

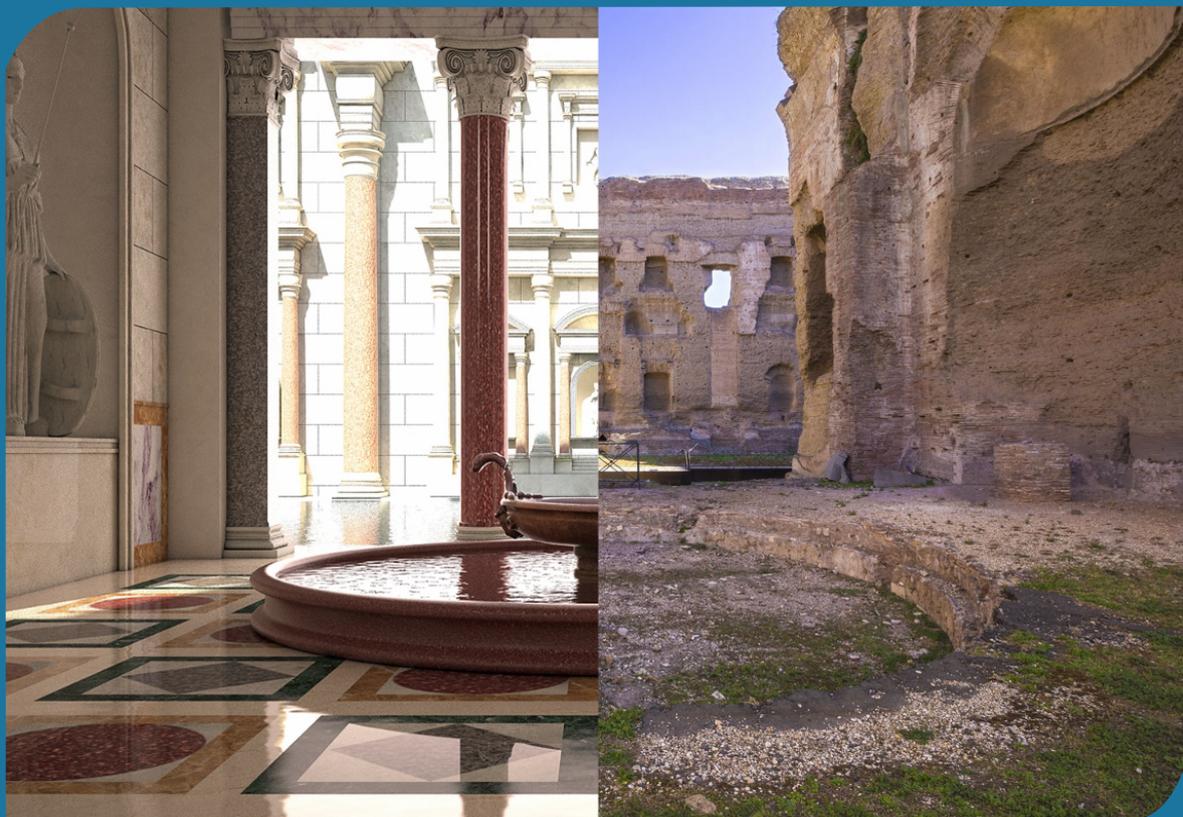
Studi e Ricerche per l'Innovazione
Collana Consiglio Nazionale delle Ricerche
diretta da Massimo Clemente

- 3 -

Digitalizzazione e accessibilità in rete dei materiali culturali: opportunità e sfide

Percorsi evolutivi in atto nell'ordinamento giuridico internazionale

Valentina Rossi



Valentina Rossi

Digitalizzazione e accessibilità in rete dei materiali culturali: opportunità e sfide

*Percorsi evolutivi in atto nell'ordinamento
giuridico internazionale*

Roma
CNR Edizioni 2022

In copertina: Frigidarium

Immagine elaborata da CoopCulture

Foto: Cristina Annibali e grafica Evoca

Coordinatrice e rapporti con la casa editrice

Maria Grazia Spronati

Progetto grafico, impaginazione ed editing

Antonio Marino

Copertina

Angela Petrillo

© Cnr Edizioni 2022

P.le Aldo Moro, 7

00185 Roma

ISBN: 978-88-8080-529-8 versione elettronica



Studi e Ricerche per l'Innovazione

Collana del
Consiglio Nazionale delle Ricerche
Istituto di Ricerche su Innovazione e Servizi per lo Sviluppo

diretta da
Massimo Clemente

- 3 -

Comitato scientifico internazionale

Caterina Arcidiacono

Ordinario di Psicologia di Comunità nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Barbara Bonciani

Docente di Sociologia Generale e dello Sviluppo nell'Università di Pisa e Assessora nel Comune di Livorno

Arturo Capasso

Ordinario di Economia e Gestione delle Imprese nell'Università degli Studi del Sannio

Alessandro Castagnaro

Ordinario di Storia dell'architettura nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Paolo Dario

Emerito di Robotica nella Scuola Universitaria Superiore Sant'Anna di Pisa

Marco Martiniello

Directeur de Centre d'Etudes sur la Multiethnicité Université de Liège (Belgio)

Stefano Soriani

Ordinario di Geografia Economica nell'Università Cà Foscari Venezia e Società Geografica Italiana

Special editor: Giuseppe Cataldi

Ordinario di Diritto Internazionale dell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"

INDICE

EXECUTIVE SUMMARY	7
ACRONIMI	9
1. VITA CULTURALE E TECNOLOGIE DELL'INFORMAZIONE E COMUNICAZIONE	11
1.1. Considerazioni introduttive	11
1.2. Cultura, proprietà culturale, patrimonio culturale, proprietà intellettuale: concetti in evoluzione e in cerca di una relazione	13
1.2.1. <i>Il concetto di cultura, profili evolutivi tra identità e diversità culturale</i>	13
1.2.2. <i>Dalla proprietà culturale al patrimonio culturale: tangibile, intangibile, digitale</i>	21
1.2.3. <i>La digitalizzazione dei materiali culturali come fattore di sviluppo economico e sociale</i>	27
2. L'ASCESA DEI DIRITTI CULTURALI NEL SISTEMA INTERNAZIONALE PER LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI	33
2.1. I diritti culturali nell'ordinamento giuridico internazionale	33
2.2. Il diritto di partecipare alla vita culturale	38
2.2.1. <i>Il contenuto del diritto: i diritti di partecipazione alla vita culturale</i>	39
2.2.2. <i>Gli obblighi delle autorità pubbliche</i>	42
2.2.3. <i>Limitazioni al diritto di partecipare alla vita culturale e bilanciamento con altri diritti: il ruolo delle ICT</i>	43
2.3. I diritti di paternità intellettuale tra diritti umani e regimi di proprietà intellettuale	47
2.4. Diritti d'autore e diritti di partecipazione alla vita culturale: un bilanciamento possibile?	52

2.4.1. <i>Il ruolo delle eccezioni nei regimi in materia di diritto d'autore</i>	54
2.4.2. <i>Le licenze aperte: il sistema delle Creative Commons Public Licenses</i>	56
2.5. La 'vita culturale digitale' ai tempi del Covid 19: spazi pubblici fisici e cyberspazio	59
3. I DIRITTI D'AUTORE NEGLI STRUMENTI INTERNAZIONALI PER LA TUTELA DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE	63
3.1. Gli strumenti convenzionali di portata globale	63
3.2. La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche	65
3.3. L'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale	70
3.4. Il Trattato sul diritto d'autore dell'Organizzazione Mondiale per la proprietà intellettuale	75
3.5. Il Trattato di Marrakech sull'accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti e con disabilità visive	78
4. LA TUTELA DEI DIRITTI D'AUTORE NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA	83
4.1. La tutela dei diritti d'autore tra mercato interno, mercato unico digitale e diritti umani	83
4.2. Il corpus di diritto unionale in materia di diritto d'autore: fondamento giuridico e ratio iuris	87
4.3. La Direttiva sulla tutela giuridica dei programmi per computer	89
4.4. La Direttiva concernente la durata della protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi	91
4.5. La Direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione	92
4.6. La Direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale	96
4.7. La Direttiva su taluni utilizzi consentiti di opere orfane	97
4.8. La tutela giuridica delle banche dati e il suo ruolo nel contesto della European Data Strategy	98
4.8.1. <i>La tutela giuridica delle banche dati e dei diritti correlati nella giurisprudenza della CGUE</i>	104
4.9. La direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale	111
4.9.1. <i>L'adeguamento delle le eccezioni e limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero: il text and data mining e gli atti di riproduzione per la conservazione del patrimonio culturale</i>	112
4.9.2. <i>Le misure sulle licenze volte a garantire un più ampio accesso ai contenuti: le procedure di concessione e le licenze collettive</i>	118
4.9.3. <i>Le opere delle arti visive di dominio pubblico</i>	122
4.9.4. <i>L'utilizzo di contenuti protetti da parte di piattaforme di condivisione di contenuti online</i>	124
4.10. Informazione del settore pubblico e diritti d'autore: la direttiva 2019/1024 relativa a open data e riutilizzo dell'informazione del settore pubblico	127
4.10.1. <i>L'informazione del settore pubblico nella prospettiva del diritto d'autore</i>	132
4.10.2. <i>Il caso italiano: il principio dell'open by default nel Codice dell'Amministrazione Digitale</i>	135

EXECUTIVE SUMMARY

Lo sviluppo e la diffusione delle tecnologie dell'informazione e comunicazione (*Information and Communication Technologies* – ICT) sta producendo cambiamenti profondi negli strumenti e nelle modalità di conservazione, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale e, dunque, nelle politiche e normative adottate in materia, ai vari livelli di governo (globale, europeo e nazionale) e in diversi ambiti settoriali di regolamentazione (UNESCO, HRC, PIDESC, UE, CoE, OMPI, ...). La portata di tale fenomeno è stata efficacemente descritta dalla *Special Rapporteur* sui diritti culturali del Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, la quale, nel suo Rapporto annuale del 2012, ha affermato che “le nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione non solo hanno un'influenza sulla cultura ma stanno diventando parte integrante della cultura come pratica quotidiana” (A/HRC/20/26).

Gli strumenti internazionali adottati, negli ultimi anni, in tutti questi contesti, evidenziano il ruolo fondamentale della digitalizzazione e della messa in rete del patrimonio culturale. L'accessibilità in rete permette ai cittadini di fruire dei materiali culturali a fini di svago, studio e lavoro e consente alle istituzioni culturali di continuare a svolgere la loro missione, ossia l'accesso e la conservazione del patrimonio culturale, in un ambiente digitale. I materiali digitalizzati, inoltre, possono essere riutilizzati a fini commerciali, per usi quali lo sviluppo di contenuti educativi e istruttivi, documentari, applicazioni turistiche, giochi, ecc., a condizione che siano rispettati i diritti di autore e i diritti afferenti. Infine, i mezzi digitali possono favorire il riconoscimento della dimensione sociale del patrimonio culturale e l'attuazione di quel modello di governance partecipativa del patrimonio culturale sovente invocato.

Le intense dinamiche evolutive che interessano il settore delle ICT e quello culturale, tuttavia, pongono nuove sfide che mettono alla prova la capacità dei sistemi di regolamentazione esistenti di garantire la tutela di tutti gli interessi in gioco. L'uso di strumenti e processi di gestione innovativi solleva complesse questioni giuridiche che attengono a diversi profili. Il volume approfondisce alcune di queste questioni, legate al godimento dei diritti culturali, alla tutela dei diritti d'autore e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (*open data*), analizzando le soluzioni innovative in corso di elaborazione e attuazione in diversi *fora* internazionali, nell'ottica di verificare se e in che misure esse siano finalizzate e siano idonee a realizzare un equo bilanciamento tra accessibilità e fruibilità (e godimento dei diritti culturali), da un lato, e tutela dei diritti d'autore eventualmente esistenti sui materiali, dall'altro.

In questa prospettiva, il primo capitolo fornisce, innanzitutto, un inquadramento della tematica e ne analizza le basi concettuali (cultura, patrimonio culturale, diversità culturale, digitalizzazione), ponendo in evidenza la natura evolutiva dei concetti in parola. Il secondo capitolo delinea un sintetico quadro dello sviluppo della normativa internazionale per la tutela dei diritti culturali, dedicando un'attenzione particolare al ruolo svolto dalla diffusione delle ICT. Approfondisce, poi, il contenuto e l'evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e le interazioni e tensioni tra questo diritto e i diritti d'autore, nella duplice prospettiva adottata negli strumenti internazionali per la tutela dei diritti umani e in quelli per la tutela della proprietà intellettuale. Il terzo capitolo analizza la disciplina dettata dalle principali convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore, con l'obiettivo di delinearne gli elementi essenziali e le principali linee evolutive. A seguire, il capitolo quarto approfondisce la normativa in materia di diritti d'autore dell'Unione europea, caratterizzata dalla peculiare prospettiva alla base della sua evoluzione, l'istituzione di un mercato unico digitale. Un approfondimento è dedicato all'analisi di alcune direttive che rivestono un'importanza cruciale. La prima è la Direttiva 96/6 sulla tutela giuridica delle banche dati, che istituisce una forma di tutela delle banche dati (*cd. sui generis*) che rappresenta un *unicum* nell'ordinamento giuridico internazionale. L'analisi normativa è accompagnata da una dettagliata analisi della prassi della Corte di Giustizia dell'UE che, nel tempo, ha consentito di chiarire e sviluppare la portata e il significato del dettato normativo, adattandolo alle esigenze e problematiche poste dall'evoluzione tecnologica e sociale. L'attenzione si concentra, poi, su due direttive di recente adozione che hanno innovato in maniera rilevante il quadro giuridico unionale, partendo dall'esigenza di fornire risposte a complesse questioni giuridiche emerse nella prassi degli ultimi anni: la Direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale e la Direttiva 2019/2014 su *open data* e riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

Il presente volume rappresenta il risultato finale di un percorso di studio e ricerca avviato nell'ambito del Progetto di ricerca RIPA – PAUN (Rete Intelligente dei Parchi Archeologici – Parco Archeologico Urbano della città di Napoli), finanziato dalla Regione Campania (POR Campania FESR 2014-2020). Si ringraziano il dott. Salvatore Custureri, assegnista di ricerca IRISS, e la dott.ssa Claudia Pariotti, borsista di ricerca IRISS, per il lavoro di raccolta e analisi del materiale svolto nell'ambito del progetto, e inoltre si ringraziano i colleghi dell'IRISS, la dott.ssa Maria Grazia Spronati, la sig.ra Angela Petrillo e il sig. Antonio Marino per il supporto nel processo editoriale.

ACRONIMI

CE	Commissione Europea
CDFUE	Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea
CGUE	Corte di Giustizia dell'Unione Europea
CEDU	Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
CoE	Consiglio d'Europa
Corte EDU	Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
DUDU	Dichiarazione Universale sui Diritti Umani
ECL	Extended Collective Licensing
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GC	General Comment
HRC	Human Rights Council
PIDESC	Patto Internazionale sui Diritti Economici Sociali e Culturali
ICT	Information and Communication Technologies
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
OMC	Organizzazione Mondiale per il Commercio
OMPI	Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale
TDM	Text and Data Mining
TFUE	Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura
UNGA	United Nations General Assembly Assemblea Generale delle Nazioni Unite

VITA CULTURALE E TECNOLOGIE DELL'INFORMAZIONE E COMUNICAZIONE

1.1. Considerazioni introduttive

Lo sviluppo e la diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione sta producendo cambiamenti profondi negli strumenti e negli approcci per la conservazione, valorizzazione e fruizione de patrimonio culturale e, dunque, nelle politiche e normative adottate in materia, ai diversi livelli di governo. La portata di tale fenomeno è stata efficacemente descritta dal Relatore Speciale sui diritti culturali del Consiglio per i Diritti Umani (HRC) delle Nazioni Unite, il quale, nel suo Rapporto annuale del 2012, ha affermato che “le nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione non solo hanno un'influenza sulla cultura ma stanno diventando parte integrante della cultura come pratica quotidiana”¹.

In questo contesto, un tema che riveste un'importanza fondamentale è quello della digitalizzazione e accessibilità in rete del patrimonio culturale. La digitalizzazione costituisce, un mezzo per la salvaguardia del patrimonio culturale attraverso tecniche innovative; essa, inoltre, unita alla pervasività che sta assumendo la disponibilità della rete Internet, permette l'accesso ai materiali culturali in qualsiasi momento e da qualsiasi luogo, consentendo ai cittadini di fruirne a fini di svago, studio e lavoro, ma anche di partecipare alla loro creazione.

In sostanza, la digitalizzazione e l'accessibilità in rete rappresentano, in primo luogo, strumenti che supportano le istituzioni culturali nello svolgimento della loro missione,

¹ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed. The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, A/HRC/20/26, 14.05.2012, para. 19.

ossia assicurare la conservazione e l'accessibilità del patrimonio culturale, la sua trasmissione alle generazioni future e la sua valorizzazione quale strumento di dialogo interculturale e pace internazionale². In aggiunta, sotto una diversa prospettiva, essi costituiscono strumenti per il godimento dei diritti culturali, primo tra tutti, il diritto di partecipare alla vita culturale³. Ciò vale, in special modo, per alcune fasce sociali vulnerabili, come i soggetti diversamente abili⁴, le minoranze⁵ e le donne⁶. Considerare l'accesso e il godimento del patrimonio culturale come un diritto umano costituisce un approccio necessario e complementare a quello volto alla sua conservazione ed ha acquisito rilevanza crescente nelle politiche e normative internazionali. Tale approccio evidenzia la dimensione sociale e il valore identitario (individuale e collettivo) del patrimonio culturale e il suo stretto legame con il principio di non discriminazione⁷. In particolare, in questa prospettiva, le nuove tecnologie possono supportare l'attuazione di un modello di *governance* partecipativa del patrimonio culturale, che è basato sul coinvolgimento di tutti gli attori sociali ed è sovente richiamato quale strumento per promuovere la coesione sociale e la sostenibilità dei processi di sviluppo⁸. Non da ultimo, la digitalizzazione e l'accessibilità in rete del patrimonio culturale costituiscono un volano di sviluppo economico, in special modo a livello locale⁹. Possono aumentare l'attrattività per i turisti, rafforzare l'identità territoriale, stimolare i processi di rigenerazione urbana, promuovere la creazione di nuovi prodotti. Questa prospettiva è oggetto di particolare attenzione nell'ambito dell'UE, nel contesto del quadro di azione europeo per il patrimonio culturale ma anche dell'Agenda Digitale per l'Europa, che mira a sfruttare il potenziale delle ICT per favorire l'innovazione, la crescita economica e il progresso in diversi settori, incluso quello dei beni culturali. L'UE ha adottato un numero significativo di strumenti rilevanti in materia, dai Piani di lavoro per la cultura, alle raccomandazioni sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali, alle Direttive sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico¹⁰. Essa svolge, in questo ambito, un ruolo cruciale volto a incoraggiare la cooperazione e ad assistere e integrare le azioni degli Stati membri.

L'applicazione delle nuove tecnologie al patrimonio culturale presenta, tuttavia, insieme ai vantaggi, numerose criticità, che se non affrontate rischiano di tradursi in un inasprimento degli squilibri sociali ed economici e delle asimmetrie implicite nel *digital divide*. Le intense dinamiche evolutive che interessano il settore delle ICT e quello culturale pongono nuove sfide che mettono alla prova la capacità dei si-

² UNESCO, *Reshaping Cultural Policies – Advancing Creativity for Development*, Global Report, 2018; CE, *Cultural heritage – Digitisation, online accessibility and digital preservation – Report on the Implementation of Commission Recommendation, 2011/711/EU (2013-2015)*, 2016; CoE, *Recommendation of the Committee of Ministers to member States on culture's contribution to strengthening the internet as an emancipatory force*, CM/Rec(2018)10, 2018.

³ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur... (A/HRC/20/26) cit., ibidem*; UNGA, HRC, *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Farida Shaheed (A/HRC/17/38)*, 21.03.2011, para. 60; ONU, ECOSOC, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 21 – Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, (E/C.12/GC/21), 21.12.2009.

⁴ UNGA, HRC, *Report of the independent ... (A/HRC/17/38) cit.*, para. 68. Si veda F. BARONI, M. LAZZARI, "Tecnologie informatiche e diritti umani per un nuovo approccio all'accessibilità", in *Rivista Italiana di Studi sulla Disabilità*, Volume 1 – Numero 1, Settembre 2013.

⁵ A. E. LIEBERMAN, *Taking Ownership: Strengthening Indigenous Cultures and Languages Through the Use of ICTs*, Report of the Academy for Educational Development for USAID, Washington, D.C., 2003.

⁶ UNGA, Cultural rights – Note by the Secretary-General, (A/67/287), 2012.

⁷ UNGA, HRC, *Report of the independent ... (A/HRC/17/38) cit.*, para. 61 ss..

⁸ UNESCO, *World Report. Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*, 2009; CONSIGLIO DELL'UE, Conclusioni del Consiglio sulla governance partecipativa del patrimonio culturale (2014/C 463/01).

⁹ OECD, *Culture and Local development*, 2005; CE, *Una nuova agenda europea per la cultura*, COM(2018)267final.

¹⁰ Si veda *infra* paragrafo 1.2.3.

stemi di regolamentazione di garantire la tutela di tutti gli interessi in gioco. Le questioni rilevanti sotto il profilo giuridico sono numerose e riguardano, *inter alia*, la tutela dei diritti di autore, il godimento dei diritti culturali, il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. In particolare, una delle questioni più rilevanti è rappresentata dalla esigenza (e dalla difficoltà) di realizzare un bilanciamento tra l'ampliamento dell'accessibilità in rete del patrimonio culturale, al fine di favorirne la fruizione e di promuovere la partecipazione alla vita culturale, e la tutela degli interessi dei soggetti che sui beni componenti il patrimonio culturale vantano diritti d'autore. In sintesi, in ragione delle caratteristiche, anche di natura economica, dei valori culturali, una delle sfide principali del processo di digitalizzazione è costituita dall'adozione di meccanismi volti a regolamentare l'accesso, al fine di evitare gli abusi.

L'individuazione di soluzioni idonee a realizzare un equilibrio fra accessibilità del patrimonio culturale e tutela dei diritti esistenti rappresenta la condizione necessaria per sostenere le potenzialità di innovazione del settore culturale, delineare nuovi modelli di gestione della cultura, e innescare quei processi di valorizzazione economica e sociale del patrimonio culturale che sono al centro delle politiche e delle normative adottate negli ultimi anni, a livello internazionale.

Tale tematica si pone all'intersezione tra diversi settori dell'ordinamento internazionale: tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, diritti umani, diritto d'autore, diritto delle tecnologie dell'informazione. Questi settori si sono sviluppati in larga misura in maniera autonoma e sono numerose le organizzazioni internazionali che hanno adottato atti rilevanti in materia, con obiettivi e prospettive diversi (UNESCO, OMPI, WIPO, UE, CoE, HRC, ...). Il quadro normativo rilevante si rivela, dunque, complesso e frammentario. Analogamente, appare rilevante la prassi degli Stati che, in un quadro normativo articolato e incerto, hanno risposto alle sfide tecnologiche con normative e prassi caratterizzate da differenze spesso significative. Molte sono le iniziative avviate dagli Stati in tale ambito (*British Library Labs*, *Dutch Open Cultuur Data*), va, tuttavia, sottolineato come le iniziative avviate su base nazionale, si siano evolute in maniera difforme, soprattutto per ciò che riguarda le modalità pratiche di operatività dei singoli progetti, nonché per la parte relativa al finanziamento (pubblico/privato) degli stessi, mancando pertanto, ad oggi, una linea uniforme da seguire. Gli sviluppi in atto, tuttavia, hanno reso l'interazione tra i diversi regimi rilevanti più evidente e più complessa, facendo emergere con forza la necessità di definire un "quadro per una riconciliazione"¹¹, che consenta di individuare approcci e strategie equi, efficaci e condivisi, resi più che mai necessari dalla rapida evoluzione tecnologica.

1.2. Cultura, proprietà culturale, patrimonio culturale, proprietà intellettuale: concetti in evoluzione e in cerca di una relazione

1.2.1. Il concetto di cultura, profili evolutivi tra identità e diversità culturale

Il concetto di cultura per l'ampiezza di significati che include non si presta ad una definizione univoca ed esaustiva. Si tratta di un concetto che si è ampliato e trasformato nel tempo; è stato utilizzato con significati differenti, che continuano oggi

¹¹ L. SHAVER, "The right to science and culture", in *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 121.

a coesistere, facendo emergere il contenuto articolato e il carattere evolutivo di questo concetto¹².

