of the Rich and the Poor and other Curious Minds: On Open Access and "Development"*, in "Aslib Proceedings", vol. 59, 2007, n. 4-5, pp. 449-461.

<sup>51</sup>U. HERB, J. SCHÖPFEL (eds.), *Open Divide: Critical Studies on Open Access*, Litwin Books, 2018.

<sup>52</sup>F. PIRON, *Postcolonial Open Access*, *ivi*.

<sup>53</sup>M.P. EVE, S.C.J. DE VRIES, J. ROORYCK, *The Transition to Open Access: The State of the Market, Offsetting Deals, and a Demonstrated Model for Fair Open Access with the Open Library of Humanities*, in L. Chan, F. Loizides (eds.), "Expanding Perspectives on Open Science: Communities, Cultures and Diversity in Concepts and Practices", pp. 118-128, IOS Press, 2017.

\* \* \*

### Diamond Open Access for scholarly communication: background and ongoing initiatives

**Abstract:** The scholarly communication landscape is rapidly transitioning toward large-scale adoption of open access as the default practice for disseminating research results. Starting with the role of open science as a fundamental approach, influencing research institutions and scientific practices, the paper highlights some policy initiatives promoted by the European Union. It then focuses on the evolution of scholarly communication, highlighting the importance of the Diamond OA model in representing the peculiarities of scientific communities. Through the analysis of European studies, initiatives and projects in the field, it is clear how the Diamond OA model is characterized by its flexibility and ability to adapt to different publishing entities, facilitating a wide and accessible dissemination of scientific research results and thus ensuring inclusive and global scholarly communication.

**Keywords:** Open Science – Open Access – Scholarly communication – Diamond Open Access