Il Preambolo della Raccomandazione dell'UNESCO sulla partecipazione e il contributo delle persone alla vita culturale (1976)¹³ definisce la cultura quale "fenomeno sociale, che risulta dall'interazione degli individui attraverso attività creative [e] che non si limita alla fruizione di opere d'arte e di contenuti umanistici, ma è allo stesso tempo acquisizione di conoscenza, scelta di uno stile di vita e bisogno di comunicare". Al di là dell'ampiezza di significati ed espressioni, che ha trovato conferma e precisazione in numerosi documenti internazionali, l'elemento caratterizzante di questa nozione sembra essere proprio il riconoscimento della cultura come fondamentale espressione di umanità. Si tratta, dunque, di un concetto che trova nel paradigma dei diritti umani il suo orizzonte di riferimento. Nella Dichiarazione di Città del Messico sulle politiche culturali (1982)¹⁴ si afferma, a questo proposito, che "[...] È la cultura che ci rende specificatamente umani, esseri razionali, dotati di giudizio critico e di impegno morale. È attraverso la cultura che scegliamo i valori a cui appellarci e compiamo delle scelte. È attraverso la cultura che l'uomo esprime sé stesso, diviene consapevole della sua umanità, riconosce la sua incompletezza, mette in discussione le sue conquiste, ricerca instancabilmente nuovi significati e crea delle opere attraverso le quali trascende i suoi limiti".

A tali caratteristiche fa riferimento il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite quando evidenzia il "*multifaceted content*" implicito nel concetto di cultura e afferma che esso deve essere visto non come una serie di manifestazioni isolate o compartimenti ermetici ma "come un processo interattivo in cui individui e comunità, pur preservando le proprie specificità e scopi, danno espressione alla cultura dell'umanità"¹⁵. Analogamente, riferendosi agli effetti della globalizzazione, il Comitato ha sottolineato che "*Cultures have no fixed borders*"¹⁶. In questa prospettiva, il connesso concetto di "vita culturale", è appunto "un esplicito riferimento alla cultura come processo vivente, storico, dinamico e in evoluzione"¹⁷.

Sembra utile ripercorrere sinteticamente il processo evolutivo che ha condotto alla concezione odierna di cultura, al fine di porre in luce, da un lato, le diverse componenti del concetto, dall'altro, come esso sia influenzato dal contesto storico, politico ed economico¹⁸.

Il termine cultura ha iniziato ad essere utilizzato, nel diciassettesimo e diciottesimo secolo, per indicare le conoscenze di un individuo nel campo delle lettere, delle arti e delle scienze, in breve, esso indicava il risultato di un nutrimento intel-

¹² Sulle questioni di carattere generale relative alla difficoltà di pervenire ad una definizione unanimemente accettata di cultura, si veda *ex multis* A. FERRI, *La costituzione culturale nell'UE*, Padova, 2008, p. 26 ss; ID, "La dimensione prescrittiva della cultura. Un'analisi comparata tra significante e significato", in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2009, I, p. 12 ss.; C. CAMPIGLIO, "Identità culturale e diritti umani" in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, XVI Convegno SIDI, Catania 2011, Napoli, 2012, p. 237.

¹³ UNESCO, *Raccomandazione sulla partecipazione e il contributo delle persone alla vita culturale*, 1976.

¹⁴ Conferenza mondiale sulle politiche culturali, Rapporto finale – Dichiarazione di Città del Messico sulle politiche culturali, 1982.

¹⁵ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 21. Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/21, 21.12.2009, para. 10 e 12*. Come evidenziato nei paragrafi a seguire, anche la Special Rapporteur per i diritti culturali ha in più occasioni sottolineato il carattere evolutivo e dinamico della cultura; si veda, A/HRC/14/36, para. 6 e 10, e A/HRC/17/38, par. 5.

¹⁶ *General Comment n. 21, cit.*, para. 41.

¹⁷ *Ibidem*, para. 11. Per un'analisi più approfondita, si veda *infra* Capitolo 2.

¹⁸ Si veda per una analisi approfondita D. MCGOLDRICK, "Culture, Cultures, and Cultural Rights", in M. BADERIN, R. MCCORQUODALE (a cura di), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, New York, 2007, pp. 446-473.

lettuale individuale. Nel corso del diciannovesimo secolo, un'era di crescente nazionalismo, il termine ha cominciato a indicare una conquista intellettuale e morale di una intera nazione. Il concetto, dunque, si amplia, includendo la dimensione collettiva della cultura e, al tempo stesso, pone l'attenzione sul fatto che la cultura è un fenomeno associato a particolari gruppi di individui, non universale. In entrambe le accezioni, tuttavia, la nozione di cultura è ancora associata a particolari tipologie di attività, di carattere letterario, artistico, intellettuale, scientifico; come è stato osservato in dottrina, alla "vita della mente"¹⁹. È solo verso la fine del diciannovesimo secolo che si afferma un nuovo significato del termine, nel campo emergente dell'antropologia. La cultura, in questa prospettiva, comincia ad includere tutte le manifestazioni della vita sociale di una determinata popolazione; con questo significato, il concetto di cultura si diffonde nel ventesimo secolo, giungendo a indicare, nel linguaggio comune, lo specifico stile di vita di una comunità. Ciò implica due ulteriori significativi ampliamenti del contenuto del concetto di cultura.

In primo luogo, la cultura, intesa come "vita della mente", non si riferisce più solamente alla cultura elitaria, ai canoni tradizionali della letteratura, della musica, delle arti in generale e delle conoscenze scientifiche, ma viene a comprendere la cultura di massa o popolare, come il cinema, le arti tradizionali, l'artigianato e, in generale, le espressioni culturali popolari. Nei *travaux préparatoires* della Dichiarazione Universale sui Diritti dell'Uomo emerge chiaramente come la nozione di "vita culturale", di cui all'articolo 27, indicasse le attività intellettuali e artistiche rientranti nell'idea di 'cultura elevata', comune al tempo, e perseguisse l'obiettivo di riconoscere il diritto delle masse di accedere a risorse culturali che fino ad allora erano state privilegio di una élite. Emerge, invece, nei decenni successivi, un'estensione del concetto di cultura alle espressioni culturali non elitarie. Già nella Raccomandazione dell'UNESCO sulla partecipazione delle persone alla vita culturale e sul loro contributo ad essa, del 1976, si afferma che "la cultura non è semplicemente un accumulo di opere e di conoscenze che una élite produce, raccoglie e conserva per metterla alla portata di tutti" ma "risulta dalle interazioni degli individui attraverso attività creative" e comprende "tutte le forme di creatività e di espressione di gruppi o di individui"²⁰. Questa evoluzione, già rilevante, ancora non incide, tuttavia, sulla natura del concetto di cultura, che continua ad essere riferito a settori specifici delle attività della società, riguardanti la creatività e le espressioni artistiche e intellettuali.

Più significativo è, invece, il secondo ampliamento del concetto di cultura, in senso antropologico, che porta a ricomprendere nel suo contenuto anche la cultura intesa come stile di vita. L'adesione a una concezione antropologica della cultura determina una vera e propria trasformazione della nozione di cultura, che abbraccia qualsiasi attività o espressione sociale specifica di una determinata comunità. Utilizzando le parole del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, il concetto di cultura comprende, *inter alia*: "i modi di vita, la lingua, la letteratura orale e scritta, la musica e il canto, la comunicazione non verbale, la religione o i sistemi di credenze, i riti e le cerimonie, lo sport e i giochi, i metodi di produzione o la tecnologia,

¹⁹ J. RINGELHEIM, *The rise of cultural rights in international human rights law*, CRIDHO Working paper 2017/3, p. 3; see also. ID, "Cultural Rights" in D. MOECKLI, S. SHAH, and S. SIVAKUMARAN (a cura di), *International Human Rights Law*, 4^a ed., Oxford University Press, 2022, cap. 14.

²⁰ UNESCO, *Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to It*, 26 novembre 1976, preambolo.

gli ambienti naturali e creati dall'uomo, il cibo, l'abbigliamento, l'abitazione, le arti, i costumi e le tradizioni attraverso le quali gli individui, i gruppi di individui e le comunità esprimono la loro umanità e il significato che danno alla loro esistenza, e costruiscono la loro visione del mondo rappresentando l'incontro con le forze esterne che influenzano la loro vita"²¹. Questo concetto di cultura riprende le definizioni accolte in importanti strumenti adottati negli anni dall'UNESCO e la riflessione elaborata dalla dottrina, in particolare dal Gruppo di Friburgo²². Nel dibattito accademico, si è parlato della esigenza di superare una connotazione "materiale" se non addirittura "commerciale" di cultura, limitata alle sue manifestazioni esterne (musei, biblioteche, opere d'arte)²³.

In questa accezione, la cultura plasma e rispecchia i valori e la vita economica, sociale e politica di individui, gruppi di individui e comunità; essa rappresenta il complesso di pratiche che, in virtù della loro capacità di esprimere una visione del mondo e dell'esistenza, consentono all'individuo e alle comunità di costruire la propria identità. Emerge, in sintesi, con forza, il rilievo identitario del concetto di cultura. Questa dimensione era già apparsa in precedenza, ad esempio, nelle Linee Guida adottate dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, nel 1991, per la redazione dei Rapporti annuali da parte degli Stati (artt. 16 e 17 del Patto)²⁴. Le Linee guida chiedevano agli Stati di fornire informazioni riguardanti la promozione dell'identità culturale come "fattore di reciproco apprezzamento tra individui, gruppi, nazioni e regioni"²⁵. In prima battuta, tuttavia, questa dimensione era principalmente collegata alla identità culturale delle minoranze o delle comunità indigene, ossia agli appartenenti a determinati gruppi, con riferimento, tra l'altro, alle lingue minoritarie, alla libertà di culto o alle terre ancestrali e alle risorse naturali che vi si trovano. A questa visione, fa seguito quella che riconosce il ruolo cruciale della cultura nella formazione della identità della persona, in termini generali. Come teorizzato dal Gruppo di Friburgo, la cultura veicola un patrimonio di significati e valori attingendo ai quali la persona elabora il senso della propria esperienza di vita. Lo stretto legame tra cultura e formazione dell'identità della persona è stato approfondito anche dalla *Special Rapporteur* per i diritti culturali, fin dai suoi primi Rapporti. Nell'analizzare il concetto di patrimonio culturale nella prospettiva dei diritti umani, la *Special Rapporteur* ha evidenziato come esso debba essere inteso come l'insieme dei molteplici patrimoni attraverso i quali gli individui e le comunità esprimono la loro umanità, elaborano la propria visione del mondo e dell'esistenza e danno un senso a ciò che le circonda; dunque, come l'insieme dei riferimenti e risorse "che consentono l'identificazione culturale e i processi di sviluppo degli individui e delle comunità"²⁶.

Strettamente legata all'emergere della dimensione identitaria del concetto di cultura è l'esigenza di proteggere e promuovere la diversità delle culture, uni-

²¹ *General Comment 21 cit.*, para. 13.

²² M. FERRI, "L'evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e del concetto di diritti culturali nel diritto internazionale" in *La Comunità internazionale*, 2/2014, pp. 211-236, p. 216 e la bibliografia ivi citata.

²³ *Ibidem*, p. 221.

²⁴ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 17/06/91, E/C.12/1991/1, riguardante la forma e il contenuto dei rapporti presentati dagli Stati parte conformemente agli articoli 16 e 17 del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (PIDESC).

²⁵ *Ibidem* p. 15. M. FERRI, "L'evoluzione del diritto di partecipare..." cit.; Y. DONDERS, *Towards a Right to Cultural Identity?* School of Human Rights Research Series No. 15, Antwerp, 2002, p. 151.

²⁶ UNGA, HRC, *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Farida Shaheed*, 21 marzo 2011, A/HRC/17/38, para. 6.

tamente alla consapevolezza dell'unità del genere umano e allo sviluppo degli scambi interculturali. La "diversità culturale", intesa come bene giuridico meritevole di tutela da parte del diritto internazionale, è stata al centro dell'azione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO) fin dalla sua istituzione²⁷.

L'Atto costitutivo dell'Organizzazione include tra i suoi obiettivi quello di "preservare l'indipendenza, l'integrità e la feconda diversità delle culture e dei sistemi educativi degli Stati membri dell'Organizzazione..."²⁸. Secondo la Dichiarazione universale sulla diversità culturale adottata dall'UNESCO nel 2001, la diversità culturale costituisce un "patrimonio comune dell'umanità" e si concretizza "nell'unicità e nella pluralità delle identità dei gruppi e delle società che compongono l'umanità. In quanto fonte di scambio, innovazione e creatività, la diversità culturale è necessaria all'umanità come la biodiversità lo è alla natura. In questo senso, è patrimonio comune dell'umanità e dovrebbe essere riconosciuta e affermata a beneficio delle generazioni presenti e future" (art. 1)²⁹. In questo solco si pone la Convenzione dell'UNESCO per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali, del 2005, primo strumento internazionale vincolante in materia. La Convenzione include tra gli scopi perseguiti, di cui all'articolo 1, quello di "riconoscere la natura specifica delle attività, dei beni e dei servizi culturali quali portatori d'identità, di valori e di significato" (lett. g)³⁰. Essa, poi, afferma all'articolo 4.1 che la diversità culturale "si riferisce ai molteplici modi in cui le culture dei gruppi e delle società trovano espressione. Queste espressioni vengono trasmesse all'interno di gruppi e società e tra di loro". Nel definire la nozione di diversità culturale, l'articolo chiarisce che essa "si manifesta non solo attraverso i vari modi in cui il patrimonio culturale dell'umanità si esprime, si accresce e si trasmette attraverso la varietà delle espressioni culturali, ma anche attraverso le diverse modalità di creazione artistica, produzione, diffusione, distribuzione e fruizione, a prescindere dai mezzi e dalle tecnologie utilizzate".

La formula utilizzata mira a evidenziare il legame tra la diversità culturale, oggetto della tutela, e la sua dimensione economica; questa dimensione è oggetto dei paragrafi seguenti dell'articolo 1 (definizioni) i quali definiscono i concetti di "attività, beni e servizi

²⁷ Si veda F. CUNSOLO, "La diversità culturale nel quadro giuridico dell'UNESCO: la Convenzione del 2005 sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali", in E. BARONCINI (a cura di) *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bononia University Press, maggio 2021, pp. 391-411; M. PEDRAZZI, "La tutela della diversità culturale nel diritto internazionale", in L. ZAGATO, M. VECCO (a cura di), *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, Milano, 2011, pp. 15-35; V. MAINETTI, "Diversità culturale e cooperazione culturale internazionale alla luce dell'azione normativa dell'UNESCO", in G. CATALDI, V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, (Atti del XVIII Convegno SIDI, Napoli, 13-14 giugno 2013), Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 421-434; L. ZAGATO, "Diversità culturale e protezione/salvaguardia del patrimonio culturale: dialogo (e contaminazione) tra strumenti giuridici", *IBIDEM*, vol. 1, pp. 369-388; L. PINESCHI, "Cultural Diversity as a Human Right? General Comment No 21 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights", in S. BORELLI, F. LENZERINI (a cura di), *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Leiden, 2012, pp. 29-54.

²⁸ UNESCO, *Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, Londra, 16 novembre 1945, art. 1.3; il testo è entrato in vigore il 4 novembre 1946, con il deposito del ventesimo strumento di ratifica da parte degli Stati firmatari. La Convenzione è stata sottoscritta dall'Italia il 14 novembre 1947 e ratificata il 17 gennaio 1948.

²⁹ UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity*, adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO (31ª sessione), Parigi, 15 ottobre 3 novembre 2001.

³⁰ UNESCO, Convenzione per la protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali, Parigi, 2 novembre 2001 (31ª sessione della Conferenza generale dell'Unesco), entrata in vigore il 18/03/2007. L'Italia ha ratificato la Convenzione il 19 febbraio 2007. Si veda, L. PINESCHI, "Convenzione sulla diversità culturale e diritto internazionale dei diritti umani", in L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 159-190.

culturali” e di “industrie culturali” (paragrafi 4 e 5)³¹. In particolare, la nozione di “politiche e misure culturali” (paragrafo 6), chiarisce che tale concetto comprende tanto le politiche e le misure “che si concentrano sulla cultura in quanto tale”, quanto tutte quelle politiche e misure che mirano a produrre un effetto diretto sulle espressioni culturali di individui, gruppi o società, quali quelle concernenti “la creazione, la produzione, la diffusione, la distribuzione e l’accesso ad attività, beni e servizi culturali”. In questa prospettiva, il successivo articolo 6 riafferma il diritto sovrano degli Stati parte di formulare e attuare le loro politiche culturali e di adottare misure per proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, i principi del diritto internazionale e gli strumenti universalmente riconosciuti in materia di diritti umani. In sostanza, come osservato in dottrina, la disposizione chiarisce che la tutela della diversità culturale costituisce un legittimo scopo di politica governativa, e non può essere limitato da vincoli e considerazioni diversi da quelli discendenti dai principi di diritto internazionale e dalla tutela dei diritti umani³². Emerge, in queste disposizioni, il lungo dibattito che ha circondato il ruolo della cultura nella disciplina del commercio internazionale, un contesto caratterizzato da un meccanismo negoziale permanente che, attraverso la progressiva riduzione ed eliminazione degli ostacoli, tende alla liberalizzazione dei traffici delle merci e dei servizi. In questo ambito, è stata sollevata da alcuni Stati, *in primis* la Francia, la preoccupazione che l’applicazione beni culturali e ai prodotti culturali delle regole del commercio internazionale, senza adeguate misure di protezione, possa produrre conseguenze negative sulla cultura dei singoli Stati. Il problema riguarda soprattutto la circolazione dei prodotti e dei servizi culturali di massa (libri, riviste, spartiti musicali, CD, così come trasmissioni televisive, film, concerti musicali, spettacoli teatrali) che raggiungono un pubblico vastissimo, in virtù della facilità e velocità della loro riproduzione su larga scala, grazie alla diffusione delle tecnologie della digitalizzazione e di internet³³. Se, da un lato, la tendenza alla rapida e ampia circolazione e, dunque, alla omologazione dei gusti, delle tendenze e dei modi di pensare costituisce un esito prevedibile dalla globalizzazione e della diffusione delle ICT, di contro, sorge l’interesse a difendere la identità culturale di individui e comunità e a non lasciare che venga sopraffatta dai modelli culturali dominanti. Si tratta, evidentemente, di uno scontro tra due visioni e interessi diversi: all’interesse a favorire la circolazione dei prodotti e servizi commerciali, si contrappone l’interesse a difendere i valori culturali minacciati di scomparire, in un mercato aperto e caratterizzato da un forte squilibrio a favore di grandi gruppi economici, capaci di imporre determinati modelli culturali. Secondo la prima visione, sostenuta in primo luogo dagli Stati Uniti d’America, eventuali limitazioni alla libera circolazione di questi prodotti, genererebbe un mercato chiuso alle idee e alla loro circolazione e faciliterebbe produzioni di scarso valore e, di conseguenza, un abbassamento del livello culturale complessivo. A conferma degli in-

³¹ Per “attività, beni e servizi culturali” si intendono le attività, i beni e i servizi che, nel momento in cui vengono considerati come attributo, uso o scopo specifico, incarnano o trasmettono espressioni culturali, indipendentemente dal valore commerciale che possono avere. Le attività culturali possono essere fini a sé stesse o contribuire alla produzione di beni e servizi culturali (art. 4.4). Per “industrie culturali” si intendono le industrie che producono e distribuiscono beni o servizi culturali come definiti nel precedente paragrafo 4 (art. 4.5).

³² A. GATTINI, “La convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità culturale e regole WTO”, in L. Zagato (a cura di) *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, CEDAM, 2008, pp. 191-208. Si lascia da parte, in questa sede, la questione della distinzione fra bene e servizio, distinzione poco chiara, e in particolar modo se correlata ad attività culturali.

³³ Nel caso dei beni storici, artistici e archeologici, la liberalizzazione del commercio facilita la alienazione ed esportazione con conseguente perdita del patrimonio nazionale.

teressi commerciali che caratterizzano questo tema, si ricorda che la diversità culturale entra a far parte del lessico degli accordi commerciali, nell'ambito del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*, 1947). Su pressione della Francia furono previste delle eccezioni alla liberalizzazione, con riferimento ai film e all'industria cinematografica, che vennero esclusi dalla regola generale del trattamento nazionale e dal regime sulle restrizioni quantitative³⁴. Tale clausola, cd. "eccezione culturale" rappresenta una deroga provvisoria alla liberalizzazione degli scambi e consente agli Stati di controllare e regolamentare le importazioni di film stranieri, in virtù della natura culturale dei prodotti cinematografici³⁵. Nella prospettiva secondo la quale i prodotti e servizi culturali, pur avendo un valore commerciale, dovrebbero essere sottratti alla pura logica del mercato e del profitto, si sono mossi numerosi Stati promotori della Convenzione sulla diversità culturale dell'UNESCO, del 2005. Tuttavia, a dispetto delle intenzioni iniziali, non sembra che la Convenzione abbia messo in campo strumenti di difesa efficaci. È stato osservato che, da un lato, la stessa adozione ed entrata in vigore della Convenzione può essere considerata una reazione al predominio dell'ideologia del libero scambio nell'ordinamento internazionale, poiché una delle motivazioni principali dei promotori della Convenzione è stata quella di compensare l'assenza di un'eccezione culturale generale negli accordi dell'Organizzazione Mondiale per il Commercio (OMC)³⁶. Tuttavia, è necessario anche considerare che essa accoglie alcuni aspetti di tale ideologia attraverso l'accettazione acritica del ruolo dei diritti di proprietà intellettuale, nel sostenere il tipo di creatività culturale che essa considera essenziale per la fioritura della diversità culturale³⁷. Analogamente, l'articolo 20, che regola la questione del rapporto con altri strumenti internazionali, è senza dubbio la disposizione sulla quale il negoziato si è rivelato più difficile. Dopo un iniziale richiamo alla buona fede nell'applicazione della Convenzione e degli altri strumenti di cui sono parti, "senza subordinare la presente Convenzione a nessun altro trattato", gli Stati si impegnano a promuovere la "mutual supportiveness" fra i diversi impegni pattizi (art. 20.1(a)) e a tenere conto delle disposizioni pertinenti della Convenzione nell'interpretare e applicare gli altri trattati di cui sono parti o nell'assumere altri obblighi internazionali (art. 20.1(b)). L'articolo 20.2 contiene, tuttavia, una chiara formula di non pregiudizio, nel senso di escludere che la Convenzione possa produrre effetti sui diritti e obblighi discendenti da altri trattati a cui le parti hanno aderito. Come è stato osservato in dottrina, lo scudo offerto dall'articolo 20 non sembra sufficiente a sottrarre le attività culturali da una sempre più invasiva azione del sistema normativo della Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)³⁸.

³⁴ L'art. III, n. 10 prevedeva che "Le disposizioni del presente articolo non impediranno ad una parte contraente di adottare o mantenere una regolamentazione quantitativa interna sulle pellicole cinematografiche impressionate, conforme alle prescrizioni dell'art. IV". L'art. IV ("Disposizioni speciali relative alla pellicole cinematografiche"), a sua volta, consentiva agli Stati di fissare contingenti alla proiezione di film (cd. *screen quotas*).

³⁵ Sul punto cfr. FOÀ e SANTAGATA, Eccezione culturale e diversità culturale. Il potere culturale delle organizzazioni centralizzate e decentralizzate, in *Aedon - Rivista di arti e diritto online*, 2, 2004; E. D'ALTERIO, "Il bruco e la farfalla. Libertà di commercio ed eccezione culturale", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010 p. 853 ss. Come evidenziato in dottrina, l'art. IV lett d) parlava di una eccezione temporanea: "le quote di proiezione sono oggetto di negoziati tendenti a limitarne la portata, a liberalizzarle o a sopprimerle"; tuttavia, questa disposizione è stata riconfermata negli stessi termini dall'Accordo OMC.

³⁶ Si veda C. B. GRABER, "The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?" in *Journal of International Economic Law*, 2006/9, p. 553 e ss..

³⁷ Secondo il considerando 17, la Convenzione riconosce "l'importanza dei diritti di proprietà intellettuale nel sostenere coloro che sono coinvolti nella creatività culturale"; si veda F. Macmillan See F. MACMILLAN, "The UNESCO Convention as a New Incentive to Protect Cultural Diversity" in H. SCHNEIDER, P. VAN DEN BOSSCHE (a cura di), *Protection of Cultural Diversity from a European and International Perspective*, Intersentia, Morsel, 2008; ID, "Cultural Property and Community Rights to Cultural Heritage" in T. XU, J. ALLAIN (a cura di) *Property and Human Rights in a Global Context*, Hart pub., Oxford, 2015, pp. 41-62.

³⁸ F. MACMILLAN *cit. supra*.

La disposizione più rilevante appare quella di cui all'art. 20.1(b), che, come è stato osservato, si articola su due piani: quello dell'interpretazione ed applicazione di altri strumenti pattizi e quello della negoziazione di nuovi obblighi internazionali. Alla luce dello stesso articolo 20.2 della Convenzione UNESCO, è difficile immaginare che quest'ultima possa influenzare l'interpretazione e l'applicazione di norme dell'OMC. Più promettente, secondo alcuni, sembra essere l'utilizzo dell'articolo 20.1(b), in relazione alla possibilità di fare valere la Convenzione UNESCO in successivi negoziati; il punto, tuttavia, non è pacifico³⁹.

Il tema del rapporto complesso tra cultura e commercio internazionale sarà ripreso nei capitoli a seguire; questo tema, tuttavia, pone in evidenza il rilievo che la nozione di diversità culturale assume in relazione al concetto di sviluppo, inteso non solo in termini di crescita economica ma come mezzo per raggiungere un'esistenza intellettuale, emotiva, morale e spirituale soddisfacente. In proposito, va ricordato il concetto di sviluppo elaborato dalla Commissione mondiale per lo sviluppo e la cultura, secondo cui lo sviluppo consiste nell'accrescere l'effettiva libertà di scelta degli individui⁴⁰. Ai fini della realizzazione di questa idea di sviluppo, la tutela e la promozione della diversità culturale rivestono una importanza fondamentale, ampliando la gamma di opzioni aperte a tutti; in tale prospettiva, la Commissione concentra l'attenzione su strumenti quali l'accesso al patrimonio mondiale di conoscenze e il diritto di partecipare alla vita culturale della comunità. La necessità di perseguire un concetto diverso di sviluppo diviene, evidentemente, tanto più pressante in considerazione della rapida evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) che sono strumenti ambivalenti di inclusione ed esclusione. Le ICT, da un lato, rappresentando una sfida per la diversità culturale, favorendo processi di globalizzazione e massificazione/omologazione della cultura, dall'altro, possono creare le condizioni per un rinnovato dialogo tra comunità e culture.

Come ricordato all'inizio di questa disamina, tutte queste componenti del concetto di cultura coesistono oggi, rendendo complesso individuarne il significato in concreto. Il termine può essere utilizzato, in un senso più restrittivo, che fa riferimento alle manifestazioni esterne (tangibili e intangibili) della creatività e dell'espressione umana, includendo tanto i canoni tradizionali della cultura 'elevata', arte, letteratura, musica, teatro, architettura, quanto i fenomeni culturali popolari come i mass media, la musica popolare e contemporanea, l'artigianato, lo sport. In secondo luogo, la nozione di cultura può essere utilizzata in un senso più ampio, derivato dall'antropologia sociale, che fa riferimento a un caratteristico stile di vita o una visione del mondo⁴¹.

Una sintesi utile del complesso contenuto del concetto di cultura è anche contenuta in uno dei rapporti della *Special Rapporteur* sui diritti culturali, Farida Shaheed, la quale, a fronte della difficoltà di definire concetto di cultura, al fine di individuare l'ambito del proprio mandato, ha ritenuto preferibile fare riferimento

³⁹ Si veda per una disamina approfondita A. GATTINI, *La Convenzione UNESCO... cit.*, p. 201 ss..

⁴⁰ World Commission of Culture and Development, *Our Creative Diversity*, 2ª edizione, Parigi, UNESCO, 1996. Per un'analisi approfondita, si veda A. SEN, *Development as Freedom*, New York, Anchor Books, 1999; F. MACMILLAN, "Copyright and Corporate Power", in R. TOWSE (a cura di) *Copyright in the Cultural Industries*, E.E. Publishing, 2022, pp. 99-118.

⁴¹ R. O'Keefe, "Cultural life, Right to Participate in, International Protection", *Oxford Public International Law*, Oxford University Press, 2015; accessibile all'indirizzo <http://opil.ouplaw.com>.

alle “*working definitions*” di cultura, contenute in numerosi documenti internazionali come la Dichiarazione Universale sulla diversità culturale e il *General Comment* n. 21. Secondo tali definizioni, come evidenziato, “la cultura può essere intesa come un prodotto, come un processo, come uno stile di vita...⁴².”

1.2.2. *Dalla proprietà culturale al patrimonio culturale: tangibile, intangibile, digitale*

Parallelamente alla evoluzione del concetto di cultura si è evoluto il concetto di patrimonio culturale, il cui contenuto e significato sono egualmente complessi da definire. La prima normativa che viene in rilievo nell’ordinamento internazionale, per ragioni sia cronologiche sia di rilevanza del trattato, è la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886⁴³. Nel delimitare l’ambito di applicazione materiale della disciplina dettata, la Convenzione fornisce, infatti, una definizione delle “opere letterarie ed artistiche” oggetto di tutela (art. 2.1)⁴⁴. Obiettivo di tale strumento convenzionale, tuttavia, è quello di assicurare alle opere letterarie ed artistiche una protezione di natura meramente privatistica, scevra da tutte le considerazioni di natura etica e identitaria, oggi sottese alla tutela dei beni culturali. La Convenzione di Berna, così come i successivi strumenti internazionali per la tutela dei diritti d’autore, ha come oggetto e scopo la tutela del diritto autoriale insistente sulle diverse categorie di “opere letterarie ed artistiche” rientranti nel suo ambito di applicazione. Essa istituisce un sistema di protezione che mira alla salvaguardia degli interessi del soggetto creatore dell’opera e, in virtù della tutela riconosciuta all’autore, tende a promuovere l’interesse pubblico alla crescita culturale, non estendendosi alla cura degli interessi della collettività alla conservazione e protezione di determinate tipologie di beni.

Questa diversa prospettiva emerge nell’ordinamento giuridico internazionale alcuni anni più tardi e trova riconoscimento nella Convenzione dell’Aja per la protezione dei beni culturali (“*cultural property*”) in caso di conflitto armato, del 1954⁴⁵.

⁴² UNGA, *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council*, 22 marzo 2010, A/HCR/14/36, para. 5.

⁴³ *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Berna, 1886; accessibile al seguente indirizzo <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>.

⁴⁴ “*The expression “literary and artistic works” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings..... works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science*”. Per quel che concerne la regolamentazione, all’art. 5 (3), la Convenzione di Berna afferma che “*Protection in the country of origin is governed by domestic law...*”, facendo pertanto rinvio, salve le maggiori tutele previste dalla Convenzione stessa, alle normative nazionali per l’attuazione dei principi stabiliti dalla stessa a livello globale. Dal 1967, questa Convenzione è gestita dalla Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI).

⁴⁵ *The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, L’Aja, 1954, accessibile al seguente indirizzo <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/1954-hague-convention/>. Articolo 1: “*Definition of cultural property. For the purposes of the present Convention, the term “cultural property” shall cover, irrespective of origin or ownership: (a) movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people, such as monuments of architecture, art or history, whether religious or secular; archaeological sites; groups of buildings which, as a whole, are of historical or artistic interest; works of art; manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest; as well as scientific collections and important collections of books or archives or of reproductions of the property defined above; (b) buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit the movable cultural property defined in sub-paragraph (a) such as museums, large libraries and depositories of archives, and refuges intended to shelter, in the event of armed conflict, the movable cultural property defined in sub-paragraph (a); (c) centers containing a large amount of cultural property as defined in sub-paragraphs (a) and (b), to be known as “centers containing monuments”*. Già negli anni precedenti, in alcuni strumenti adottati nell’ambito del diritto di guerra (*jus in bello*) si prevedeva, l’adozione di misure volte preservare, per quanto possibile, gli edifici consacrati al culto, alle arti, alle scienze, alla beneficenza, oltre agli ospedali e ai luoghi di ricovero dei malati e dei feriti. Tali disposizioni riguardavano, tuttavia, tutti i beni che potremmo definire di interesse pubblico non solo quelli di valore culturale.

L'art. 1 di questa Convenzione fa riferimento alle nozioni di “*cultural property*” e “*cultural heritage*” poi riprese nelle codificazioni successive, dalla Convenzione concernente le misure da adottare per interdire e impedire l'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali (“*cultural property*”) dell'UNESCO, del 1970⁴⁶, alla Convenzione sui beni culturali rubati e illecitamente esportati, dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT), del 1995⁴⁷. Secondo la definizione contenuta in quest'ultimo strumento sono considerati come “beni culturali” (“*cultural objects*”), “i beni che, a titolo religioso o secolare, sono importanti per l'archeologia, la preistoria, la storia, la letteratura, l'arte o la scienza e che appartengono ad una delle categorie enumerate nell'allegato alla [presente] Convenzione”. Tale allegato contiene un elenco, diviso per categorie dei beni, che ricalca quello già contenuto nella Convenzione dell'UNESCO del 1970 (cui la Convenzione UNIDROIT è ispirata), e che ha carattere meramente esemplificativo.

Nelle definizioni contenute nelle convenzioni menzionate emergono due elementi caratterizzanti: l'importanza del bene (mobile o immobile) sotto il profilo storico, letterario, artistico, archeologico, scientifico, e l'appartenenza a determinate tipologie di beni individuate sul piano normativo attraverso una elencazione che non ha, in genere, carattere tassativo⁴⁸. Tali definizioni, tuttavia, adombrano incertezze riguardanti le implicazioni concettuali, e di conseguenza i profili terminologici, che risultano maggiormente evidenti quando si considerano le differenti versioni linguistiche autentiche. La Convenzione dell'Aja del 1954 e la Convenzione UNESCO del 1970 parlano di “*cultural property*”, termine tradotto “beni culturali” in italiano e “*biens culturels*” in francese; è evidente, tuttavia, che il termine “proprietà” è suscettibile di generare equivoci circa il suo esatto significato, potendo indicare sia l'atteggiarsi della posizione legale di un soggetto nel senso di proprietà privata sia l'oggetto materiale a cui questa posizione si riferisce. A queste espressioni si affianca, la nozione di “patrimonio culturale”, maggiormente utilizzata a partire dagli anni '70, *in primis* dalla Convenzione sulla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale dell'UNESCO, del 1972⁴⁹. È importante premettere che i diversi trattati riflettono inevitabilmente le esigenze di regolamentazione esistenti al momento della loro adozione e, quindi, sono caratterizzati da approcci, obiettivi, ambiti di applicazione diversi, rendendo le questioni definitorie complesse dal punto di vista giuridico. Alcuni strumenti internazionali impiegano il termine “patrimonio culturale”, “beni culturali” e “proprietà culturale” in maniera apparentemente intercambiabile, è, quindi, opportuno esaminarli per comprendere la *ratio* sottesa a questi termini. È possibile affermare, in linea generale, che il termine “patrimonio culturale” è concepito, sin dall'inizio, come un termine più ampio e omnicomprensivo di cui la “pro-

⁴⁶ UNESCO, *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (1970), accessibile al seguente indirizzo <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1970-convention/>. Art. 1, “For the purposes of this Convention, the term ‘cultural property’ means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science and which belongs to the following categories...”, segue un lungo elenco esemplificativo dei beni oggetto di tutela.

⁴⁷ UNIDROIT, *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*, (1995), accessibile al seguente indirizzo <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>, art. 2.

⁴⁸ Questi due elementi ricorrono anche nella definizione di beni culturali contenuta nel Codice italiano dei beni culturali e del paesaggio (D.lgs. 124/2004, art.10 e Allegato A).

⁴⁹ L.V. PROT, P.J. O'KEEFE “‘Cultural Heritage’ or ‘Cultural Property’?” in *International Journal of Cultural Property*, Vol. 1/2, 1992, pp. 307-320.

prietà culturale” costituisce una sottosezione (materiale), più ampia dei semplici elementi (i singoli beni culturali) che possono essere oggetto di commercio o tratta. Una ulteriore sottocategoria oggetto di tutela è rappresentata dai “beni culturali mobili”, definiti in una Raccomandazione dell’UNESCO ad essi dedicata, come “tutti gli oggetti mobili che sono l’espressione e la testimonianza della creazione umana o dell’evoluzione della natura e che sono di valore o interesse archeologico, artistico, scientifico o tecnico” e che vanno tutelati contro i rischi legati a loro trasporto ed esposizione o derivanti dal traffico illecito o da atti di vandalismo⁵⁰.

L’elemento cardine di tutte le definizioni contenute nelle principali convenzioni internazionali è costituito dall’importanza culturale (ossia dal punto di vista dell’arte, della storia, dell’archeologia, ecc.) che un oggetto deve possedere per essere oggetto di tutela in base ai diversi strumenti normativi; elemento talvolta accompagnato da altri aggettivi, come “grande”, “significativa” o “di particolare importanza”. Tali definizioni hanno, in sostanza, carattere tautologico; non sono approfondite dal punto di vista definitorio, omettendo di scendere nel dettaglio e prendere in considerazione ulteriori elementi insiti nella natura dei beni. Le convenzioni non definiscono il loro oggetto di protezione facendo riferimento a un concetto generale, ma piuttosto a liste chiuse o aperte di oggetti specifici a cui la convenzione in questione intende estendere la tutela. L’ampiezza della definizione fa sì che l’ambito oggettivo di tutela garantita dal diritto internazionale convenzionale sia tale da comprendere non solo i capolavori riconosciuti e ammirati universalmente, ma tutti quegli oggetti che, per usare un’espressione da tempo nota al legislatore italiano, costituiscono una “testimonianza materiale avente valore di civiltà”⁵¹. Il dibattito che si è sviluppato a partire dalla metà degli anni ‘70 ha condotto alla elaborazione di numerosi documenti di rilievo internazionale, volti ad elaborare una terminologia idonea a comprendere le diverse espressioni dell’azione umana che, avendo acquisito un valore, sono da considerarsi meritevoli di tutela⁵². Questo dibattito è caratterizzato da una tendenza ad espandere le tipologie di beni protetti e a rafforzare i profili identitari, ponendo in essere un sistema il cui interesse di salvaguardia si spinge al di là del bene culturale inteso nella sua materialità e considerato nel suo valore economico. Emergono elementi di discontinuità rispetto alla concezione privatistica di tali beni, che segnano progressivamente il passaggio a una concezione della tutela che prenda in considerazione il loro valore intrinseco.

Queste tendenze evolutive sono alla base del progressivo affermarsi del concetto di “patrimonio culturale” e della sua evoluzione che può essere sinteticamente ricostruita attraverso il riferimento agli strumenti convenzionali adottati in materia dall’UNESCO: a partire dalla preoccupazione di proteggere i beni culturali (“*cultural*

⁵⁰ UNESCO, *Recommendation for the Protection of Movable Cultural Property*, (1978), art. 1; anche in questo caso, segue una elencazione, non tassativa, delle categorie di beni inclusi nella nozione. Testo accessibile al seguente indirizzo http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13137&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁵¹ *Relazione della Commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, riportata integralmente in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 119 ss.; si veda in proposito, B. CAVALLI, “La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini”, negli *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, p. 113 ss.. La Commissione “Franceschini” prende il nome dal suo presidente ed è stata istituita dal Parlamento Italiano con legge 26 aprile 1964 n. 310, su proposta del Ministero della pubblica istruzione.

⁵² *Ex multis*, la Dichiarazione sulla rivitalizzazione dei piccoli insediamenti, (Tlaxala, 1982); la Carta per la salvaguardia delle città storiche (Washington, 1987); le Raccomandazioni sul Concetto di diritti dei popoli, (Parigi, 1989); la Dichiarazione su Società multiculturale e identità culturale europea (Palermo, 1990); La Carta internazionale per la protezione e la gestione del patrimonio archeologico (Losanna, 1990).

property") durante i conflitti armati (Convenzione dell'Aja del 1954), all'impegno verso la restituzione agli Stati dei beni culturali mobili (1970) e poi alla conservazione del patrimonio culturale immobile (1972). In questo secolo, in cui la legislazione internazionale in materia di protezione della cultura e del patrimonio culturale è sensibilmente aumentata, l'attenzione si è spostata dapprima verso il patrimonio culturale subacqueo (2001)⁵³, poi verso il patrimonio culturale immateriale (2003)⁵⁴ e il concetto di "diversità culturale" (2005).

Il concetto di "patrimonio culturale" si è, dunque, arricchito di elementi e significati nuovi⁵⁵. Una accezione che ha caratterizzato sin dall'inizio il concetto è una "forma di ereditarietà"⁵⁶ (*legacy*); il termine "patrimonio" esprime l'idea di un'eredità ricevuta in una determinata condizione dalla(e) generazione(i) precedente(i) e che deve essere salvaguardata da quella attuale e consegnata alle generazioni successive in una condizione almeno uguale a quella in cui si trovava quando è stata ricevuta. Questa idea del patrimonio culturale come eredità è già sottesa alla Costituzione dell'UNESCO⁵⁷ che, all'articolo 1, include tra gli obiettivi dell'Organizzazione quello di vigilare sulla conservazione e la tutela del "patrimonio universale rappresentato da libri, opere d'arte e altri monumenti d'interesse storico o scientifico", per contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza, favorendo la conoscenza, la mutua comprensione e la collaborazione tra le nazioni, e imprimendo un vigoroso impulso all'educazione popolare e alla diffusione della cultura. La qualificazione derivante dal collegamento con l'idea di un'eredità, considerata come retaggio comune dell'umanità, ha portato all'utilizzo del termine "patrimonio culturale" in un'accezione che riunisce la dimensione culturale e quella naturale e tiene conto del legame interattivo di tale patrimonio con la vita reale delle persone, evidenziandone il valore intrinseco. Su questa prospettiva, è incentrata la Convenzione dell'UNESCO sul Patrimonio mondiale dell'umanità, del 1972⁵⁸. Questa dimensione si è ulteriormente rafforzata in seguito all'affermarsi, nelle politiche e normative internazionali, del concetto di sviluppo sostenibile, basato proprio sull'idea di equità intergenerazionale e sul dovere di salvaguardare le ricchezze culturali e naturali del pianeta per il futuro.

In virtù dell'emergere dell'approccio antropologico alla cultura, analizzato nel paragrafo precedente, negli ultimi cinquant'anni, il concetto di "patrimonio culturale" ha acquisito un significato ancora più ampio e articolato. Il focalizzarsi delle scienze sociali sui processi, spesso a discapito degli oggetti, è stato un fattore cruciale nella evoluzione del concetto di patrimonio, considerato come un'entità costituita da varie, complesse e interdipendenti espressioni, rivelate attraverso elementi ma-

⁵³ UNESCO, *Convenzione sulla Protezione del Patrimonio Culturale Subacqueo*, Parigi, 2 novembre 2001; è entrata in vigore il 2 gennaio 2009 ed è stata ratificata e resa esecutiva dal Parlamento italiano con la L. 157/2009.

⁵⁴ UNESCO, *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*, Parigi, 17 ottobre 2003, entrata in vigore il 20 aprile 2006, è stata ratificata dall'Italia con legge n. 167 del 27 settembre 2007. Testo accessibile al seguente indirizzo <https://ich.unesco.org/en/convention>.

⁵⁵ Si veda, E. BARONCINI (a cura di) *Il diritto internazionale e la protezione del patrimonio culturale mondiale*, UNESCO e-book, maggio 2019; S. PINTON, L. ZAGATO (a cura di), *Cultural Heritage. Scenarios 2015-2017*, Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing, Venezia, 2017.

⁵⁶ J. BLAKE, "On Defining the Cultural Heritage", in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49/1, 2000, pp. 61-85.

⁵⁷ UNESCO, *Atto Costitutivo cit.*

⁵⁸ UNESCO, *Convenzione riguardante la protezione sul piano mondiale del patrimonio culturale e naturale*, 16 novembre 1972, entrata in vigore il 17 dicembre 1975; testo accessibile al seguente indirizzo <https://unesco.blob.core.windows.net/documenti/4299643f-2225-4dda-ba41-cbc3a60bb604/Convenzione%20Patrimonio%20Mondiale%20-%20italiano%201.pdf>.

teriali e immateriali. Secondo la Convenzione dell'UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, per "patrimonio culturale immateriale" si intendono: le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Questo patrimonio culturale immateriale, trasmesso di generazione in generazione, è costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e dà loro un senso d'identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana⁵⁹. Il successivo articolo 2 precisa che il "patrimonio culturale immateriale" si manifesta, tra l'altro, nei seguenti settori: a) tradizioni ed espressioni orali, ivi compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; b) le arti dello spettacolo; c) le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; d) le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; e) l'artigianato tradizionale.

La definizione di patrimonio culturale immateriale e il suo riconoscimento come una fonte di identità, creatività e diversità hanno contribuito notevolmente a disegnare un approccio globale al patrimonio, considerato nella sua componente materiale e immateriale. Il patrimonio tangibile e quello intangibile sono strettamente interconnessi, nell'ambito di una relazione che coinvolge la società (cioè i sistemi di interazione che collegano le persone), le norme e i valori (cioè, idee e sistemi di credenze che ne definiscono la relativa importanza). Il patrimonio immateriale deve essere visto come un più ampio quadro entro il quale il patrimonio tangibile prende forma e significato. La Dichiarazione di Istanbul, adottata alla tavola rotonda dei ministri della cultura organizzata dal Direttore Generale dell'UNESCO, nel settembre 2002, sottolineava che "*an all-encompassing approach to cultural heritage should prevail, taking into account the dynamic link between the tangible and intangible heritage and their close interaction*"⁶⁰. A tal fine, enti come l'ICOM (*International Council of Museums*) raccomandano l'adozione di approcci interdisciplinari e intersettoriali che riuniscano patrimonio (e beni) culturale mobile e immobile, tangibile e intangibile, naturale e culturale.

Il patrimonio culturale tangibile, sia esso un monumento, una città storica, un paesaggio, un'opera d'arte o una collezione, è facile da catalogare, e la sua protezione consiste principalmente in opere di conservazione e misure di ripristino. Il patrimonio immateriale in contrasto è, in definitiva, costituito da processi e pratiche e necessita, quindi, di approcci di salvaguardia e metodologie diverse. La tutela del patrimonio immateriale implica quindi raccolta, documentazione e archiviazione, nonché la protezione e supporto dei supporti fisici e/o telematici che ne

⁵⁹ Si veda per un approfondimento A.D. RAMOS, "La Convenzione UNESCO Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale", in E. BARONCINI, *Il diritto internazionale e la protezione cit.*, p. 199-220; L. ZAGATO "La Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale intangibile" in L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, CEDAM, Padova, 2008, vol. 1, pp. 27-70; ID, "Intangible Cultural Heritage and Human Rights" in T. SCOVAZZI, B. UBERTAZZI, L. ZAGATO, *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Giuffrè, Milano, 2012, vol. 1, pp. 29-50; ID, "(In-)tangible Cultural Heritage as a World of Rights?", in S. PINTON, L. ZAGATO (a cura di), *Cultural Heritage Scenarios cit.* pp. 521-536; H. D'HORVILLE., "Intangible Cultural Heritage: A Public Good of a Special Kind", in UNESCO (ed.), *Globalization and Intangible Cultural Heritage*, Parigi, 2005.

⁶⁰ Dichiarazione di Istanbul, Terza Tavola Rotonda dei Ministri della Cultura "Il patrimonio culturale immateriale, specchio della diversità culturale", Istanbul, Turchia 16-17 settembre.

sono portatori. Mentre il patrimonio culturale tangibile è progettato per sopravvivere molto dopo la morte della persona che lo ha prodotto o commissionato, il destino del patrimonio immateriale è strettamente correlato ai suoi creatori in quanto dipende, nella maggior parte dei casi, dalla trasmissione orale. Pertanto, le misure amministrative e normative tradizionalmente adottate per proteggere gli oggetti materiali del patrimonio culturale nella maggior parte dei casi non risultano appropriati per la salvaguardia di un patrimonio le cui componenti più significative riguardano sistemi particolari di conoscenza, valori nonché il contesto sociale e culturale in cui sono stati creati. Per salvaguardare il patrimonio immateriale, è necessario che sia 'tradotto' dalla sua forma intangibile in alcune manifestazioni materiali, che sia in archivi, inventari, musei, registrazioni audio e cinematografiche, ma anche e soprattutto in forma digitale. Anche se questo potrebbe essere considerato come un 'congelamento' del patrimonio immateriale, la sua riduzione in semplici documenti, costituisce un aspetto cruciale della sua salvaguardia.

Lungo la medesima linea evolutiva, emerge il concetto di "patrimonio digitale". La Carta sulla conservazione del patrimonio digitale dell'UNESCO, premesso che le risorse in materia di informazione e di espressione creativa vengono sempre più spesso prodotte, distribuite, rese accessibili e conservate in forma digitale, creando una nuova eredità "il patrimonio digitale", e che l'accesso a tale patrimonio amplia le opportunità di creazione, comunicazione e condivisione delle conoscenze, afferma che la conservazione di tale patrimonio per il bene delle generazioni attuali e future è "una questione urgente di rilevanza mondiale" (preambolo)⁶¹. Ai sensi della Carta, il patrimonio digitale si compone di "un insieme di risorse insostituibili di conoscenza ed espressione umana. Esso comprende risorse culturali, formative, scientifiche e amministrative, come anche informazioni di natura tecnica, giuridica, medica e di altro genere, create in digitale, o convertite in forma digitale a partire da risorse analogiche già esistenti. Se si tratta di risorse "create in digitale" ("*born digital*"), non esistono altri formati oltre all'oggetto digitale." (art. 1). I materiali digitali comprendono testi, database, immagini fisse e in movimento, audio, grafica, software e pagine web, in un'ampia e crescente varietà di formati. Sono formati spesso effimeri, che per poter essere conservati vanno prodotti, mantenuti e gestiti in modo adeguato. Anche questa nozione presenta contorno incerti; fa riferimento ad una vasta gamma di ambiti tematici e include una lista di oggetti che possono rientrare nella nozione. Tuttavia, è evidente che i contenuti e gli oggetti della lista sempre possono essere considerati "patrimonio culturale digitale". Sarebbe necessario far riferimento a un concetto generale di patrimonio culturale che fornisca una base per distinguere, ad esempio, tra edifici che costituiscono patrimonio culturale e quelli che non lo sono, o tra database che contengono o costituiscono patrimonio digitale e quelli che non lo costituiscono⁶². In altri termini, chi stabilisce cosa riveste "eccezionale valore universale" o una "testimonianza materiale avente valore di civiltà"? Chi valuta la rilevanza culturale dal punto di vista storico, artistico, scientifico, antropologico ...? Le soluzioni adottate in proposito all'interno delle

⁶¹ UNESCO, *Carta sulla conservazione del patrimonio digitale*, adottata dalla 32esima sessione della Conferenza Generale dell'UNESCO, il 17 ottobre 2003. Testo accessibile al seguente indirizzo https://unesco.blob.core.windows.net/pdf/UploadCKEditor/carta_UNESCO_it.pdf. Si veda in proposito L. MARCATO, "Culturally Digital, Digitally Cultural. Towards a Digital Cultural Heritage?", in S. PINTON, L. ZAGATO (a cura di), *Cultural Heritage Scenarios cit.*, pp. 507-520.

⁶² F. MACMILLAN, "*Cultural property ...*" cit. p. 47 ss., la quale osserva come non risulti chiara la relazione tra patrimonio immateriale e patrimonio digitale.

Convenzioni adottate dall'UNESCO sono diverse; in alcuni casi sono gli Stati che individuano e designano i beni, che rientrano in liste chiuse, come accade nella Convenzione sui mezzi per proibire e prevenire l'importazione, l'esportazione e il trasferimento illecito di proprietà dei beni culturali o in quella Patrimonio Mondiale. Una seconda opzione è adottata nella Convenzione sul Patrimonio Culturale Immateriale, secondo la quale il patrimonio culturale è ciò che viene trasmesso di generazione in generazione da comunità e gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia, fornendo così un senso di identità e continuità (art. 2.1). In sostanza, il patrimonio culturale è costituito da ciò che una comunità considera degna di essere trasmessa alle generazioni future. Emerge, tuttavia, una dimensione problematica legata alla politicizzazione delle questioni identitarie nel mondo contemporaneo in rapida globalizzazione e omogeneizzazione. In questo senso è stato osservato come, a causa della sua vaghezza, il concetto di patrimonio culturale diventa sovente una "festa della retorica" nel discorso politico, e rischia di essere utilizzato a discapito di alcune comunità, in particolare minoranze o popolazioni indigene⁶³.

Nel solco evolutivo tracciato dalle Convenzioni adottate nell'ambito dell'Unesco, merita di essere menzionata, a livello regionale, la Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società, adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, nel 2005⁶⁴. La Convenzione promuove una comprensione più ampia del patrimonio culturale e della sua relazione con le comunità e la società; delineando il patrimonio come una "risorsa condivisa", un bene a disposizione dei cittadini, essa pone in rilievo gli aspetti importanti del patrimonio culturale in relazione ai diritti umani e allo sviluppo della democrazia partecipativa⁶⁵.

L'evoluzione del concetto di "patrimonio culturale" ha determinato una trasformazione dei processi di produzione, delle modalità di fruizione e trasmissione del patrimonio e, ovviamente, delle politiche volte alla sua tutela e valorizzazione. Con riguardo al patrimonio inteso nella sua dimensione materiale ed elitaria, l'obiettivo prioritario era quello della "conservazione" dei beni mobili e immobili. L'affermarsi del concetto di cultura di massa o popolare fa emergere la dimensione sociale del patrimonio culturale inteso come macchina da intrattenimento: attrarre un pubblico ampio, di "consumatori" e massimizzare il profitto diviene l'obiettivo principale. Il riconoscimento della relazione identitaria tra le comunità e patrimonio culturale, nella sua dimensione materiale e immateriale, ha condotto posto, infine, l'esigenza del coinvolgimento dei cittadini nella produzione, la diffusione e la conservazione della cultura come priorità: il patrimonio culturale è creato, preservato e fruito dalla società.

1.2.3. La digitalizzazione dei materiali culturali come fattore di sviluppo economico e sociale

Secondo l'UNESCO, la "digitalizzazione" può essere definita come "la creazione di oggetti digitali da originali fisici analogici mediante scanner, fotocamera o altri

⁶³ *Ibidem*, p. 50 ss.

⁶⁴ Consiglio d'Europa (CoE), *Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale per la società*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 13 ottobre 2005 e aperta alla firma degli Stati membri a Faro (Portogallo) il 27 ottobre dello stesso anno; è entrata in vigore il 1° giugno 2011.

⁶⁵ Si veda per un approfondimento S. PINTON, "The Faro Convention, the Legal European Environment and the Challenge of Commons in Cultural Heritage", in S. PINTON, L. ZAGATO (a cura di), *Cultural Heritage Scenarios cit.*, pp.315-333.

dispositivi elettronici”; essa è intrapresa come “parte di un processo che comprende: selezione, valutazione, inclusi i bisogni, definizione delle priorità, preparazione degli originali per la digitalizzazione, raccolta e creazione di metadati, digitalizzazione e creazione di raccolte di dati, invio di risorse digitali a sistemi di consegna e archivi”⁶⁶.

Per meglio comprendere quali sono i motivi all’origine dell’impatto che le ICT hanno sulla accessibilità e fruizione dei materiali culturali, sembra opportuno considerare brevemente gli effetti della digitalizzazione delle informazioni, che assumono rilevanza ai fini dell’analisi che si intende svolgere nei capitoli a seguire. La prima caratteristica che viene in rilievo è quella della “precisione”: “la conversione in bit è incomparabilmente più precisa di quanto possa essere quella ad impulsi elettro-magnetici”, di conseguenza, la duplicazione di informazioni da supporti digitali genera delle copie perfette dei file originali, le quali non sono distinguibili da essi per qualità. Altre due caratteristiche sono “la compattezza e la facilità di stoccaggio”: un file digitale occupa una frazione minuscola di un supporto digitale. Infine, rilevante è “la malleabilità delle informazioni”: i dati immagazzinati in formato digitale, essendo separati dal loro supporto materiale (dematerializzazione), risultano “infinitamente modificabili, aggiornabili, scomponibili, assemblabili da parte di chiunque disponga della tecnologia minima necessaria per farlo”⁶⁷.

La digitalizzazione costituisce un mezzo per la salvaguardia del patrimonio culturale, attraverso tecniche innovative; essa, inoltre, unita alla pervasività che sta assumendo la disponibilità della rete Internet, permette l’accesso al patrimonio culturale e alle opere creative in qualsiasi momento e da qualsiasi luogo, consentendo ai cittadini di fruirne a fini di svago, studio e lavoro, ma anche di partecipare alla loro creazione. In sostanza, la digitalizzazione e l’accessibilità in rete rappresentano, in primo luogo, strumenti per la conservazione e l’accessibilità del patrimonio culturale, la sua trasmissione alle generazioni future e la sua valorizzazione quale strumento di dialogo interculturale e pace internazionale. In aggiunta, nella prospettiva dei diritti umani, esse costituiscono strumenti per il godimento dei diritti culturali, primo tra tutti, il diritto di partecipare alla vita culturale⁶⁸. Considerare l’accesso e il godimento del patrimonio culturale come un diritto umano costituisce un approccio necessario e complementare a quello volto alla sua conservazione e, come si è visto, ha acquisito rilevanza crescente nelle politiche e normative internazionali, in seguito all’affermarsi di una accezione antropologica del concetto di cultura. In particolare, in questa prospettiva, le nuove tecnologie possono supportare l’attuazione di un modello di governance partecipativa, che è basato sul coinvolgimento di tutti gli attori sociali ed è sovente richiamato quale strumento per promuovere la coesione sociale e la sostenibilità dei processi di sviluppo. Non da ultimo, la digitalizzazione e l’accessibilità in rete del patrimonio culturale e delle opere creative costituiscono un volano di sviluppo economico, in special modo a livello

⁶⁶ UNESCO, *Fundamental Principles of Digitization of Documentary Heritage*, accessibile all’indirizzo http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/mow/digitization_guidelines_for_web.pdf.

⁶⁷ S. ALIPRANDI, *Capire il Copyright. Percorso guidato nel diritto d’autore*, Ledizioni, 2012, p. 48-49, disponibile su www.copyleft-italia.it/libri. Si veda anche, R.V. SCELSI, “Privato, participio passato di privare”, in R.V. SCELSI (a cura di), *No copyright – nuovi diritti nel 2000*, Shake Underground, Milano, 1994, pp. 13 ss.; S. ALIPRANDI, *Copyleft & open content. L'altra faccia del copyright*, PrimaOra, 2005 (cap. III, par. 3.2.).

⁶⁸ Si veda *infra*, capitolo 2.

locale⁶⁹. Possono aumentare l'attrattività per i turisti, rafforzare l'identità territoriale, stimolare i processi di rigenerazione urbana, promuovere la creazione di nuovi prodotti.

Quest'ultima prospettiva è oggetto di particolare attenzione nell'ambito dell'Unione Europea. Il patrimonio culturale europeo è oggetto di un insieme di politiche e programmi in materia; inoltre, sono numerose le politiche dell'UE in altri settori che tengono sempre più conto del patrimonio culturale, tra cui la ricerca, l'innovazione, l'istruzione, l'ambiente, i cambiamenti climatici, le politiche regionali e le politiche digitali. Uno degli strumenti più importanti nell'attuale quadro normativo dell'UE è la nuova agenda europea per la cultura, del 2018⁷⁰, che individua cinque settori di azione permanente: un'Europa inclusiva (partecipazione e accesso per tutti), un'Europa sostenibile (soluzioni intelligenti per un futuro coeso e sostenibile), un'Europa resiliente (salvaguardare il patrimonio in pericolo), un'Europa innovativa (mobilitare la conoscenza e la ricerca), una collaborazione più forte a livello mondiale (rafforzare la cooperazione internazionale). Il 2018 è stato l'anno europeo del patrimonio culturale e ha celebrato il patrimonio culturale in quanto risorsa condivisa, con l'obiettivo di sensibilizzare i cittadini europei alla storia e ai valori comuni e rafforzare il senso di appartenenza a uno spazio culturale e politico comune europeo. Esso ha creato lo slancio necessario per far conquistare al patrimonio culturale una posizione maggiormente prioritaria nell'agenda dell'UE, grazie a un approccio integrato.

In questo contesto, assume particolare rilevanza, per i temi oggetto di analisi, il Programma Europa Creativa 2021-2027⁷¹ che investe in azioni che rafforzano la diversità culturale e rispondono alle esigenze e alle sfide dei settori culturali e creativi. Gli obiettivi principali del programma sono, da un lato, salvaguardare, sviluppare e promuovere la diversità culturale e linguistica e il patrimonio culturale europei, dall'altro, rafforzare la competitività e il potenziale economico dei settori culturali e creativi, in particolare quello audiovisivo. Europa Creativa attualmente è il programma di punta della Commissione europea a sostegno dei settori della cultura e dell'audiovisivo; le azioni previste sono tese a supportare la ripresa di questi settori dopo la pandemia, rafforzando i loro sforzi per diventare più inclusivi, più digitali e più sostenibili dal punto di vista ambientale. Esso rappresenta la base giuridica delle attività intraprese nei "settori culturali e creativi", che comprendono, ai sensi dell'articolo 2 del Regolamento 2021/818, tutti i settori le cui attività (molte delle quali sono in grado di generare innovazione e creare posti di lavoro, in particolare derivanti dalla proprietà intellettuale), "si basano su valori culturali e espressioni artistiche e altre espressioni creative, individuali o collettive" e comprendono "lo sviluppo, la creazione, la produzione, la diffusione e la conservazione di beni e servizi che costituiscono espressioni culturali, artistiche o altre espressioni creative, nonché funzioni correlate quali l'istruzione o la gestione". Suddette attività rientrano nei settori culturali e creativi indipendentemente dal fatto che esse siano o no orientate al mercato, dal tipo di struttura che le realizza o dalle modalità di fi-

⁶⁹ OECD, *Culture and Local Development*, 2005; ID, *Economic and social impact of cultural and creative sectors: Note for Italy G20 Presidency Culture Working Group*, 2021; ID, *The Culture Fix: Creative people, places and industries*, 2022; accessibili al seguente indirizzo <https://www.oecd.org/cfe/leed/culture.htm>.

⁷⁰ CE, Comunicazione della Commissione *Una nuova agenda europea per la cultura*, COM(2018)267 final.

⁷¹ UE, Regolamento 2021/818 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2021 che istituisce il programma Europa creativa (2021-2027) e che abroga il regolamento (UE) n. 1295/2013.

nanziamento. Il Regolamento, a titolo esemplificativo, chiarisce che tali settori comprendono, l'architettura, gli archivi, le biblioteche e i musei, l'artigianato artistico, gli audiovisivi (compresi il cinema, la televisione, i videogiochi e i contenuti multimediali), il patrimonio culturale materiale e immateriale, il design (compreso il design della moda), i festival, la musica, la letteratura, le arti dello spettacolo (compresi il teatro e la danza), i libri e l'editoria, la radio e le arti visive. Il Programma riconosce che questi settori rivestono una importanza fondamentale per garantire il continuo sviluppo della società e sono al centro dell' "economia creativa". Si tratta di settori ad alta intensità di conoscenza e basati sulla creatività e sul talento individuale, che generano ricchezza economica; inoltre, sono fondamentali per un senso condiviso di identità, cultura e valori europei, e rafforzano la coesione sociale. Il programma Europa Creativa si articola in tre sezioni: la sezione Cultura⁷², quella Media (audiovisivi) e una Intersettoriale. La Commissione ha consultato un'ampia gamma di parti interessate e di esperti degli Stati membri e ha individuato alcuni settori le cui esigenze non sono state sufficientemente affrontate nel programma precedente: musica, architettura, libri ed editoria, e patrimonio culturale. Tra gli obiettivi trasversali rientrano la promozione della creazione artistica e dell'innovazione e la promozione della transizione digitale e ambientale dei settori culturali e creativi europei.

L'innovazione rappresenta un tema cruciale per i settori e le industrie culturali e creative. Questi temi sono stati esaminati in dettaglio dagli esperti degli Stati membri che hanno evidenziato l'importanza dell'accesso a risorse adeguate⁷³. Il settore della cultura, come molti altri, sta subendo notevoli e rapidi cambiamenti sulla scia della rivoluzione digitale. In risposta a questi cambiamenti, emerge la necessità di garantire un quadro normativo adeguato allo scopo, considerando che le industrie culturali e creative operano in un ambiente commerciale complesso, definito dalle normative riguardanti le imprese, i diritti di proprietà intellettuale, la fiscalità e molte altre questioni.

Alla luce delle sfide poste dai rapidi cambiamenti nell'economia digitale, la Commissione ha avviato importanti riforme politiche e normative nell'ambito del "Mercato unico digitale", che mira *inter alia* a garantire un ambiente normativo adeguato al settore culturale, innanzitutto attraverso una ambiziosa modernizzazione del quadro normativo dell'UE in materia di diritto d'autore. L'obiettivo è che le norme dell'UE in questo settore riflettano il mutevole panorama digitale per garantire la tutela dei diritti degli artisti e delle organizzazioni e l'ampio accesso alla cultura⁷⁴.

⁷² La Commissione ribadisce che il patrimonio culturale è una risorsa importante per la crescita economica, l'occupazione e la coesione sociale. Contribuisce a rivitalizzare le aree urbane e rurali e a promuovere un turismo sostenibile. Nell'Unione Europea, oltre 300.000 persone sono impiegate nel settore del patrimonio culturale e 7,8 milioni di posti di lavoro sono indirettamente legati al patrimonio (ad esempio, ospitalità, interpretazione e sicurezza).

⁷³ OMC (Open Method of Coordination) WORKING GROUP of Member States' experts, *The role of public policies in developing entrepreneurial and innovation potential of the cultural and creative sectors*, 18.03.2022, available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5d33c8a7-2e56-11e8-b5fe-01aa75ed71a1/language-en>.

⁷⁴ In questa direzione si pongono l'adozione della Direttiva sulle opere orfane, che riguarda le opere prive di un titolare noto del diritto d'autore, la Direttiva sulla gestione collettiva dei diritti, che riguarda le organizzazioni che gestiscono i diritti di più persone con diritti su un'opera protetta da copyright, la Direttiva che estende a 70 anni la durata della protezione degli artisti interpreti o esecutori e delle registrazioni sonore, il Trattato di Marrakech, che facilita l'accesso alle opere pubblicate da parte di persone non vedenti, ipovedenti o con altre disabilità, il Trattato di Pechino sulle esecuzioni audiovisive, il Regolamento generale di esenzione per categoria sugli aiuti di Stato, che prevede le condizioni per concedere aiuti di Stato alla cultura e alla conservazione del patrimonio nel settore audiovisivo. Per un'analisi di alcuni di questi strumenti, si veda *infra* Capitolo 3.

Nello scorso decennio, l'Agenda Digitale per l'Europa⁷⁵, ha mirato a sfruttare il potenziale delle ICT per favorire l'innovazione, la crescita economica e il progresso in diversi settori, incluso quello della cultura e del patrimonio culturale. In tema di relazione tra digitalizzazione e patrimonio culturale, la Comunicazione "Verso un approccio integrato al Patrimonio Culturale per l'Europa"⁷⁶, del 2014, delinea gli elementi distintivi delle nuove funzioni che il digitale e la digitalizzazione hanno assunto in questo ambito. L'UE ha adottato un numero significativo di strumenti rilevanti in materia, dai Piani di lavoro per la cultura, alle Direttive sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (UE, 2013/37 e 2019/1024), alle Raccomandazioni sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali⁷⁷. Nella Raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali del 2011, la Commissione ribadisce che la digitalizzazione e la conservazione del patrimonio culturale europeo, che comprende materiali a stampa (libri, riviste, giornali), fotografie, oggetti museali, documenti d'archivio, materiali sonori e audiovisivi, monumenti e siti archeologici (definiti "materiali culturali"), rappresentano uno dei principali ambiti d'azione dell'Agenda digitale, che svolge, in questo ambito, un ruolo cruciale volto a incoraggiare la cooperazione e ad assistere e integrare le azioni degli Stati membri. In particolare, la Commissione focalizza l'attenzione sulla necessità di migliorare l'accesso e la fruizione dei materiali culturali digitalizzati di pubblico dominio e di migliorare le condizioni della digitalizzazione e dell'accessibilità in rete dei materiali soggetti a diritto d'autore⁷⁸.

La seconda strategia digitale quinquennale, adottata nel 2020, la intitolata "Plasmare il futuro digitale dell'Europa"⁷⁹, si concentra su tre obiettivi chiave nel settore digitale: una tecnologia al servizio delle persone, un'economia equa e competitiva e una società aperta, democratica e sostenibile. Il 9 marzo 2021 la Commissione europea ha presentato una visione e prospettive per la trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030; la strategia è stata integrata dalla "Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale", uno strumento che mira a tradurre in termini concreti le ambizioni digitali dell'Unione.

⁷⁵ CE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un'agenda digitale europea*, COM/2010/0245 def., del 19.05.2010.

⁷⁶ CE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Verso un approccio integrato al patrimonio culturale per l'Europa*, COM(2014) 477 final, del 22.07.2014.

⁷⁷ CE, *Raccomandazione della Commissione sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del materiale culturale e sulla conservazione digitale* 2006/585/CE, del 24.08.2006; *Raccomandazione della Commissione sulla digitalizzazione e l'accessibilità in rete dei materiali culturali e sulla conservazione digitale*, 2011/711/UE, del 27 ottobre 2011.

⁷⁸ Raccomandazione 2011/711/UE, para. 5 e 6.

⁷⁹ CE, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato e delle Regioni, Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM/2020/67 final, 19.02.2020; *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato e delle Regioni, Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM/2021/118 final, del 09.03.2021.

L'ASCESA DEI DIRITTI CULTURALI NEL SISTEMA INTERNAZIONALE PER LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI

2.1. I diritti culturali nell'ordinamento giuridico internazionale

I diritti culturali rappresentano una categoria di diritti oggetto, per lungo tempo, di una scarsa attenzione, che ha portato addirittura a considerarli come diritti di minore priorità. Il ruolo marginale che tali diritti hanno svolto nel sistema dei diritti umani è dipeso da una pluralità di fattori. In primo luogo, ha pesato l'idea, ormai superata, che la cultura costituisse un lusso rispetto ad altre questioni più centrali nel sistema dei diritti umani, come, ad esempio, la protezione del diritto alla vita o il divieto di tortura; a ciò si aggiungeva la difficoltà di definire il concetto di 'cultura' e, dunque, il novero e il contenuto dei 'diritti culturali'. Da una diversa prospettiva, il riconoscimento di diritti culturali legati a una accezione della cultura di tipo antropologico è stato considerato un rischio, a causa del pericolo di legittimare pratiche culturali in conflitto con altri diritti¹.

È stato necessario un lungo percorso evolutivo perché questi diritti fossero riconosciuti come diritti umani fondamentali², come strumenti essenziali per il rispetto della dignità e dell'identità della persona; strumenti che comprendono importanti libertà, che proteggono lo sviluppo e l'espressione di varie visioni del mondo; strumenti di pace e di coesione sociale, che favoriscono il rispetto e la comprensione reciproci tra individui e gruppi, in tutta la loro diversità. I diritti culturali, fondati sulle

¹ Si pensi, ad esempio, alla pratica delle mutilazioni genitali femminili.

² "Diritti culturali. Dichiarazione di Friburgo", il lancio della Dichiarazione ha avuto luogo il 7 e l'8 maggio 2007, rispettivamente all'Università di Friburgo e al Palazzo delle Nazioni di Ginevra, in Svizzera. Il testo è disponibile su: <https://www.unifr.ch/ethique/en/research/publications/fribourg-declaration.html>.

norme e sui principi esistenti del diritto internazionale dei diritti umani e (finalmente) compresi come parte del più ampio sistema di protezione e promozione dei diritti umani, hanno arricchito la comprensione del principio di universalità dei diritti umani, grazie all'inclusione del concetto di diversità culturale. Come affermato nella Risoluzione 10/23 del Consiglio dei diritti umani, essi "sono parte integrante dei diritti umani, che sono universali, indivisibili, interconnessi e interdipendenti"³.

Tale percorso è legato alla evoluzione del concetto di 'cultura' e di 'patrimonio culturale', come si è visto nel capitolo precedente, ma anche al progressivo riconoscimento del legame tra diritti umani e tutela del patrimonio culturale che ha trovato conferma nella decisione del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, nel 2009, di nominare un esperto indipendente nel campo dei diritti culturali, il cui mandato è stato trasformato in quello di *Special Rapporteur* a partire dal 2012⁴. Negli ultimi decenni, è stato sviluppato un articolato corpo di strumenti di diritto internazionale per disciplinare la protezione del patrimonio culturale, tali strumenti sono caratterizzati dalla progressiva affermazione di un approccio al patrimonio culturale basato sui diritti umani. Si tratta di un processo di 'cross-fertilization' tra diritto internazionale in materia di patrimonio culturale e di diritti umani che è stato oggetto di una estesa dottrina⁵ e trova riscontro in numerosi *fora* internazionali, *in primis*, l'attività del Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite e il lavoro degli *Special Rapporteur* da questo nominati⁶. Le questioni relative ai diritti umani legate al patrimonio culturale sono numerose; includono domande su chi definisce cosa sia il patrimonio culturale e il suo significato; quale patrimonio culturale meriti protezione; sulla misura in cui gli individui e le comunità partecipano all'interpretazione e alla conservazione del patrimonio culturale e sulle modalità di accesso e godimento dello stesso; su come risolvere i conflitti tra interessi contrastanti. L'esperta indipendente nominata dal Consiglio sul tema dei diritti culturali (divenuta *Special Rapporteur* sul tema a partire dal 2012) ha affermato, in un Rapporto del 2011, che "c'è stato un passaggio dalla conservazione/salvaguardia del patrimonio culturale in quanto tale, basata sul suo eccezionale valore per l'umanità, alla protezione del patrimonio culturale in quanto valore cruciale per gli individui e le comunità in relazione alla loro identità culturale." ... (*omissis*). In generale, più recente è lo strumento, più forte è il legame con i diritti degli individui e delle comunità"⁷.

³ UN HRC, *Resolution 10/23. Independent expert in the field of cultural rights*, Human Rights Council Tenth Session, 26/03/2009 (A/HRC/RES/10/23).

⁴ Si veda la pagina <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-cultural-rights/about-mandate>.

⁵ Si veda, *inter alia*, A. VRDOLJAK, *The Cultural Dimension of Human Rights*, 2013, Oxford University Press; F. FRANCONI, "The Human Dimension of International Cultural Heritage Law: An Introduction", *The European Journal of International Law*, 2011, Vol. 22(1), pp. 9 ss.; A. MILLIGAN, "Targeting Cultural Property: The Role of International Law", *Journal of Public & International Affairs*, 2008, Vol. 19, p. 91 ss.; T. SCOVAZZI, J. NAFZIGER (a cura di) *The Cultural Heritage of Mankind*, 2008, Martinus Nijhoff Publishers; M. FREEMAN, *Human Rights*, 2022, Polity Publishing; AAVV, *International Law Association Committee on Participation in Global Cultural Heritage Governance - Final Report (2022)*, 16.09.2022. Disponibile su: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4220401>.

⁶ Si veda, in particolare, UNGA, HRC, *Report of the independent ... (A/HRC/17/38) cit.* sul diritto di accesso e di godimento del patrimonio culturale, in cui la Relatrice Speciale sottolinea che il patrimonio culturale è importante non solo in sé ma anche in relazione alla sua dimensione umana, in particolare al suo significato per gli individui e le comunità in termini di identità e processi di sviluppo. Come illustrato nel rapporto, il diritto di accesso e di godimento del patrimonio culturale trova la sua base giuridica in diverse norme sui diritti umani. Al fine di promuovere un approccio basato sui diritti umani alle questioni relative al patrimonio culturale, il Rapporto comprende una serie di raccomandazioni rivolte agli Stati, ai professionisti che lavorano nel campo del patrimonio culturale e alle istituzioni culturali, ai ricercatori e alle industrie del turismo e dell'intrattenimento.

⁷ *Ibidem*, para. 20.

Gli strumenti internazionali adottati nell'ambito dell'UNESCO mostrano chiaramente questa evoluzione. Si tratta di strumenti di natura vincolante o meno che coprono un'ampia gamma di aspetti legati al patrimonio culturale, dalla sua protezione durante i conflitti armati, al divieto di circolazione illecita di oggetti culturali, dalla protezione del patrimonio subacqueo, alla valorizzazione del patrimonio intangibile. Mentre la Convenzione dell'Aja del 1954 e la Convenzione UNESCO del 1972 già riconoscono in termini generali l'importanza del patrimonio culturale per il genere umano, la Dichiarazione dell'UNESCO sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale, del 2003, afferma esplicitamente nel preambolo che "il patrimonio culturale è una componente importante dell'identità culturale delle comunità, gruppi ed individui, e della coesione sociale, per cui la sua distruzione intenzionale può avere delle conseguenze che possono essere pregiudizievoli sulla dignità umana e sui diritti dell'uomo". Al successivo articolo IX, gli Stati riconoscono, poi, che altre norme internazionali in materia di diritti umani e diritto internazionale umanitario possono essere violate in conseguenza della distruzione intenzionale del patrimonio culturale⁸. Analogamente, la Convenzione UNESCO del 2003 nel definire il concetto di "patrimonio culturale intangibile", analizzato nel capitolo precedente, sottolinea che esso è oggetto di protezione esclusivamente "nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile". Altre disposizioni della Convenzione evidenziano il legame con la tutela dei diritti umani, quali quelle relative alla partecipazione di individui e comunità alla individuazione degli elementi del patrimonio culturale immateriale presenti sul territorio (articolo 11), nonché alla attuazione delle attività e misure di salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, al fine di coinvolgerli attivamente nella sua gestione (articolo 15).

Questa prospettiva acquisisce particolare importanza negli strumenti sulla diversità culturale. La Dichiarazione universale sulla diversità culturale, del 2001, sottolinea, come si è visto nel capitolo precedente, che i beni e i servizi culturali, in quanto vettori di identità, valori e significati, non devono essere trattati come semplici merci o beni di consumo. Nella medesima prospettiva, si pone la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (2005) che affronta l'impatto della globalizzazione e delle regole internazionali in tema di libero scambio sulla diversità delle espressioni culturali attraverso le quali il patrimonio culturale viene espresso, incrementato e trasmesso. Essa stabilisce il "principio di accesso equo", secondo il quale l'equo accesso a un ventaglio ampio ed eterogeneo di espressioni culturali provenienti dal mondo intero e l'accesso delle culture ai mezzi di espressione e di diffusione costituiscono elementi importanti per valorizzare la diversità culturale e incentivare la comprensione reciproca.

Sul piano regionale, è degna di nota la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società. La Convenzione di Faro si basa sull'idea che la conoscenza e l'uso del patrimonio culturale facciano parte

⁸ UNESCO, *Distruzione intenzionale del patrimonio culturale*, Dichiarazione adottata alla 32a sessione della Conferenza generale dell'UNESCO, Parigi 17 ottobre 2003. Disponibile su: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000133171.page=68>. Si veda T. SCOVAZZI, "La Dichiarazione sulla distruzione intenzionale del patrimonio culturale" in *Rivista Giuridica dell'ambiente*, 2006, Vol. 21, 3/4, pp. 551-561; M. D'ADDETTA, "The Right of Access to and enjoyment of cultural heritage" in S. PINTON, L. ZAGATO (a cura di), *Cultural Heritage Scenarios cit.*, pp. 469-483.

del diritto dei cittadini di partecipare alla vita culturale, sancito dalla Dichiarazione universale dei diritti umani (articolo 27) e garantito dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (articolo 15)⁹. Il testo presenta il patrimonio culturale sia come risorsa per lo sviluppo umano, la valorizzazione della diversità culturale e la promozione del dialogo interculturale, sia come parte di un modello di sviluppo economico basato sui principi dell'uso sostenibile delle risorse.

Il carattere evolutivo e la pluralità di significati dei concetti di cultura e di patrimonio culturale rappresentano una sfida persistente per la concettualizzazione dei diritti culturali. La Relatrice Speciale sui diritti culturali, Farida Shaheed, ha esaminato la questione nel suo primo rapporto tematico, presentato al Consiglio dei diritti umani nel giugno 2010, riguardante quali diritti umani possono essere considerati culturali e come definire ulteriormente il loro contenuto¹⁰. Partendo dall'analisi di numerosi strumenti internazionali e studi, il Rapporto sottolinea che i diritti culturali tutelano il diritto di ogni persona, individualmente e in comunità con altre, nonché di gruppi di persone, e riguardano un'ampia gamma di questioni: l'espressione e la creazione, anche in diverse forme d'arte materiali e non materiali; l'informazione e la comunicazione; la lingua; l'identità e l'appartenenza a comunità multiple, diverse e in evoluzione; lo sviluppo di specifiche visioni del mondo e il perseguimento di specifici modi di vita; l'istruzione e la formazione; l'accesso, il contributo e la partecipazione alla vita culturale; lo svolgimento di pratiche culturali e l'accesso al patrimonio culturale materiale e immateriale.

Sebbene l'unico trattato internazionale in materia di diritti umani a fare riferimento ai "diritti culturali" nel titolo è il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite (PIDESC), i riferimenti espliciti e impliciti ai diritti culturali possono essere trovati in numerosi strumenti internazionali e nella prassi dei meccanismi per i diritti umani. La Relatrice Speciale individua in particolare:

- Il diritto di prendere parte o partecipare alla vita culturale, ampiamente riconosciuto in numerosi strumenti internazionali, in particolare nell'articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani e nell'articolo 15, paragrafo 1 (a) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali;
- Il diritto di godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni, sancito dall'articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dall'articolo 15, paragrafo 1 (b), del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali;
- Il diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica, letteraria o artistica di cui una persona sia autrice, sancito dall'articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dall'articolo 15, paragrafo 1 (c), del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali;
- La libertà indispensabile per la ricerca scientifica e l'attività creativa, sancita dall'articolo 15, paragrafo 3, del Patto internazionale sui diritti economici, so-

⁹ Articolo 1 (Obiettivi della Convenzione): "Le Parti della presente Convenzione convengono di: a) riconoscere che i diritti relativi al patrimonio culturale sono inerenti al diritto di partecipare alla vita culturale, come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; ...".

¹⁰ HRC, *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, 22.03.2010, (A/HRC/14/36)*.

ciali e culturali. In relazione al quale, assume rilevanza l'articolo 19, paragrafo 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che riconosce che il diritto alla libertà di espressione e tutela la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni tipo, senza riguardo per le frontiere, oralmente, per iscritto o a mezzo stampa, sotto forma di arte o attraverso qualsiasi altro mezzo di comunicazione di propria scelta;

- Il diritto all'istruzione, sancito da numerosi strumenti internazionali, in particolare dagli articoli 13 e 14 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e dagli articoli 28 e 29 della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

Numerosi riferimenti ai diritti culturali si trovano, poi, nelle disposizioni e negli strumenti relativi alle minoranze e alle popolazioni indigene, in particolare, nell'articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (*International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR*)¹¹, nella Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche¹², nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni¹³, nella Convenzione sui popoli indigeni e tribali nei Paesi indipendenti della Organizzazione internazionale del lavoro (ILO-International Labour Organization)¹⁴. Si tratta disposizioni che fanno riferimento alle nozioni di cultura, identità culturale o pratiche culturali, e riguardano questioni importanti come l'identità, la lingua, i sistemi di credenze, le tradizioni e i costumi, la partecipazione alla vita culturale, l'istruzione, prevedendo diritti speciali riconosciuti alle minoranze e ai popoli indigeni, per consentire loro di preservare la propria identità. E' importante, infine, ricordare le convenzioni specializzate delle Nazioni Unite sui diritti umani che garantiscono il diritto di partecipare alla vita culturale senza discriminazioni alle specifiche categorie di persone che proteggono: la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (ICERD, articolo 5, lettera e), punto iv); la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW, articolo 13, lettera c)); la Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC, articolo 31, paragrafo 2); la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (ICRMW, articolo 43, paragrafo 1, lettera g), articolo 45, paragrafo 1 (d) e articolo 31) e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CPRD, articolo 30, paragrafo 1).

A livello regionale, il diritto di partecipare alla vita culturale o artistica della comunità è riconosciuto dalla Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (articolo 13) e dall'articolo 14 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione americana sui diritti umani nel campo dei diritti economici, sociali e culturali. È, inoltre, proclamato dalla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (articolo 17.2) e nella Dichiarazione dei diritti umani dell'ASEAN, del 2012 (articolo 32). La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), invece, non contiene alcuna

¹¹ L'articolo 27 dell'ICCPR prevede che "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language".

¹² UNGA, *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 18.12.1992, Resolution 47/135.

¹³ UNGA, *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP)*, 13.09.2007, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 53 (A/61/53). La Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni contiene, *inter alia*, importanti riferimenti ai diritti alla terra, con stretti legami con i diritti culturali (art. 26).

¹⁴ ILO, *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* C169, 27.06.1989.

disposizione simile; mentre la Carta sociale europea, riveduta, menziona solo l'obbligo degli Stati di adottare misure per consentire alle persone con disabilità di accedere alle attività culturali (articolo 15, paragrafo 3) e alle persone anziane di svolgere un ruolo attivo nella vita culturale (articolo 23). La Convenzione interamericana sulla protezione dei diritti umani delle persone anziane, del 2015, garantisce più in generale "il diritto alla cultura" (articolo 21).

Un'importante base giuridica per il riconoscimento e la tutela dei diritti culturali è il principio di non discriminazione, sancito da un gran numero di strumenti giuridici internazionali, in relazione al quale, è importante ricordare che il godimento dei diritti e delle libertà su un piano di parità non significa un trattamento identico in ogni caso ma consente, anzi richiede, gli adattamenti necessari per rispettare e facilitare l'espressione delle varie identità culturali.

Il presente capitolo si concentra su due dei diritti riconosciuti dall'articolo 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani (DUDU) e dall'articolo 15 del PIDESC, analizzando il contenuto e la portata del diritto di partecipare alla vita culturale (paragrafo 2.2) e il diritto degli autori alla protezione dei loro interessi morali e materiali (paragrafo 2.3). La prospettiva di analisi adottata mira ad approfondire la natura complessa di questi diritti, il ruolo delle ICT nella loro evoluzione e, infine, le interazioni e tensioni tra loro (paragrafo 2.4). Il ruolo delle ICT sarà approfondito anche con specifico riferimento agli effetti della recente pandemia di Covid 19 (paragrafo 2.5).

2.2. Il diritto di partecipare alla vita culturale

Il diritto di partecipare alla vita culturale è sancito in numerosi strumenti internazionali per la tutela dei diritti umani, in primo luogo, l'articolo 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, secondo il quale "Ogni individuo ha diritto a prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici". Tale diritto è, poi, ripreso nel Patto Internazionale sui diritti economici sociali e culturali¹⁵, del 1966, attraverso il quale in cui i principi espressi nella DUDU hanno acquisito forza vincolante. Ai sensi dell'articolo 15 paragrafo 1 lett. a) del Patto, gli Stati riconoscono "il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale"¹⁶.

Questa disposizione rappresenta il punto di partenza del percorso che ha portato al superamento dell'idea secondo cui la vita culturale è monopolio di una ristretta cerchia di persone, garantendo il diritto di ogni individuo di accedere alla cultura. Allo stesso tempo, come si approfondirà nei paragrafi successivi, essa pone in evidenza il carattere articolato e complesso dei diritti culturali, caratterizzati da una dualità, che include il diritto di partecipare alla vita culturale e il diritto a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni, da un lato, e il diritto alla

¹⁵ Il Patto è stato recepito nell'ordinamento italiano con la Legge di ratifica n. 881 del 25.10.1977.

¹⁶ Art. 15 ICESCR: "Gli Stati Parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a) di partecipare alla vita culturale; b) di godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni; c) di godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore". I successivi paragrafi della disposizione in parola (da 2 a 4) forniscono chiarimenti su ciò che il riconoscimento di questi diritti implica per gli Stati contraenti: "2. Le misure che gli Stati contraenti del presente Patto devono adottare per conseguire la piena realizzazione di questo diritto comprendono quelle necessarie per la conservazione, lo sviluppo e la diffusione della scienza e della cultura. 3. Gli Stati contraenti del presente Patto si impegnano a rispettare la libertà indispensabile per la ricerca scientifica e l'attività creativa. 4. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono i benefici che possono derivare dall'incoraggiamento e dallo sviluppo dei contatti internazionali e della cooperazione in campo scientifico e culturale".

tutela degli interessi materiali a morali derivanti dalle opere scientifiche, letterarie e artistiche dall'altro. Al fine di analizzare l'interazione e le tensioni tra questi diritti, è opportuno partire dall'analisi del processo di affermazione ed evoluzione del diritto di ogni individuo di partecipare alla vita culturale e di definizione degli obblighi cui le autorità governative, ma anche tutti i membri della società civile (individui, gruppi, comunità, minoranze), sono soggetti al fine di dare piena attuazione a questo diritto.

Un ruolo fondamentale in questo processo è stato (ed è tuttora) svolto dagli organi internazionali per la tutela dei diritti umani delle Nazioni Unite, in particolare, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali del PIDESC e i Relatori Speciali sui diritti culturali del Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite¹⁷.

2.2.1. *Il contenuto del diritto: i diritti di partecipazione alla vita culturale*

Uno degli strumenti interpretativi principali del diritto di partecipare alla vita culturale è rappresentato dal *General Comment n. 21*¹⁸ del Comitato del PIDESC¹⁹, il quale, dopo aver analizzato il concetto di "vita culturale"²⁰, approfondisce il significato dell'espressione "prendere parte" o "partecipare", individuando tre componenti del diritto; a ciascuna di tali componenti sono riconducibili una pluralità di diritti (par. 15). La prima componente è la "partecipazione", intesa come diritto di ogni individuo di identificarsi o meno nelle comunità culturali e di partecipare o meno ai processi di sviluppo culturale; essa include, pertanto, diritti quali quello di scegliere la propria identità culturale e di cambiare la propria scelta, di esercitare le proprie pratiche culturali, di partecipare alla vita politica, di esprimersi nella lingua di propria scelta, di ricercare e sviluppare conoscenze ed espressioni culturali e di condividerle con gli altri e di esercitare la propria creatività e prendere parte ad attività creative. La seconda componente, "l'accesso", è intesa come il diritto di ciascuno di conoscere e comprendere la propria cultura e quella altrui attraverso l'informazione e l'educazione; essa include diritti quali il diritto a una educazione adeguata e pertinente che tenga conto della propria identità culturale, il diritto apprendere forme di espressione e disseminazione attraverso qualsiasi mezzo tecnologico di informazione e comunicazione, il diritto di seguire uno stile di vita che implichi l'utilizzo di beni e risorse culturali quali la terra, l'acqua, la biodiversità, la lingua o specifiche istituzioni, e il diritto di fruire e beneficiare del patrimonio culturale e della creatività dei singoli e delle comunità. L'ultima componente è quella del "contributo" alla vita culturale, che esprime diritto di ognuno di prendere parte allo sviluppo culturale della società cui appartiene e include il diritto di impegnarsi nei processi creativi di espressione spirituale, materiale, intellettuale ed emozionale della comunità e il diritto di partecipare alla definizione, elaborazione e attuazione delle politiche e delle decisioni che incidono sull'esercizio dei diritti culturali.

¹⁷ I rapporti adottati negli anni sono disponibili su: <https://www.ohchr.org/en/issues/culturalrights/pages/srulturalrightsindex.aspx>

¹⁸ *General Comment n. 21 "Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)", 21.12.2009, (E/C.12/GC/21)*. Il *General Comment* è uno strumento di interpretazione autentica utilizzato per supportare gli Stati nella piena e corretta protezione e promozione dei diritti sanciti nel Patto.

¹⁹ A differenza di quanto avvenuto per il Comitato sui diritti civili e politici, istituito con l'atto di approvazione del Patto Internazionale sui diritti civili e politici, la nascita del Comitato non è stata contestuale all'adozione del ICESCR. Solo nel 1985, il Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) decise di istituire il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (CESC), composto da 18 esperti indipendenti incaricati di monitorare l'implementazione del Patto da parte degli Stati nonché di analizzare i rapporti periodici che questi sono tenuti a redigere ed inviare ai sensi della parte IV del PIDESC.

²⁰ Si veda in proposito il Capitolo 1.

Il diritto di partecipare alla vita culturale è, dunque, un diritto dal contenuto complesso e articolato. I diritti ricondotti dal Comitato alle tre componenti della partecipazione, dell'accesso e del contributo alla vita culturale, derivano direttamente dal diritto di partecipare alla vita culturale e rappresentano, in sostanza, singoli diritti necessari alla sua piena attuazione. Un ruolo di primo piano è riconosciuto al diritto di scegliere la propria identità culturale che emerge come il fondamento del diritto di partecipare alla vita culturale, articolato in tutti i diritti culturali individuati. Nella interazione delle componenti individuate (partecipazione, accesso e contributo) emerge la funzione creativa ed evolutiva del diritto di partecipare alla vita culturale rispetto al patrimonio culturale, il quale svolge una funzione 'educativa', volta alla conoscenza del patrimonio per la formazione dell'identità dell'individuo e alla sua conseguente partecipazione attiva alla vita sociale e culturale, e una funzione di 'testimonianza', da preservare per il futuro a beneficio della collettività. La tutela del patrimonio culturale si pone, quindi, come condizione e conseguenza del pieno godimento del diritto in parola, caratterizzato da una dimensione passiva e una attiva, dinamicamente connesse tra loro. Da un lato, vi è un momento di conoscenza, attraverso attività volte alla ricerca, all'informazione, all'educazione, allo scambio, che consentono all'individuo di appropriarsi del patrimonio che ha ricevuto in eredità come parte della sua identità; dall'altro, un momento di partecipazione attiva, attraverso attività, anche creative, che consentono all'individuo di prendere parte alla conservazione, all'espressione, alla evoluzione del patrimonio culturale e di sviluppare la propria identità culturale²¹.

Individuate le tre componenti del diritto, il Comitato approfondisce le condizioni che sono necessarie alla sua piena realizzazione, utilizzando il cd. "schema delle quattro A": "*availability, accessibility, acceptability and adaptability*"²². Per "disponibilità" (*availability*) si intende la presenza di beni e servizi culturali di cui tutti possono godere e beneficiare; essa comprende biblioteche, musei, teatri, cinema e stadi sportivi, la letteratura e le arti in tutte le forme, spazi aperti condivisi per l'interazione culturale, le risorse della natura (come mari, laghi, fiumi, montagne, foreste e riserve naturali), i beni culturali immateriali (come lingue, costumi, tradizioni, credenze, conoscenze e storia) e i valori che costituiscono l'identità e contribuiscono alla diversità culturale di individui e comunità. In questo ambito, il Comitato attribuisce particolare valore al legame interculturale che nasce quando gruppi, minoranze e comunità diverse possono condividere liberamente lo stesso territorio.

Il concetto di "accessibilità" (*accessibility*) fa riferimento alle opportunità, effettive e concrete, di godere appieno della cultura, che siano alla portata fisica e finanziaria di tutti, senza discriminazioni. È essenziale, a questo proposito, che sia previsto e facilitato l'accesso ad alcune categorie di soggetti maggiormente vulnerabili, quali ad esempio le persone anziane e le persone con disabilità o le persone che vivono in condizioni di povertà. Il concetto di accesso al

²¹ Si veda in proposito L. BERSANI, "La dimensione umana del Patrimonio culturale nel diritto internazionale: identità e diritti culturali", in *La Comunità internazionale*, 1/2015, pp. 37-58, pagg. 47 e 51; M. FERRI, L'evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e del concetto di diritti culturali nel diritto internazionale, in *La Comunità internazionale*, 2/2014, pp. 211-236.

²² L'accesso fa parte del cosiddetto schema delle 4A, composto da quattro elementi: "*availability, accessibility, acceptability and adaptability*". Lo schema è stato elaborato dalla Relatrice Speciale sul diritto all'istruzione, Katarina Tomasevski (E/CN.4/1999/49).

patrimonio culturale è stato sviluppato specificamente dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, il quale ha chiarito che esso deve essere garantito in diverse dimensioni: l'accesso 'fisico' al patrimonio culturale, che può essere integrato dall'accesso attraverso le tecnologie dell'informazione; l'accesso 'economico', che implica che l'accesso dovrebbe essere alla portata economica di tutti; l'accesso 'alle informazioni', che si riferisce al diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni sul patrimonio culturale, senza frontiere, e all'accessibilità dei mezzi di informazione e diffusione; e l'accesso 'alle procedure' decisionali e di monitoraggio, comprese le procedure e i mezzi di ricorso amministrativi e giudiziari. Il concetto di accesso è stato approfondito anche dalla Esperta Indipendente sui diritti culturali del Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite. Nel suo Rapporto sul diritto di accesso e godimento del patrimonio culturale²³, l'Esperta sottolinea che possono essere riconosciuti diversi gradi di accesso e fruizione, tenendo conto dei diversi interessi di individui e gruppi, che nascono dal loro rapporto con specifici patrimoni culturali. Il rapporto distingue tra: gli originatori o "comunità di origine", comunità che si considerano custodi/proprietari di uno specifico patrimonio culturale, persone che mantengono in vita il patrimonio culturale e/o se ne assumono la responsabilità; individui e comunità che considerano il patrimonio culturale in questione parte integrante della vita della comunità, ma possono non essere attivamente coinvolti nella sua manutenzione; scienziati e artisti; e il pubblico in generale che accede al patrimonio culturale di altri. Questa distinzione ha importanti implicazioni, in particolare quando si tratta di stabilire procedure di consultazione e partecipazione che dovrebbero garantire, in particolare, il coinvolgimento attivo delle fonti e delle comunità locali²⁴. La possibilità di accedere in modo attivo al patrimonio culturale, oltre ad essere funzionale a fini informativi ed educativi, costituisce, infatti, espressione dello stile di vita di una comunità e consente al patrimonio culturale di svolgere la sua essenziale funzione di legame tra passato e futuro.

La condizione della "accettabilità" (*acceptability*) implica che le leggi, le politiche, le strategie, i programmi e le misure adottate dallo Stato parte per il godimento dei diritti culturali siano formulate e attuate in modo tale da essere accettabili per gli individui e le comunità coinvolte. A questo proposito, dovrebbero essere tenute consultazioni con gli individui e le comunità interessate circa le misure per proteggere la diversità culturale.

Il concetto di "adattabilità" (*adaptability*) si riferisce, invece, alla flessibilità e alla pertinenza delle strategie, delle politiche, dei programmi e delle misure adottate dallo Stato in qualsiasi ambito della vita culturale, che devono essere rispettose della diversità culturale degli individui e delle comunità. Infine, il requisito della "adeguatezza" (*appropriateness*) sta ad indicare che la realizzazione del diritto deve essere adeguata rispetto al contesto in cui avviene, dunque, rispettosa della cultura e dei diritti culturali degli individui e delle comunità, comprese le minoranze e le popolazioni indigene.

²³ UN HRC, *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Farida Shaheed*, 21.03.2011, (A/HCR/17/38), il rapporto analizza la misura in cui il diritto di accesso e di godimento del patrimonio culturale fa parte del diritto internazionale dei diritti umani.

²⁴ *Ibidem*, paragrafi 62-63.

Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha fatto riferimento, in molti casi, alla nozione di adeguatezza culturale e di accettabilità in relazione ad altri diritti quali il diritto all'alimentazione, alla salute, all'acqua, alla casa e all'istruzione.

2.2.2. Gli obblighi delle autorità pubbliche

Gli obblighi gravanti sulle autorità governative al fine dell'attuazione del diritto di partecipare alla vita culturale sono di diversa tipologia, in ragione della natura e delle diverse componenti del diritto. Questo diritto viene considerato tradizionalmente una libertà; esso implica, dunque, in primo luogo, obblighi negativi a carico delle autorità pubbliche, ossia obblighi di astensione, di non interferenza con l'esercizio delle pratiche culturali e con l'accesso a beni e servizi culturali. Accanto a tali obblighi, tuttavia, il diritto di prendere parte alla vita culturale implica anche l'adozione di misure positive: gli Stati sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie per garantire il godimento effettivo del diritto, attraverso normative, politiche e strumenti volti a facilitare e migliorare l'accessibilità dei beni culturali e la partecipazione alla vita culturale²⁵. In considerazione del fatto che la piena realizzazione di questo diritto richiede azioni positive e, dunque, risorse economiche, il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali riconosce agli Stati un margine di apprezzamento più ampio e la possibilità di attuare delle misure progressive, che devono tuttavia essere tese a un miglioramento continuo. Nel *General Comment* n. 21, il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali incoraggia gli Stati "a utilizzare al meglio le preziose risorse culturali che ogni società possiede e a metterle alla portata di tutti, prestando particolare attenzione agli individui e ai gruppi più svantaggiati ed emarginati, al fine di garantire che tutti abbiano accesso effettivo alla vita culturale"²⁶. Nell'attuazione del diritto, gli Stati sono, inoltre, espressamente incoraggiati ad andare oltre gli aspetti materiali della cultura (musei, biblioteche, teatri, cinema, monumenti) e ad adottare politiche, programmi e misure proattive che promuovano l'effettivo accesso ai beni culturali immateriali (come lingua, conoscenza e tradizioni).

Nel descrivere l'insieme degli obblighi che gli Stati parti devono rispettare, il Comitato fa riferimento alla classica ripartizione in tre tipologie: obblighi di rispettare (*to respect*), obblighi di proteggere (*to protect*) e obblighi di adempiere (*to fulfil*). Esso non si limita a dare una definizione delle differenti categorie di obblighi, ma ne approfondisce il contenuto, dando indicazioni dettagliate sulle misure che lo Stato deve porre in essere al fine del pieno e corretto adempimento.

L'obbligo di "rispettare", tradizionalmente si caratterizza per essere un obbligo di contenuto negativo (di astensione): richiede che gli Stati parte si astengano dall'interferire, direttamente o indirettamente, con il godimento del diritto di partecipare alla vita culturale. Secondo il Comitato, in questo contesto, esso assume, tuttavia, anche un contenuto positivo; esso richiede l'adozione di misure specifiche volte a conseguire il rispetto del diritto di ciascuno, individualmente o in associazione con altri o all'interno di una comunità o di un gruppo. L'adempimento dell'obbligo di rispettare comporta, pertanto, che lo Stato adotti le misure necessarie a garantire la realizzazione dei diritti identificati, tra cui il diritto di ognuno a scegliere la propria

²⁵ Si veda R. O'Keefe, *Cultural life, Right to Participate in, International Protection cit.*, para. 8.

²⁶ *General Comment No. 21 cit.*, para. 68.

identità culturale, il diritto a creare senza incorrere nella censura, il diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni, idee ed espressioni artistiche e alla libertà di opinione e di espressione nella lingua scelta.

L'obbligo di "proteggere" è inteso come l'obbligo per gli Stati di adottare misure volte a impedire a terzi di interferire nell'esercizio dei diritti identificati in precedenza come componenti del diritto di partecipare alla vita culturale. Gli Stati sono tenuti a rispettare e proteggere il patrimonio culturale in tutte le sue forme, con particolare riguardo a quello degli individui e dei gruppi svantaggiati e marginalizzati. Tale obbligo richiede, inoltre, l'adozione e l'entrata in vigore di una legislazione che proibisca la discriminazione per diversità culturale.

L'obbligo di "adempiere" impone agli Stati parte di adottare misure di natura legislativa, amministrativa, giudiziaria, finanziaria e promozionale che siano adeguate alla piena realizzazione del diritto di partecipare alla vita culturale. Tale obbligo si articola, a sua volta, in tre sottocategorie di obblighi. In primo luogo, gli Stati parte hanno l'obbligo di "facilitare" (*facilitate*) il diritto di tutti a partecipare alla vita culturale, adottando un'ampia gamma di misure positive che contribuiscano alla realizzazione di questo diritto, comprese quelle finanziarie, come il supporto economico ad artisti, organizzazioni pubbliche e private e associazioni culturali impegnate in attività scientifiche e creative, o la promozione del diritto di associazione delle minoranze culturali e linguistiche per lo sviluppo dei loro diritti culturali. L'obbligo di "promuovere" (*promote*) impone agli Stati parte di adottare misure efficaci per garantire un'adeguata educazione e sensibilizzazione del pubblico sul diritto a partecipare alla vita culturale, in particolare nelle aree rurali e urbane svantaggiate, o in relazione alla situazione specifica delle minoranze e delle popolazioni indigene. Infine, l'obbligo di assicurare l'esercizio (*provide*) prevede che gli Stati parte assicurino tutto ciò che è necessario per l'adempimento del diritto a partecipare alla vita culturale quando gli individui o le comunità non sono in grado di realizzare da soli questo diritto con i mezzi a loro disposizione, per ragioni al di fuori del loro controllo. In sostanza, le autorità pubbliche sono tenute a rimuovere gli ostacoli alla piena realizzazione del diritto di partecipare alla vita culturale, ad esempio, con misure volte a migliorare la partecipazione degli individui ai processi decisionali o a includere l'educazione artistica e culturale nei programmi scolastici. Il Comitato parla, in questo caso, di misure volte ad ottenere un "*empowerment culturale inclusivo*²⁷", ossia a ridurre le disuguaglianze in modo che ognuno possa beneficiare dei valori della propria cultura, nel quadro di una società democratica.

2.2.3. Limitazioni al diritto di partecipare alla vita culturale e bilanciamento con altri diritti: il ruolo delle ICT

Queste riflessioni introducono il tema delle possibili limitazioni al diritto di partecipare alla vita culturale e al suo godimento, e alla connessa questione del bilanciamento tra il godimento di questo diritto e di altri diritti umani riconosciuti dagli strumenti internazionali. Come la maggior parte degli altri diritti umani, i diritti culturali non sono diritti assoluti. Nel bilanciamento dei diritti culturali con altri diritti o interessi, è necessario ricordare, in primo luogo, che i diritti culturali non possono prevalere sui diritti assoluti, tra cui il divieto di tortura e altre forme di maltratta-

²⁷ *Ibidem*, para 69.

mento, schiavitù e genocidio. In questa ottica, ribadito il primo rapporto²⁸ della terza Relatrice Speciale nel campo dei diritti culturali, Alexandra Xanthaki, ribadisce che le pratiche culturali che costituiscono tortura e altre forme di maltrattamento o schiavitù devono essere sradicate; qualsiasi violenza, comprese le pratiche tradizionali dannose e le pratiche coercitive di lavoro dei lavoratori migranti o degli individui indigeni, costituisce una violazione dei diritti umani, indipendentemente dalla sua origine. In secondo luogo, in attuazione delle regole generali stabilite in tutti gli strumenti per la tutela dei diritti umani, qualsiasi bilanciamento tra diritti culturali e diritti diversi da quelli assoluti, o altri interessi, deve rispettare i criteri di legalità, legittimità e proporzionalità. Nell'attività di esame delle comunicazioni sottoposte alla sua valutazione, il Comitato per i diritti umani ricorda costantemente che, al fine della prevalenza di un diritto sull'altro, è obbligatoria l'esistenza di una giustificazione ragionevole e oggettiva, la coerenza con gli strumenti in materia di diritti umani, la necessità della restrizione e la sua proporzionalità. La limitazione completa di un diritto culturale (o di un altro diritto), per la piena realizzazione di un diritto concorrente si tradurrebbe, nella maggior parte dei casi, in una violazione del criterio di necessità²⁹.

Le questioni legate al bilanciamento tra i diritti rivestono una particolare importanza nell'ambito dei diritti culturali. A tale riguardo, l'Esperta Indipendente sui diritti culturali delle Nazioni Unite ha sottolineato come taluni strumenti internazionali prevedano espressamente che alcune pratiche contrarie ai diritti umani non possono essere giustificate dall'esercizio dei diritti culturali³⁰. Nel 2018, in occasione del 70° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti umani, la Relatrice Speciale, Karima Bennouna, ha dedicato il Rapporto presentato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite proprio all'approccio dei diritti culturali all'universalità dei diritti umani e alla stretta relazione tra universalità dei diritti umani e diversità culturale. La Relatrice Speciale ha analizzato diversi tipi di minacce al sistema dei diritti umani e alla diversità culturale, focalizzando l'attenzione su alcuni argomenti relativisti culturali e sugli approcci selettivi all'universalità, che escludono alcuni diritti o alcune persone o gruppi, e riconoscono solo i diritti civili e politici oppure i diritti economici, sociali e culturali come veri e propri diritti umani. Pur evidenziando l'abuso di argomenti culturali per giustificare le violazioni dei diritti umani, la Relatrice Speciale argomenta come la diversità culturale e i diritti culturali contribuiscano a rafforzare il quadro universale dei diritti umani; alla luce dell'analisi svolta, ella chiede uno sforzo di rinnovamento fondativo e una difesa vigorosa dell'universalità che si basi sulla diversità culturale³¹.

²⁸ UNGA HRC, *Cultural rights: an empowering agenda*. Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Alexandra Xanthaki, 22.03.2022, A/HRC/49/54. Nel rapporto, la Relatrice speciale sottolinea la natura positiva della cultura per l'individuo e la forza potenziante dei diritti culturali; in questa prospettiva, individua, poi, un elenco preliminare di questioni che meritano maggiore attenzione e che intende affrontare durante il suo mandato.

²⁹ 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)*, para. 21.

³⁰ UN HRC, *Report of the independent expert ... A/HCR/17/38, cit.* L'Esperta richiama la Convenzione sul patrimonio culturale immateriale, il cui articolo 2 para. 1 afferma che, ai fini della Convenzione, "si terrà conto di tale patrimonio culturale immateriale unicamente nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile", art. 2, par. 1.

³¹ UNGA, HRC, *Universality, cultural diversity and cultural rights*, Report prepared by the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Karima Bennouna, 25.11.2018, (A/73/227).

Nell'ambito delle tematiche approfondite nel presente volume, acquisiscono rilevanza alcune ipotesi specifiche di interazione e potenziale conflitto tra i diritti di partecipare alla vita culturale e altri diritti umani. Una questione emersa con forza negli anni è quella legata alla dimensione complessa e ambivalente del patrimonio culturale, inteso come elemento fondamentale per la dignità e l'autonomia di ogni essere umano ma anche come risorsa su cui si basa la cd. 'economia della conoscenza'. In questa prospettiva, il rischio di illecite restrizioni all'esercizio del diritto di partecipare alla vita culturale è stato oggetto dell'attenzione dell'Esperta delle Nazioni Unite in materia di diritti culturali. Fin dai primi anni del suo mandato³², l'Esperta ha rivolto le sue raccomandazioni ai soggetti privati operanti nell'industria del turismo e dell'intrattenimento, esortandoli a tenere nella dovuta considerazione le esigenze e le rimostranze di individui e comunità che ritengono che il loro patrimonio culturale sia stato utilizzato in modo improprio, travisato o sottratto, o che il loro patrimonio culturale sia messo in pericolo dalle attività di tali industrie. In alcuni casi, all'opposto, limitazioni al diritto di prendere parte alla vita culturale possono essere imposte per assicurare la salvaguardia del patrimonio culturale contro danneggiamenti, sparizioni o distruzioni. Ad esempio, gli Stati possono legittimamente regolare l'uso pubblico e l'accesso a uno specifico sito, monumento o manifestazione culturale per scopi di sicurezza o conservazione, o per proteggere il diritto di una comunità di accedere e godere del proprio patrimonio culturale³³. Un criterio di bilanciamento tra il diritto alla protezione e conservazione del patrimonio culturale e il diritto di accesso allo stesso e al suo godimento può essere individuato nel "rispetto della possibilità di trasmissione autentica delle espressioni identitarie costitutive di un determinato patrimonio"³⁴. Tale bilanciamento è necessario e funzionale al pieno ed effettivo godimento di entrambi i diritti nonché alla efficace tutela di tutti gli interessi in gioco.

Un'altra questione di grande rilevanza è, poi, rappresentata dalla esigenza (e dalla difficoltà) di realizzare un bilanciamento tra l'ampliamento dell'accessibilità del patrimonio culturale tramite le ICT, al fine di favorirne la fruizione e di promuovere la partecipazione alla vita culturale, e la tutela degli interessi dei soggetti che sulle 'opere'³⁵ componenti il patrimonio culturale vantano diritti d'autore; tutela che si rivela sempre più complessa in virtù della ormai imponente digitalizzazione dei materiali culturali e della loro pubblicazione tramite internet. In ragione delle caratteristiche, anche di natura economica, dei valori culturali, una delle sfide principali della evoluzione in atto è costituita dall'adozione di sistemi di regolamentazione volti a disciplinare l'accesso e la fruizione ad essi, al fine di evitare gli abusi. L'individuazione di soluzioni idonee a realizzare un equilibrio fra l'accessibilità del patrimonio culturale e il godimento dei diritti culturali, da un lato, e la tutela dei diritti d'autore, dall'altro, rappresenta la condizione necessaria per sostenere le potenzialità di innovazione del settore culturale e innescare quei processi di valorizzazione non solo economica ma anche sociale del patrimonio culturale che sono al centro delle politiche e delle normative adottate, negli ultimi anni, a livello internazionale.

³² UN HRC, *Report of the independent expert in the field of cultural rights ... (A/HRC/17/38) cit.*, para. 80 (i).

³³ *Ibidem* para. 75.

³⁴ L. BERSANI, *op.cit.*, pag. 53-54.

³⁵ Si veda *infra* Capitolo 4, paragrafo 4.2.2.

Le tecnologie dell'informazione e comunicazione sono dotate di uno straordinario potenziale ai fini dell'abbattimento delle barriere alla accessibilità del patrimonio culturale, intesa nella ampia accezione esaminata che comprende non solo l'accesso fisico (ad esempio, con riferimento agli individui con diversa abilità) ma anche l'abbattimento delle barriere di natura economica e l'accesso alle informazioni e ai mezzi di comunicazione. Le ICT, tuttavia, possono rivelarsi strumenti ambivalenti, di inclusione ma anche di esclusione sociale³⁶. L'adozione di un approccio inclusivo fin dalla progettazione, basato su strumenti e procedure che mettono al centro gli utenti, può rappresentare uno strumento di partecipazione culturale, non solo nella misura in cui le ICT consentono un'interazione positiva con l'ambiente circostante ma nella prospettiva di stimolare lo sviluppo e l'adozione di nuove soluzioni e metodi di accessibilità, basati sugli standard internazionali in materia di diritti umani. L'adozione di nuovi paradigmi progettuali e approcci operativi è alla base della filosofia della "Progettazione Universale" promossa dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Nella medesima prospettiva di un nuovo approccio all'accessibilità, il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti culturali, come si è avuto (e si avrà) modo di evidenziare, ha più volte sottolineato l'importanza di garantire l'accesso al patrimonio culturale attraverso sistemi educativi e di informazione adeguati, anche attraverso l'utilizzo delle ICT³⁷.

L'uso delle ICT per l'accesso al patrimonio culturale ha, tuttavia, acuito le tensioni tra le esigenze di tutela del diritto d'autore, da un lato, e di godimento dei diritti culturali, dall'altro. Come si esaminerà in maniera più approfondita nei paragrafi a venire, una delle Relatrici Speciali in materia di diritti culturali ha dedicato particolare attenzione a queste problematiche e ha invitato gli Stati a favorire politiche che assicurino una buona compatibilità tra diritti culturali e normative a tutela del diritto d'autore. Nell'ottica di favorire la fruizione del patrimonio culturale, la partecipazione alla vita culturale e la possibilità di esprimersi attraverso la cultura, è emersa l'esigenza di evitare normative in materia di diritti d'autore eccessivamente restrittive, in particolare, di favorire l'adozione di adeguati standard internazionali nell'ambito delle organizzazioni internazionali competenti³⁸, ma anche di assicurare che gli organi giudiziari e amministrativi competenti in materia di proprietà intellettuale negli ordinamenti nazionali abbiano costantemente riguardo al rispetto degli standard di garanzia dei diritti culturali. In questa prospettiva, strumenti come l'*open access* ai materiali culturali digitali e le licenze cd. "*creative commons*" sono riconosciuti dalla Relatrice Speciale come mezzi preziosi al fine di favorire la partecipazione alla vita culturale³⁹. L'obiettivo è quello di individuare strumenti e approcci innovativi per realizzare un, difficile, bilanciamento tra gli interessi legati alla tutela e allo sfruttamento del diritto d'autore e al godimento dei diritti di partecipazione alla vita culturale.

³⁶ F. BARONI, M. LAZZARI, "Tecnologie informatiche e diritti umani per un nuovo approccio all'accessibilità" in *Italian Journal of Disability Studies*, Settembre 2013, Vol.1, pp. 79-92.

³⁷ Si veda, ad esempio, il citato Rapporto A/HRC/17/38, p. 21, para. (j): "...such access should be ensured through education and information, including by use of modern information and communication technologies".

³⁸ Ci si riferisce, innanzitutto, all'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI) e, ad esempio, alle disposizioni sulle limitazioni ed eccezioni minime necessarie. Si veda *infra*, Capitolo 3.

³⁹ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed. Copyright policy and the right to science and culture*, 24.12.2014, (A/HRC/28/57), para. 77, "In addition to copyright exceptions and limitations, open licensing has emerged as another essential copyright tool for expanding cultural participation". Si veda *infra* paragrafo 2.5.

2.3. I diritti di paternità intellettuale tra diritti umani e regimi di proprietà intellettuale

La relazione tra il regime per la protezione della proprietà intellettuale e quello per la tutela dei diritti umani è un ambito fonte di crescenti interazioni e tensioni sul piano giuridico. Per lungo tempo, l'interazione formale tra questi due sistemi normativi è stata limitata ma tale situazione ha iniziato a mutare via via che entrambi i campi normativi si sono espansi.

Il quadro giuridico internazionale che regola la proprietà intellettuale ha cominciato ad affermarsi all'inizio del XIX secolo, epoca in cui i principali paesi industrializzati non riconoscevano in maniera uniforme un monopolio a tempo limitato per le creazioni innovative. Negli anni, tuttavia, l'idea di riconoscere diritti di natura proprietaria per invenzioni e opere d'autore si è consolidata attraverso una serie di convenzioni specifiche sulla proprietà intellettuale di natura bilaterale, regionale e progressivamente multilaterale. I primi accordi fondamentali sono Stati la Convenzione di Parigi sulla proprietà industriale e la Convenzione di Berna per le opere letterarie e artistiche. La conclusione di queste due grandi convenzioni ha avviato un'era di progressiva espansione degli ambiti tutelati e ha contribuito a delineare un sistema robusto di diritti esclusivi per ogni tipo di bene coperto da proprietà intellettuale. I regimi di proprietà intellettuale rappresentano oggi un settore importante del diritto internazionale.

Come è noto, il termine "proprietà intellettuale" comprende una serie di regimi giuridici distinti che creano diritti di proprietà privata relativi a beni immateriali: regimi giuridici relativi a diritti d'autore, brevetti, marchi, disegni industriali, segreti commerciali, Ciascuno specifico regime giuridico regola una forma di proprietà intellettuale, definendo i tipi di creazioni a cui si applica, le regole per determinare se un determinato materiale si qualifica per la protezione legale, i diritti esclusivi del proprietario e quali tipi di condotte comportano una violazione di tali diritti e le sanzioni giuridiche per tali condotte. Nei suoi primi anni di formazione, tuttavia, il sistema internazionale multilaterale per la tutela della proprietà intellettuale conteneva poche regole sostanziali e nessuno strumento di applicazione effettiva; ciò lasciava ai singoli stati la libertà di modellare il proprio regime nazionale in modo coerente con gli obiettivi e le strategie interne. Questo approccio ha subito un importante cambiamento in conseguenza della rapida espansione degli scambi e dell'intensa evoluzione tecnologica. Con l'intensificarsi della competitività globale, è emersa l'esigenza di un maggiore accesso ai mercati esteri e i principali attori dei settori tecnologici negli Stati Uniti, in Giappone, e nell'Unione Europea hanno esercitato la propria influenza politica per sostenere l'introduzione di nuove regole per la protezione della proprietà intellettuale nel sistema del commercio internazionale. Ciò ha condotto ai negoziati dell'Uruguay Round e alla conseguente conclusione dell'Accordo sugli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, del 1995 (*Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights-TRIPS*)⁴⁰. L'adozione dell'Accordo TRIPS ha radicalmente ridefinito i contorni della tutela della proprietà intellettuale, imponendo l'adesione di tutti gli Stati membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) ad alcuni standard minimi di tutela in materia. A

⁴⁰ Per un'analisi approfondita, si veda *infra*, Capitolo 3.

partire dalla conclusione dell'Accordo TRIPS, le interazioni tra la protezione della proprietà intellettuale e la tutela dei diritti umani sono divenute più frequenti e maggiormente problematiche⁴¹. All'origine delle tensioni, da un lato, la convinzione che diritti di proprietà intellettuale più forti possano promuovere il progresso scientifico, tecnologico e culturale, e lo sviluppo economico, aumentando il benessere umano, dall'altro, i costi sociali associati a tali diritti. Diverse istituzioni delle Nazioni Unite per i diritti umani hanno espresso serie preoccupazioni in proposito; già nel 2000, la Sottocommissione per la promozione e la protezione dei diritti umani ha adottato la risoluzione 2000/7 su "Diritti di proprietà intellettuale e diritti umani", in cui afferma che "esistono conflitti reali o potenziali tra l'attuazione dell'accordo TRIPS e la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali"⁴².

Negli ultimi decenni, gli ambiti di interazione tra questi due settori del diritto internazionale, proprietà intellettuale e diritti umani, sono divenuti sempre più estesi ed evidenti; lo sviluppo scientifico e tecnologico senza precedenti e la contestuale accelerazione nella evoluzione ed espansione dei regimi internazionali sulla proprietà intellettuale hanno aumentato la tensione con gli standard in materia di diritti umani, a loro volta oggetto di una significativa evoluzione. I progressi scientifici e tecnologici suscettibili di avere un impatto significativo sul godimento dei diritti umani sono oggetto, negli ultimi decenni, di una attenzione crescente, e crescente è la preoccupazione circa le implicazioni delle normative e politiche in materia di proprietà intellettuale. Basti pensare alla tensione tra la protezione dei brevetti e l'ampio accesso pubblico a innovazioni essenziali per una vita dignitosa, comune ad un numero sempre maggiore di ambiti dell'innovazione scientifica e tecnologica: la tensione tra i brevetti farmaceutici e l'accessibilità dei farmaci rispetto al diritto alla salute, le politiche brevettuali nel settore dell'agricoltura con riferimento al godimento del diritto all'alimentazione o i brevetti nel settore dell'efficienza energetica e delle tecnologie per la mitigazione dei cambiamenti climatici rispetto alla tutela del diritto a un ambiente sano, sicuro e sostenibile⁴³.

Persiste una profonda diversità di vedute e una grande incertezza sulla natura della interazione tra le normative in tema di proprietà intellettuale e gli standard in materia di diritti umani e, di conseguenza, sugli approcci e strumenti idonei a stabilire una relazione tra questi due regimi. La mancanza di meccanismi giuridici efficaci che consentano a questi sistemi di interagire l'uno con l'altro ha condotto a

⁴¹ F. MACMILLAN, *Human Rights, Cultural Property and Intellectual Property: Three Concepts in Search of a Relationship*, in C. GRABER, M. NENOVA (a cura di), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 73-95, a p. 82; ID, "Copyright, the World Trade Organization and Cultural Self-Determination" in F. MACMILLAN (a cura di), *New Directions in Copyright Law: Volume 6*, Edward Elgar, 2007; J. RINGELHEIM, "Cultural Rights" in D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIVAKUMARAN (a cura di), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2022.

⁴² OHCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Intellectual property rights and human rights*, Resolution 2000/7 (E/CN.4/Sub.2/2000/7), 17.08.2000.

⁴³ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed. The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, 14.05.2012, (A/HRC/20/26), para. 26 e 29 e 58. Si veda, in proposito, L. R. HELFER, G. W. AUSTIN, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge University Press, 2011. L'autore sottolinea che affinché il sistema internazionale dei brevetti continui a servire il suo scopo fondamentale di incoraggiare l'innovazione e promuovere la diffusione e il trasferimento di tecnologia, è necessario un giusto equilibrio tra i diritti dei detentori di tecnologia e i diritti degli utilizzatori di tecnologia a beneficio della società nel suo complesso. Si veda anche il volume *Intellectual property and Human Rights*, WIPO, 1999, con particolare riferimento ai contributi di P. DRAHOS, "The Universality of Intellectual property Rights: Origins and Developments", p. 13 ss.; C. STEINER, "Intellectual Property and the Right to Culture", p. 43 ss.; S. SALAZAR, "Intellectual property and the Right to Health", p. 65 ss.; J. MUGABE, "Intellectual property protection and Traditional Knowledge", p. 97 ss.; A.R. CHAPMAN, "A Human Rights Perspective on Intellectual property, Scientific Progress, and Access to the Benefit of Science", p. 127 ss..

una frammentazione del processo legislativo internazionale. Il fatto che nel diritto della Organizzazione mondiale per il commercio ci sia pochissimo spazio per la protezione dei diritti umani è un riflesso di questa frammentazione; molto poco è stato fatto per includere, in questo sistema di regolamentazione, la prospettiva dei diritti umani e per ridurre l'impatto della sua applicazione sul godimento dei diritti di individui e comunità. L'interazione tra proprietà intellettuale e diritti umani può, invece, costituire l'opportunità di sviluppare un approccio trasversale. Ad oggi, mentre il sistema per la tutela internazionale dei diritti umani sembra aver colto tale opportunità, la sua controparte, il regime di proprietà intellettuale, rimane riluttante ad aprirsi a un confronto⁴⁴. Trovare un giusto equilibrio tra i titolari dei diritti e gli utilizzatori delle innovazioni e della creatività è un problema costante delle normative e politiche in materia di proprietà intellettuale, che prevedono meccanismi interni per realizzare questo equilibrio. L'adeguatezza di questi meccanismi a fornire risposte efficaci alle questioni di interesse pubblico emergenti e alle diverse interpretazioni del concetto di equilibrio possibili è stata messa in discussione dalle sfide poste dalla società contemporanea. In questo scenario, l'interazione tra il sistema per la tutela dei diritti umani e quello per la protezione della proprietà intellettuale costituisce l'opportunità, per quest'ultimo, di superare la sua tradizionale indifferenza verso altri settori del diritto internazionale⁴⁵ e attivare processi di *cross-fertilization*.

La natura della interazione tra le normative sulla proprietà intellettuale e gli standard in materia di diritti umani è stata, ed è, oggetto di diverse analisi⁴⁶, che hanno condotto alla individuazione di tre possibili approcci: il primo orientamento, quello maggioritario, inquadra questa relazione in una dinamica conflittuale; il secondo vede i due regimi come complementari e di reciproco sostegno; il terzo (che si pone all'intersezione tra i primi due) adotta un approccio strumentale: i diritti umani possano essere funzionali all'obiettivo di moderare i sistemi espansivi della proprietà intellettuale, al fine di garantire la tutela degli interessi pubblici nell'ambito di questo settore⁴⁷.

La tesi della complementarità tra proprietà intellettuale e diritti umani sembra offrire maggiori prospettive per un avvicinamento significativo ed equilibrato tra i due regimi. Tale orientamento emerge anche dallo studio tematico sull'impatto dei regimi di proprietà intellettuale sul godimento dei diritti culturali, e in particolare sul diritto alla scienza e alla cultura, come sancito dall'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, condotto dalla Relatrice Speciale per i diritti culturali delle Nazioni Unite, Farida Shaheed. I risultati dello studio sono confluiti in due rapporti tematici, il primo presentato al Consiglio sui diritti umani nel marzo 2015 e il secondo presentato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ad ottobre 2015. La Relatrice Speciale individua i diritti culturali che subiscono maggiormente l'impatto negativo dei regimi di proprietà intellettuale: il diritto delle persone di godere e accedere al patrimonio culturale; l'accesso di tutti, senza discriminazioni, ai benefici della scienza e delle sue applicazioni, comprese le conoscenze scientifiche, la tecnologia e le oppor-

⁴⁴ C. OGUAMANAM, "Intellectual Property: The Promise and Risk of Human Rights", in T. SCASSA, C.B. GAOGOO et al., (a cura di), *Intellectual Property for the 21st Century: Interdisciplinary Perspectives on Intellectual Property Law*, Irwin Law, 2014, pp. 327-348.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 348.

⁴⁶ Si veda L. R. HELFER, "Human Rights and Intellectual Property: Conflicts or Coexistence?" in *Minn Intellectual Property Review*, 5/2003, Vol. 47, p. 5 ss.; W. GROSHEIDE, (a cura di) *Intellectual Property and Human Rights: A Paradox?*, Edward Elgar, 2010, pp. 3-5.

⁴⁷ P. CULLET, "Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era", in *Human Rights Quarterly*, 2/2007, Vol. 29, p. 415.

tunità di contribuire all'attività scientifica; la libertà indispensabile per la ricerca scientifica, compreso l'accesso dei ricercatori alle informazioni e ai progressi scientifici, nonché il lavoro in collaborazione; le libertà artistiche e il diritto delle persone di accedere, contribuire e godere delle arti; il diritto di ognuno di beneficiare della protezione degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica, letteraria o artistica di cui sia autore; e i diritti dei popoli indigeni e delle comunità locali. In questo scenario, la Relatrice Speciale individua un quadro promettente per operare una riconciliazione proprio nel "diritto alla scienza e alla cultura" previsto dall'articolo 27 della DUDU e dall'articolo 15 del PIDESC: la partecipazione alla vita culturale e al progresso scientifico e la protezione della paternità intellettuale sono, nella visione della Relatrice, "principi dei diritti umani concepiti per lavorare in tandem"⁴⁸.

Il carattere di complementarità di queste due dimensioni, associate sin dall'articolo 27 della DUDU e dall'articolo 15, paragrafo 1, del PIDESC, fornisce indizi cruciali sulla *ratio* che è alla base del diritto umano alla paternità intellettuale. Questo diritto infatti, persegue un duplice obiettivo: da un lato, mira a garantire l'interesse individuale al giusto riconoscimento morale e materiale del lavoro svolto, tutelandolo come frutto dell'ingegno del suo creatore; dall'altro, grazie alla tutela riconosciuta all'autore, esso tende a promuovere l'interesse pubblico alla crescita culturale e al progresso sociale ed economico della collettività fruitrice della creazione culturale, scientifica o tecnologica.

Ulteriori preziosi elementi circa il diritto in parola sono stati forniti dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, cui spetta il compito di monitorare la conformità delle condotte degli Stati alle previsioni del PIDESC. Il Comitato, attraverso il suo *General Comment No. 17(2005)*, ha fornito una guida interpretativa ai governi sul diritto di ogni individuo di beneficiare della protezione degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica, letteraria o artistica di cui sia autore⁴⁹. Il *General Comment No. 17(2005)* premesso che il diritto di ciascuno di beneficiare della protezione degli interessi morali e materiali derivanti da qualsiasi produzione scientifica, letteraria o artistica di cui sia autore è "un diritto umano, che deriva dalla dignità e dal valore intrinseci di tutte le persone", afferma che questo distingue il diritto di cui all'articolo 15, paragrafo 1 (c) PIDESC dai diritti autoriali riconosciuti nel sistema della proprietà intellettuale. Non vi è, dunque, coincidenza tra diritti autoriali di proprietà intellettuale e diritti umani di paternità intellettuale; possono esservi differenze di portata e di scopo tra questi diritti, in quanto gli interessi morali e materiali degli autori non coincidono necessariamente con l'approccio prevalente nei regimi per la tutela della proprietà intellettuale. Il Comitato collega gli "interessi materiali" alla esigenza, e legittima aspettativa, di autori e creatori di godere di un adeguato tenore di vita ma afferma che i loro diritti dovrebbero essere protetti in modo da non gravare indebitamente sul godimento

⁴⁸ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed. Copyright policy and the right to science and culture*, 24.12.2014, (A/HRC/28/57), para. 4. Come anticipato, la Relatrice Speciale ha dedicato due Rapporti tematici al tema della relazione tra le politiche e normative in materia di proprietà intellettuale e il diritto alla scienza e alla cultura. Il primo rapporto (A/HRC/28/57 citato) si è concentrato sulle interazioni e tensioni tra le politiche in materia di copyright e la protezione degli interessi morali e materiali degli autori, da un lato, e il diritto umano a beneficiare della creatività scientifica e culturale, dall'altro; il secondo Rapporto (A/70/279) ha affrontato il tema delle politiche dei brevetti.

⁴⁹ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 17 (2005), 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 (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant)*.

di altri diritti culturali. Anche la Relatrice Speciale sui diritti culturali, nel Rapporto tematico sul diritto di godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni⁵⁰, ha analizzato le interazioni tra tale diritto e i regimi di proprietà intellettuale. Il Rapporto sottolinea che la conoscenza umana è un “*global public good*” e raccomanda agli Stati di evitare di promuovere la privatizzazione della conoscenza in misura tale da privare gli individui delle opportunità di partecipare alla vita culturale e di godere dei frutti del progresso scientifico⁵¹.

Sembra, allo stesso tempo, doveroso riconoscere che l’articolo 15, paragrafo 1, lettera c) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, prescrivendo la protezione dei diritti morali e materiali degli autori di qualsiasi produzione scientifica, letteraria o artistica, fornisce una giustificazione, autoritativamente sanzionata dal crisma dei diritti umani, per la tutela giuridica riconosciuta nell’ambito del regime autoriale di proprietà intellettuale⁵². Questa disposizione riconosce, infatti, il diritto di possedere, e trarre profitto dalle proprie opere per il soggetto che ne sia l’autore. In sostanza, la tutela dei diritti degli autori nel quadro dei diritti umani ha operato come fondamento giuridico per rafforzare l’architettura del sistema di tutela internazionale della proprietà intellettuale. Questa visione individua una giustificazione dei regimi di proprietà intellettuale che non è puramente utilitaristica e trova riscontro nei resoconti storici dei dibattiti che portarono alle grandi convenzioni internazionali in materia, che integravano inequivocabilmente i regimi di proprietà intellettuale nel quadro dei diritti umani, rafforzati dagli ideali di libertà e giustizia.

Tale prospettiva, tuttavia, si spinge a volte sino a affermare che i regimi di proprietà intellettuale costituiscono un vero e proprio diritto umano, in considerazione della dipendenza del progresso umano dall’evoluzione scientifica, tecnologica e culturale, che essi incentivano⁵³. Come già evidenziato, e affermato con decisione dal Comitato sui diritti economici sociali e culturali e dalla Relatrice Speciale in materia di diritti culturali, l’equazione tra i “diritti di proprietà intellettuale” e “diritti umani” alla protezione degli interessi morali e materiali degli autori di una produzione scientifica, letteraria o artistica è non solo “falsa” ma anche “fuorviante”⁵⁴. Non è possibile affermare che l’articolo 15, paragrafo 1 (c) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali riconosce un diritto umano alla protezione della proprietà intellettuale che è in linea con la disciplina dettata dagli accordi internazionali per la tutela della proprietà intellettuale. Il *General Comment No. 17(2005)* sull’articolo 15 (1) (c) del PIDESC, pur riconoscendo il legame tra il regime in materia di proprietà intellettuale e la tutela riconosciuta nell’ambito dei diritti umani, li tiene, tuttavia, distinti: “i diritti umani sono diritti fondamentali, inalienabili e universali che appartengono agli individui” ... “sono fondamentali in quanto ine-

⁵⁰ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur ... (A/HRC/20/26)* cit..

⁵¹ *Ibidem*, par. 65.

⁵² Si veda: F. MACMILLAN, *Human Rights, Cultural Property and Intellectual Property: Three Concepts in Search of a Relationship*, in C. GRABER, M. NENOVA (a cura di), *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 73-95; E. LAGRANGE, S. OETER, R. UERPMANN (a cura di), *Cultural Heritage and International Law: Object, Means and Ends of International Protection*, Springer, 2018.

⁵³ A. R. CHAPMAN, *Approaching intellectual property as a human right: obligations related to Article 15 (1) (c)*, in *Unesco Copyright Bulletin: Approaching Intellectual Property as a Human Right*, Volume XXXV, No. 3, UNESCO Publishing Luglio-Settembre 2001.

⁵⁴ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur ... (A/HRC/28/57)* cit., para. 26.

renti alla persona umana in quanto tale”, mentre i diritti di proprietà intellettuale sono innanzitutto “mezzi con cui gli Stati cercano di incentivare l’inventiva e la creatività, di incoraggiare la diffusione di produzioni creative e innovative, nonché lo sviluppo di identità culturali, e di preservare l’integrità delle produzioni scientifiche, letterarie e artistiche a beneficio della società nel suo complesso”⁵⁵.

2.4 Diritti d’autore e diritti di partecipazione alla vita culturale: un bilanciamento possibile?

È emersa, in tale contesto, l’esigenza di trovare nuovi strumenti e approcci per realizzare un equilibrio tra i due obiettivi perseguiti sia dal regime internazionale per la protezione dei diritti d’autore sia dal sistema internazionale per la tutela dei diritti umani: da un lato, riconoscere e premiare la creatività, dall’altro, assicurare l’accesso pubblico ai frutti delle attività creative. Ciò richiede un bilanciamento tra diritti d’autore, nella loro complessa e ambivalente dimensione di diritti di proprietà intellettuale e di diritti umani, e gli altri diritti previsti dall’articolo 15 paragrafo 1 del PIDESC, in particolare i diritti di partecipazione alla vita culturale. È, infatti, evidente che è ormai superata l’idea secondo cui il modo migliore per preservare e conservare il patrimonio culturale immateriale è la sua privatizzazione sotto forma di proprietà intellettuale: non solo i regimi di diritto d’autore non sono in grado di proteggere i diritti di paternità degli autori ma sono responsabili di limitazioni al godimento di altri diritti culturali⁵⁶.

Come discusso nel paragrafo precedente, la tutela offerta dal regime internazionale in materia di diritto d’autore⁵⁷ e le garanzie derivanti dalla tutela del diritto umano alla paternità intellettuale sulle opere scientifiche, artistiche o letterarie di cui una persona sia autore possono avere, e spesso hanno, contenuto, portata e finalità differenti. Il diritto umano alla protezione dei diritti di paternità intellettuale su un’opera dell’ingegno non può essere interpretato meramente come un riferimento alla disciplina per la protezione del diritto d’autore; la protezione del diritto umano alla paternità intellettuale su un’opera può richiedere una protezione più o meno estesa rispetto a quella prevista dalle normative in materia di diritto d’autore, che, sotto alcuni profili, non forniscono alla paternità intellettuale una adeguata protezione, sotto altri profili, sono estese al punto da limitare eccessivamente la partecipazione alla vita culturale. Secondo la Relatrice Speciale sui diritti culturali, il diritto umano alla protezione della paternità intellettuale su un’opera scientifica, artistica o letteraria, costituisce, anzi, il parametro rispetto al quale le normative in materia di diritto d’autore dovrebbero essere valutate⁵⁸.

Con riferimento alla tutela degli “interessi morali” degli autori, i regimi di diritto d’autore tendono a riconoscere una tutela limitata in quanto i produttori/editori/distributori e altri detentori dei diritti materiali sulle opere, che possono avere interessi opposti a

⁵⁵ *General Comment No. 17 cit.*, para. 1.

⁵⁶ F. MACMILLAN, *Human Rights, Cultural Property and Intellectual Property... cit.*, p. 74.

⁵⁷ La disciplina internazionale in materia di diritto d’autore tutela le “opere dell’ingegno” di “carattere creativo” che rientrano nell’ambito delle scienze, la letteratura, la musica, le arti figurative, l’architettura, il teatro, la cinematografia, la radiodiffusione, nonché i programmi per computer e le banche dati, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Per “autore” si intende il soggetto il quale ha creato un’opera dell’ingegno che è tutelabile, ossia che presenta i requisiti richiesti ai fini dell’applicazione della disciplina. Possono, dunque, essere “autori”, gli scrittori, i compositori, i fotografi, i coreografi, i pittori, gli studiosi ma anche i grafici, i blogger e i progettisti di software.

⁵⁸ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights ... A/HRC/28/57 cit.*, para 29.

quelli degli autori quando si tratta di tali diritti, sono in grado di esercitare una maggiore influenza sul piano politico rispetto ai singoli creatori. La tradizione dei “diritti morali” sottolinea la natura del lavoro creativo come espressione della personalità del suo autore e come prodotto di un lavoro unico e personale; secondo tale punto di vista, il diritto esclusivo degli autori di controllare l’uso delle loro opere creative è legato al rispetto della dignità dell’autore. Il diritto umano di beneficiare della protezione degli interessi morali e materiali derivanti dalle proprie produzioni scientifiche, letterarie e artistiche tutela il legame personale tra gli autori e le loro creazioni e tra i popoli, le comunità o altri gruppi e il loro patrimonio culturale collettivo; oltre, naturalmente, a garantire gli interessi materiali fondamentali degli autori, necessari per consentire loro di godere di un adeguato tenore di vita. Nella prospettiva dei diritti umani, dunque, è importante porre una maggiore attenzione alla tutela di diritti quali la libertà di espressione o l’autonomia e la libertà creativa, artistica e accademica di artisti e ricercatori, al di là dei diritti morali riconosciuti dai regimi di diritto d’autore. Le normative in materia di diritto d’autore sono, invece, caratterizzate da un approccio maggiormente ‘utilitaristico’, secondo cui la protezione del diritto d’autore è soprattutto una forma di regolamentazione commerciale volta a incoraggiare la produzione e diffusione delle opere creative, e tutelano principalmente gli interessi e gli investimenti commerciali e aziendali. I diritti d’autore (materiali) sono generalmente di natura temporanea e possono essere revocati, concessi in licenza, modificati e trasferiti a terzi.

Un’altra caratteristica dei regimi in materia di diritto d’autore che desta preoccupazione rispetto agli standard internazionali in materia di diritti umani è quella di un crescente “deficit democratico”⁵⁹. I negoziati commerciali sono condotti in grande segretezza, con una significativa partecipazione delle imprese ma senza una partecipazione equivalente di rappresentanti pubblici eletti e di rappresentanti degli altri interessi pubblici rilevanti. In aggiunta, in considerazione del fatto che gli autori spesso vendono parte o tutti i “diritti materiali” sulle loro opere a società che le commercializzano è necessario distinguere tra gli interessi degli autori e quelli delle società titolari dei diritti d’autore (che non possono essere titolari del diritto umano alla paternità intellettuale sull’opera). Tali società svolgono un ruolo essenziale nell’economia culturale: mettono a disposizione i capitali necessari a finanziare le produzioni culturali e a commercializzare le opere, innovano le modalità di fruizione delle opere culturali, forniscono un reddito agli artisti. Tuttavia, i casi in cui gli interessi degli autori e quelli delle società che commercializzano le opere divergono richiedono una particolare attenzione: gli scambi contrattuali tra questi due soggetti sono spesso caratterizzati da un forte squilibrio di potere tra le parti e gli autori possono essere, al tempo stesso, supportati e vincolati dalle normative sul diritto d’autore. Una normativa per la protezione dei diritti d’autore ‘forte’ non necessariamente tutela gli interessi degli autori; dal punto di vista dei diritti umani, invece, le normative e le prassi di settore devono essere valutate nella prospettiva della loro efficacia ai fini della tutela degli interessi degli autori e dell’interesse pubblico alla partecipazione culturale, non degli interessi economici delle società che commercializzano le opere. Il diritto umano alla tutela della paternità intellettuale è pienamente compatibile con un approccio che limita i termini di protezione al fine di garantire un dominio pubblico del patrimonio culturale condiviso, da cui tutti i creatori sono liberi di attingere.

⁵⁹ *Ibidem*, para 19.

In questa prospettiva, si inquadrano anche le preoccupazioni dei titolari di diritti d'autore legate alle minacce derivanti dalla pirateria digitale, resa possibile dalla rapida evoluzione delle ICT. Le misure proposte e attualmente utilizzate per affrontare tali minacce comprendono il blocco dei siti web, il filtraggio dei contenuti, limiti tecnici all'accesso ai contenuti soggetti a diritto d'autore (*Digital Right Management*), nonché la responsabilità degli intermediari per la violazione dei contenuti diffusi dagli utenti⁶⁰. Secondo la Relatrice Speciale sui diritti culturali, tuttavia, tali misure potrebbero comportare restrizioni che non sono compatibili con il diritto alla libertà di espressione e il diritto alla scienza e alla cultura⁶¹.

Nella medesima prospettiva, la Relatrice Speciale sui diritti culturali ha affermato, in maniera chiara, che il diritto alla remunerazione di un autore non autorizza un autore a vantare diritti su di ogni possibile flusso di entrate correlato all'opera coperta dal diritto d'autore. Una prospettiva basata sui diritti umani richiede il riconoscimento dei valori sociali e umani inerenti al diritto d'autore e un maggiore rispetto per i diritti fondamentali e le esigenze dei gruppi marginalizzati.

Tali questioni sollevano, da un lato, il problema di favorire e promuovere il recepimento di nuovi orientamenti e approcci nelle normative internazionali e nazionali in materia di diritto d'autore, dall'altro, l'esigenza di individuare strumenti che consentano di realizzare un bilanciamento tra l'interesse del titolare dei diritti al controllo esclusivo sull'opera e gli interessi di individui e comunità alla partecipazione alla vita culturale.

2.4.1. Il ruolo delle eccezioni nei regimi in materia di diritto d'autore

Uno strumento che, negli ultimi anni, è stato oggetto di grande attenzione sono le eccezioni e le limitazioni previste dai regimi in materia di diritto d'autore: esse, in sintesi, individuano usi specifici di un'opera protetta che non richiedono una licenza da parte del titolare del diritto d'autore⁶². Una funzione cruciale delle eccezioni e delle limitazioni è quella di contribuire ad assicurare i mezzi di sussistenza agli autori: le licenze previste dalla legge possono facilitare le transazioni e aumentare i guadagni dei creatori. In secondo luogo, le eccezioni e le limitazioni consentono e favoriscono espressioni artistiche e creative, quali la caricatura o la parodia; consentono di prendere in prestito in modo riconoscibile da opere precedenti per creare qualcosa di nuovo e diverso. Ancora, le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore svolgono il ruolo di ampliare le opportunità educative promuovendo un accesso più ampio ai materiali didattici; possono ampliare lo spazio per la cultura non commerciale, ad esempio, prevedendo nell'ambito di servizi religiosi, spettacoli scolastici, feste pubbliche e altri contesti senza scopo di lucro un'esenzione dalle licenze per eseguire opere musicali o drammatiche⁶³. Infine, esse giocano potenzialmente un ruolo cruciale per pro-

⁶⁰ Si veda P. TALONE, G. RUSSO, *Le tecniche di tutela dei diritti nei contenuti digitali: un freno o un impulso allo sviluppo della società dell'informazione?*, 2008, Fondazione Ugo Bordoni, www.fub.it; si veda anche la Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, *infra*.

⁶¹ UNGA, HRC, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights ... A/HRC/28/57 cit.*, para. 51.

⁶² Si veda R. OKEDIJI, *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*, ICTSD Issue Paper No. 15 (2006). Disponibile su: http://unctad.org/en/Docs/iteipc200610_en.pdf; C. GEIGER, "Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law", in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. 12, 3/2010. T. MARGONI, "Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet", in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, n. 8-9, pag. 1959 e ss.; G. FINOCCHIARO, "L'equilibrio titolare/users nel diritto d'autore dell'Unione Europea", in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2016/3, p. 499 ss..

⁶³ U. F. UGWU, "Reconciling the Right to Learn with Copyright Protection in the Digital Age: Limitations of Contemporary Copyright Treaties", *Law and Development Review*, 2019/1, p. 41 ss.

muovere l'inclusione e l'accesso alle opere culturali, in particolare per i gruppi svantaggiati. Nei diversi paesi e contesti, eccezioni e limitazioni possono comportare l'obbligo di un corrispettivo agli autori e/o ai titolari dei diritti o possono consentire l'uso senza compenso. Riconoscendo tale diversità di prassi, la Convenzione di Berna richiede un compenso nel contesto degli accordi di licenza per la radiodiffusione e le registrazioni musicali, ma consente espressamente eccezioni e limitazioni non remunerate in altri settori, come la citazione o la parodia. Sebbene il diritto alla protezione della paternità possa essere interpretato nel senso di richiedere un'equa remunerazione in ogni caso, ci sono molti contesti in cui gli usi non retribuiti sono importanti da preservare e più appropriati, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo. Basti pensare alle eccezioni per le biblioteche non commerciali, le rappresentazioni teatrali scolastiche gratuite, le iniziative artistiche non commerciali e le iniziative che rendono le opere accessibili a persone con capacità di pagamento limitata. La mancanza di un compenso non rende di per sé un'eccezione o una limitazione incompatibile con il diritto alla protezione della paternità, a condizione che le eccezioni e le limitazioni siano concepite in modo da bilanciare equamente il godimento dei diritti umani alla partecipazione culturale e alla protezione della paternità.

Le eccezioni e le limitazioni al diritto d'autore sono state raramente oggetto di una disciplina dettagliata nelle normative internazionali, per cui la prassi degli Stati varia in modo significativo. Le convenzioni internazionali sul diritto d'autore, in genere contengono disposizioni facoltative in materia⁶⁴; i criteri per stabilire se una particolare eccezione o limitazione è ammissibile ai sensi del diritto d'autore internazionale spesso non sono regolamentati con precisione. Come si vedrà nel capitolo successivo, la Convenzione di Berna e l'Accordo TRIPS delineano un sistema denominato "*three-step test*", riconosciuto come il sistema che disciplina la possibilità di introdurre eccezioni e limitazioni al diritto d'autore da parte degli Stati. Alcuni paesi in via di sviluppo si sono espressi a favore di una convenzione sulle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore per le biblioteche e gli archivi pubblici e per i materiali didattici, da negoziare nell'ambito della Organizzazione Mondiale per la proprietà intellettuale, prendendo spunto dall'iniziativa del Trattato di Marrakech. Considerata l'importanza delle eccezioni e delle limitazioni del diritto d'autore per il pieno ed effettivo godimento dei diritti di partecipazione alla vita culturale, alcuni studiosi hanno, inoltre, proposto che le normative internazionali sul diritto d'autore introducano un elenco essenziale di eccezioni e limitazioni, che comprenda almeno quelle attualmente riconosciute nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, quali le citazioni, l'uso personale, la riproduzione da parte di biblioteche e archivi per la conservazione e la sostituzione, la copia e l'adattamento di codici informatici per l'interoperabilità, la parodia e l'uso per fini didattici e di ricerca. Tuttavia, permangono notevoli divergenze di vedute circa l'adozione di nuove eccezioni e limitazioni e nel frattempo le incertezze su come interpretare e applicare gli standard esistenti permangono, rendendo molti Paesi riluttanti nell'introduzione di nuove eccezioni e limitazioni o nell'applicazione di quelle esistenti⁶⁵.

⁶⁴ Una eccezione recente è rappresentata dal Trattato di Marrakech dell'OMPI che impone agli Stati firmatari di adottare eccezioni e limitazioni al diritto d'autore a favore dei lettori ipovedenti.

⁶⁵ Si veda la dottrina citata *supra* alla nota 60 e P.B. HUGENHOLTZ, R. OKEDIJI, "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright", study supported by the Open Society Institute (OSI), Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43, Institute for Information Law Research Paper No. 2012-37 available at <https://ssrn.com/abstract=2017629>.

2.4.2. *Le licenze aperte: il sistema delle Creative Commons Public Licenses*

Un secondo strumento emerso come essenziale per espandere la partecipazione culturale e realizzare un equo bilanciamento tra diritti e interessi divergenti è costituito dalle cd. “licenze aperte”. Le licenze aperte non sostituiscono il diritto d’autore bensì si basano su di esso. In tale pratica contrattuale, gli autori o altri titolari di diritti accettano di rinunciare a molti dei diritti esclusivi che detengono ai sensi delle normative in materia di diritto d’autore, consentendo ad altri di utilizzare l’opera più liberamente. Questi strumenti si sono affermati nell’ambito dei movimenti per ‘l’accesso alla conoscenza’ che chiedono e supportano approcci alternativi per promuovere l’innovazione e la creatività senza i costi sociali della privatizzazione⁶⁶. L’idea alla base di queste licenze è quella di creare uno spazio culturale comune “*cultural commons*”, in cui tutti possono accedere, condividere e ricombinare opere culturali. Un ambito in cui è già evidente il ruolo che le licenze aperte possono svolgere in questa prospettiva è quello della produzione scientifica accademica⁶⁷. Le licenze aperte stanno già producendo un impatto profondo sulla diffusione delle conoscenze accademiche. Gli autori scientifici hanno un interesse morale a partecipare e contribuire all’avanzamento globale della conoscenza e ad essere riconosciuti per il loro contributo. Considerato che gli autori sono raramente pagati per i loro contributi, i modelli esclusivi di abbonamento per la divulgazione scientifica promuovono gli interessi materiali degli editori, ma non quelli degli autori. L’editoria ad accesso aperto sta emergendo come un modello alternativo significativo per la diffusione della conoscenza scientifica. Le licenze aperte e la distribuzione digitale degli articoli accademici su Internet sono già diventate una parte importante della pubblicazione degli studi accademici e sempre più istituzioni accademiche, fondazioni di ricerca e governi stanno accelerando la transizione rendendo la pubblicazione ad accesso aperto l’approccio predefinito alle pubblicazioni scientifiche e governative.

In questo contesto, nell’ultimo decennio, si sono affermate con prepotenza le *Creative Commons Public Licenses* (CCPL o licenze CC). Le licenze *Creative Commons* sono “contratti attraverso i quali il titolare dei diritti d’autore concede ad una generalità di soggetti indefiniti l’autorizzazione all’uso dell’opera”⁶⁸. Il licenziante, in sintesi, non cede i propri diritti; egli concede il godimento dei propri diritti a terzi (licenziatari) a determinate condizioni. Tali licenze predisposte dalla omonima organizzazione no-profit, consentono all’autore di indicare in maniera chiara quali facoltà sull’opera sono consentite liberamente ai licenziatari. Esse si basano sul concetto “*some rights reserved*”, in base al quale, il titolare decide quali diritti riservare e quali concedere in uso.

Le licenze CC sono giunte alla versione numero 4, la prima versione che comprende anche il diritto *sui generis* sulle banche dati e che non presenta diverse

⁶⁶ Si veda A. S. GAUDENZI, *Il nuovo diritto d’autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell’informazione*, Maggioli, 2018; M. ISELLI, “Il diritto d’autore e la disponibilità della conoscenza in rete” in *Quotidiano Giuridico*, 29/01 - 01/02 - 05/02/2007; V. DE SANCTIS, M. FABIANI, *I contratti di diritto d’autore*, Giuffrè Editore, Milano, 2000; G. MAZZIOTTI, *Il diritto d’autore nell’ambiente digitale*, 2006; S. ALIPRANDI, *Il diritto d’autore nell’era digitale*, Università Milano Bicocca; A. PAPA (a cura di) *Il diritto d’autore nell’era digitale*, Giappichelli, 2019, in particolare, D. MESSINA, “Open Access e diritto d’autore”, p. 123 ss..

⁶⁷ S. ALIPRANDI (a cura di) *La libera diffusione del sapere scientifico nell’era digitale*, Ledizioni, 2017.

⁶⁸ Si veda il sito web della *Creative Commons Italia*, <https://creativecommons.it/chapterIT/index.php/license-your-work/>

versioni nazionali, bensì solo la versione internazionale. Queste licenze sono articolate su tre livelli: 1) il “*Legal Code*”, ossia il contratto di licenza per esteso; 2) il “*Commons Deed*”, simboli grafici attraverso i quali i termini delle licenze sono spiegati in maniera comprensibile ai fini divulgativi; 3) il “*Creative Commons Rights Expression Language*” (CC REL), che comprende l’insieme di informazioni leggibili tramite computer e che consente di riconoscere se il materiale trattato è tutelato da licenze *creative commons* e il tipo di licenza.

Le licenze attualmente in uso sono sei e sono articolate in due parti: la prima parte indica quali sono le ‘libertà’ che l’autore vuole concedere sull’opera, la seconda chiarisce a quali ‘condizioni’ è possibile utilizzare la stessa. In linea generale, la prima parte delle licenze fa sempre riferimento alla libertà di “condividere”, vale a dire di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale oggetto della licenza con qualsiasi mezzo e formato. Solo alcune delle licenze consentono, in aggiunta, la libertà di “modificare”, ossia trasformare il materiale e basarsi su di esso per la realizzazione di altre, per qualsiasi fine, anche commerciale.

Le due libertà descritte sono indicate con i simboli riportati nella tabella a seguire:

Tab. 1 Le libertà disciplinate dalle licenze Creative Commons 4.0

Libertà	Simbolo	Descrizione
Condividere		Libertà di copiare, distribuire o trasmettere l’opera
Rielaborare		Libertà di riadattare l’opera

Fonte: https://it.wikipedia.org/wiki/Licenze_Creative_Commons

La seconda parte delle licenze prevede l’individuazione delle “condizioni” per l’utilizzo dell’opera. Il titolare dell’opera ha a disposizione quattro clausole di base che possono essere utilizzate creando delle vere e proprie combinazioni, in modo da ottenere una licenza capace di rispondere alle diverse esigenze. Le clausole disponibili sono quattro.

La prima è la clausola sull’“attribuzione” (*Attribution-BY*), che impone il riconoscimento della paternità dell’opera all’autore originario ed è presente in tutte le tipologie di licenze *Creative Commons*. La licenza “*CC-BY*” è la più semplice e liberale: il materiale può essere utilizzato per scopi commerciali, modificato, adattato, incluso in materiale proprietario, con il solo limite del rispetto della attribuzione. Più precisamente la clausola “*CC-BY*” richiede che venga riportata: l’indicazione completa (come riportata originalmente e nella maniera indicata dal titolare) dell’autore o di chi deve ricevere la menzione; la “*copyright notice*” (l’indicazione del *copyright*); l’esclusione delle garanzie; un URI (*Uniform Resource Indicator*) o un hyperlink all’opera licenziata. Inoltre, deve essere indicato, se del caso, e in che misura il materiale è stato modificato e l’indicazione che l’opera è licenziata sotto la licenza *Creative Commons* prescelta. La licenza con clausola “*CC-BY*” è l’unica compatibile con il principio dell’*open by default*⁶⁹.

⁶⁹ Si veda *infra* Capitolo 4.

La seconda clausola è quella “Non commerciale” (*Non Commercial-NC*) che vieta di utilizzare l’opera per fini di vantaggio commerciale, diretto e indiretto. In concreto, tuttavia, non è sempre facile determinare quando sia presente un fine commerciale, soprattutto indiretto. La dottrina ha chiarito, ad esempio, che se si distribuiscono copie dell’opera, non si può farlo in una maniera tale che sia prevalentemente perseguito un vantaggio commerciale o un compenso monetario. L’utilizzatore che voglia usare l’opera a tal fine, è tenuto a chiedere uno specifico consenso all’autore.

La terza clausola esclude la possibilità di ricavare dall’opera opere derivate, “Non opere derivate” (*Non Derivative works-ND*); essa indica l’impossibilità di trasformare, alterare o modificare l’opera. Nessuna opera derivata è consentita; qualora si volessero realizzare opere derivate sarebbe necessario ottenere uno specifico permesso da parte dell’autore originario.

La quarta e ultima clausola pone una condizione riguardante la condivisione dell’opera, “Condividi allo stesso modo” (*Share Alike-SA*); essa stabilisce che l’alterazione, trasformazione o sviluppo dell’opera, obbliga a redistribuire l’opera risultante soltanto per mezzo di una licenza identica a quella attribuita all’opera originaria. Tale clausola, dunque, garantisce che le opere derivate siano licenziate alle medesime condizioni; è, infatti, conosciuta come clausola virale della licenza (o clausola di persistenza).

Le clausole possono essere schematizzate come riportato nella tabella a seguire:

Tab. 2 Le licenze Creative Commons 4.0

Simbolo	Sigla	Condizione	Descrizione
	BY	Attribuzione <i>Attribution</i>	Permette che altri copino, distribuiscano, mostrino ed eseguano copie dell’opera e dei lavori derivati da questa a patto che venga indicato l’autore dell’opera, con le modalità da questi specificate (ad. es. il link al sito web dell’opera o dell’autore)
	NC	Non commerciale <i>Non-Commercial</i>	Permette che altri copino, distribuiscano, mostrino ed eseguano copie dell’opera e lavori derivati da essa o sue rielaborazioni, solo per scopi non commerciali
	ND	No opere derivate <i>No Derivative Works</i>	Permette che altri copino, distribuiscano, mostrino ed eseguano soltanto copie identiche dell’opera. Non sono ammesse opere derivate o rielaborazioni
	SA	Condividi allo stesso modo <i>Share-Alike</i>	Permette che altri distribuiscano lavori derivati dall’opera solo con una licenza identica (non maggiormente restrittiva) o compatibile con quella concessa con l’opera originale

Fonte: https://it.wikipedia.org/wiki/Licenze_Creative_Commons

Considerato che la clausola sull’attribuzione “BY” è sempre presente e che la clausola riguardante il divieto di opere derivate “ND” e quella che pone la condizione della condivisione allo stesso modo “SA” sono incompatibili, solo le seguenti combinazioni delle licenze sono possibili⁷⁰:

- CC-BY: Attribuzione
- CC-BY-NC: Attribuzione – Non commerciale;
- CC-BY-ND: Attribuzione – No opere derivate;

⁷⁰ Fonte: <https://creativecommons.it/chapterIT/index.php/license-your-work/>

- CC-BY-SA: Attribuzione – Condividi allo stesso modo;
- CC-BY-NC-SA: Attribuzione – Non commerciale – Condividi allo stesso modo;
- CC-BY-NC-ND: Attribuzione – Non commerciale – No opere derivate.

Diversa da quelle analizzate sin qui è la licenza *Creative Commons Zero* (CC0) che, a differenza delle altre, non è una licenza “*some rights reserved*”, bensì è finalizzata a rimuovere qualsiasi restrizione all’utilizzo di un’opera, mettendola in pubblico dominio. La licenza CC0, infatti, è chiamata in inglese “*wai-ver*” (rinuncia).

È evidente che, laddove all’autore sono riconosciuti i diritti morali sulle opere, come accade nell’ordinamento italiano, questi continueranno ad essere nella disponibilità dell’autore.

L’utilizzo delle licenze *Creative Commons* risulta estremamente semplice nel caso di opere in formato digitale e diffuse tramite internet; all’interno del sito ufficiale della *Creative Commons* è disponibile un *widget* che, attraverso una serie di domande, guida l’utente nella scelta della licenza più opportuna e genera automaticamente il codice html con il *disclaimer* e il link alla licenza⁷¹.

Il codice fornito da Creative Commons ha anche la funzione di “metatag”, esso inserisce nel codice sorgente della pagina web delle informazioni aggiuntive sul tipo di licenza scelta, sull’autore e sul tipo di opera; queste informazioni permettono ai motori di ricerca di reperire più facilmente ed efficacemente le opere⁷².

2.5. La ‘vita culturale digitale’ ai tempi del Covid 19: spazi pubblici fisici e cyberspazio

Il ruolo fondamentale che le ICT possono giocare nel godimento dei diritti culturali è emerso con forza dirompente durante la pandemia di Covid 19. Come ha osservato il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, la pandemia “sta avendo effetti devastanti in tutto il mondo su tutte le sfere della vita”⁷³, inclusa la vita culturale. I diritti culturali non sono un lusso, nemmeno durante una crisi sanitaria globale; essi sono fondamentali per l’esperienza umana ed essenziali per attuare altri diritti umani. Basti pensare a quanto affermato dallo scrittore Stephen King “se pensi che gli artisti siano inutili, prova a trascorrere la tua quarantena senza musica, libri, poesie, film e dipinti”⁷⁴.

La crisi economica che ha accompagnato la pandemia ha prodotto un forte impatto negativo sui settori culturali e su coloro che vi lavorano, sotto tanti punti di vista: esigenze di tutela della salute pubblica hanno portato alla chiusura di molti spazi pubblici vitali per il godimento dei diritti culturali, inclusi spazi e istituzioni culturali come musei, gallerie, siti del patrimonio culturale, centri giovanili, spazi per spettacoli, centri culturali, biblioteche e librerie; in tutto il mondo, Stati e donatori privati hanno sostanzialmente ridotto i loro finanziamenti nei settori culturali; gli operatori del settore artistico e gli operatori culturali sono tra i più colpiti dalla crisi di disoccupazione legata alla pandemia; la mobilità culturale e la condivisione di esperienze artistiche e creative

⁷¹ Si veda la pagina web <https://creativecommons.org/choose/>.

⁷² Si veda S. ALIPRANDI, *Creative Commons: manuale operativo*, www.aliprandi.org/manuale-cc.

⁷³ UN Economic and Social Council, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights*, 17.04.2020 (E/C.12/2020/1), para. 1. Si veda anche OECD, *Culture shock: COVID-19 and the cultural and creative sectors*, OECD, 2020.

⁷⁴ Si veda <https://twitter.com/StephenKing/status/1246098663174266882?s=20>.

negli spazi culturali sono state impossibili. Inoltre, come hanno notato gli esperti delle Nazioni Unite, la pandemia è stata utilizzata per giustificare abusi nel settore dei diritti umani, anche nell'area dei diritti culturali, con alcuni governi che hanno sfruttato i poteri di emergenza per censurare e criminalizzare gli artisti dissenzienti.

D'altra parte, i diritti culturali possono giocare, e hanno giocato, un ruolo prezioso nella risposta alla pandemia. Il COVID-19 ha imposto una rivoluzione digitale, imprimendo una spinta decisiva allo sviluppo della "vita culturale digitale". Le manifestazioni culturali nel cyberspazio si sono moltiplicate: concerti, spettacoli, proiezioni di film, letture, visite a musei e siti del patrimonio culturale, collezioni di biblioteche digitali sono state resi accessibili nello spazio culturale virtuale condiviso. Quelle che l'UNESCO ha definito "nuove forme virtuali di mobilità" hanno consentito interazioni culturali transnazionali senza problemi di visto o costi economici e ambientali.

Tuttavia, le opportunità culturali digitali sono minate e indebolite dal divario digitale⁷⁵. Le forti disuguaglianze nell'accesso a Internet, anche nei paesi più ricchi, si traducono in una disparità nel godimento dei diritti culturali. Le ridotte opportunità di accesso ad internet colpiscono, in particolare, le popolazioni povere, rurali e le minoranze; le opportunità digitali, inoltre, possono anche essere limitate da disabilità uditive o visive o dalle abilità linguistiche di coloro che non parlano le lingue dominanti. Anche in questo contesto, i membri di gruppi emarginati che affrontano disuguaglianze strutturali, compresi gli anziani, le persone con disabilità e le minoranze, sono stati colpiti in modo sproporzionato dagli effetti del COVID-19. Un'altra questione aperta è rappresentata dal diritto all'adeguato compenso dei titolari di diritti sulle opere creative; laddove le offerte culturali digitali sono state gratuite durante la pandemia, con importanti effetti positivi in termini di accesso del pubblico, si pone il problema di garantire la remunerazione degli artisti per il futuro. Nonostante questi elementi di criticità, il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite ha raccomandato di adottare misure affinché gli aspetti positivi dell'espansione della vita culturale digitale e delle innovazioni artistiche e culturali siano mantenuti e sviluppati in futuro; la vita culturale digitale rappresenta, infatti, un complemento a una vita culturale pubblica condivisa in spazi pubblici fisici. Questa stessa prospettiva è ripresa in uno dei rapporti tematici della Relatrice Speciale in materia di diritti culturali che ha ad oggetto l'importanza degli spazi pubblici per l'esercizio dei diritti culturali e le sfide che devono essere affrontate affinché tutti possano accedere e godere di tali spazi⁷⁶. Partendo dalle questioni sollevate, sotto diverse prospettive, da una varietà di parti interessate, la Relatrice Speciale ha individuato e analizzato alcune questioni particolarmente rilevanti dal punto di vista dei diritti culturali. Tra queste, figura l'importanza del cyberspazio come spazio pubblico. Premesso che gli spazi pubblici non sono più limitati a quelli fisici, la Relatrice sottolinea che ciò implica che le garanzie dei diritti umani si applicano anche nel cyberspazio e che le autorità pubbliche, per adempiere ai loro obblighi in materia di diritti umani, sono tenute ad adottare misure idonee a garantire l'accesso e la partecipazione ad esso⁷⁷.

⁷⁵ E. KUŹELEWSKA, M. TOMASZUK, "European Human Rights Dimension of the Online Access to Cultural Heritage in Times of the COVID-19 Outbreak", in *International Journal for the Semiotics of Law*, June 2020, 35(15), pp. 1067-1079; C. AGUERRE, "Right of Access to the Internet – Global Approaches" in S. MART (a cura di) *Human Rights, Digital Society and the Law. A Research Companion*, Routledge, 2019.

⁷⁶ UNGA, *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights*, 30.07.2019, (A/74/255).

⁷⁷ *Ibidem*, para. 70.

Sulla base di questa definizione ampia di spazi pubblici, il Rapporto approfondisce questioni specifiche come gli ostacoli all'espressione culturale negli spazi pubblici, le difficoltà di accesso e fruizione degli spazi pubblici, l'organizzazione di eventi culturali, lo svolgimento di pratiche culturali e l'uso delle lingue, diritti di accesso agli spazi naturali. In considerazione del fatto che gli spazi pubblici sono strumenti per la realizzazione dei diritti umani, la Relatrice raccomanda di utilizzare i diritti umani quale quadro di riferimento nella progettazione, lo sviluppo e la manutenzione degli spazi pubblici, negli ambienti urbani, rurali, naturali e digitali. Le autorità pubbliche hanno l'obbligo di garantire il carattere collettivo e partecipativo degli spazi pubblici e dovrebbero promuovere la creazione e la rigenerazione di spazi pubblici in condizioni di qualità, uguaglianza, inclusività e accessibilità. In questa prospettiva, il Rapporto focalizza l'attenzione sulla presenza o l'assenza di narrazioni culturali negli spazi pubblici, sotto forma di simboli, memoriali, architettura o pubblicità. In aggiunta, considera come vari gradi di privatizzazione possano influire sugli spazi pubblici e come questa situazione possa richiedere l'adozione di misure volte a garantire il godimento dei diritti culturali. Alla luce dell'analisi svolta, il Relatore speciale afferma che le autorità pubbliche hanno la responsabilità di creare, proteggere, garantire, sviluppare e mantenere spazi pubblici aperti e inclusivi per l'esercizio di tutti i diritti umani e dei diritti culturali in particolare.

I DIRITTI D'AUTORE NEGLI STRUMENTI INTERNAZIONALI PER LA TUTELA DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE

3.1. Gli strumenti convenzionali di portata globale

Un ruolo cruciale nella evoluzione della disciplina internazionale in tema di diritto d'autore è stato ed è tutt'oggi svolto dall'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI), un'agenzia autofinanziata delle Nazioni Unite, di cui fanno parte 192 Stati¹. Il sistema delle fonti internazionali in materia è molto articolato e caratterizzato da una crescente complessità. Ne fanno parte, in primo luogo, una serie di trattati internazionali di carattere generale, ai quali si affiancano numerose convenzioni che disciplinano il diritto d'autore con riferimento a specifiche tipologie di opere². Al fine di delineare sinteticamente gli elementi essenziali e le linee evolutive della disciplina internazionale vigente, saranno di seguito analizzate quattro convenzioni di carattere generale e portata globale: la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (Convenzione di Berna); l'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti

¹ Si veda il sito: <https://www.wipo.int/portal/en/>. Le attività svolte dall'OMPI includono la raccolta e la pubblicazione delle informazioni sulla protezione del diritto d'autore; ogni paese membro, infatti, comunica alla Organizzazione le normative sul copyright adottate e le successive modifiche. L'Organizzazione conduce, inoltre, studi e fornisce servizi progettati per facilitare la protezione del diritto d'autore. Per una ricostruzione del quadro generale si veda delle convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore si veda A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. Dalla società dell'informazione al mercato unico digitale*, Maggioli ed. 2022, Cap. 1; T. COOK (a cura di), *Sterling on World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, 2022; B. ATKINSON, B. FITZGERALD, *A Short History of Copyright, The Genie of Information*, Springer, 2014.

² Tra questi, a titolo di esempio, la Convenzione di Roma relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, del 1961, e il Trattato sulle interpretazioni, le esecuzioni e i fonogrammi, del 1996.

di proprietà intellettuale (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* -Accordo TRIPS); il Trattato sul diritto d'autore della OMPI (*WIPO Copyright Treaty*) e il Trattato di Marrakech per facilitare l'accesso ai testi pubblicati delle persone cieche, con incapacità visive o altre difficoltà ad accedere al testo stampato.

Il diritto d'autore è un diritto avente natura territoriale, ciò significa che sono le normative in vigore nel paese in cui l'opera è utilizzata a stabilire l'estensione della tutela ad essa riconosciuta e i relativi limiti. La disciplina cui l'opera è soggetta varia, pertanto, in base al paese in cui questa è divulgata e fruita.

Le prime forme di protezione del diritto d'autore a livello internazionale rispondevano appunto all'esigenza di limitare l'applicazione del principio di territorialità, nell'ambito di alcuni importanti trattati bilaterali. Col tempo, tuttavia, si è affermata l'esigenza di stabilire una disciplina comunemente accettata da un ampio numero di Stati della comunità internazionale; ciò ha condotto all'adozione, il 9 settembre 1886, della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, il primo strumento internazionale in materia, dotato di carattere multilaterale e di portata potenzialmente globale. Obiettivo della convenzione è quello di definire alcuni principi e regole condivisi, che siano idonei a garantire agli autori un livello minimo di tutela sulle loro opere, anche al di fuori del loro paese di origine.

La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, dopo la sua adozione nel 1886, è stata oggetto di regolari revisioni, approssimativamente ogni 20 anni, fino alle ultime revisioni avvenute a Stoccolma, nel 1967, e a Parigi, nel 1971. Le conferenze di revisione sono state convocate, in genere, per aggiornare la disciplina normativa rispetto alle questioni poste dall'evoluzione tecnologica, come quelle relative alla registrazione del suono, alla fotografia, alla radio, alla cinematografia e alla televisione. A partire dagli anni '70 e '80, in seguito agli importanti sviluppi tecnologici, la comunità internazionale ha adottato una strategia basata sullo 'sviluppo guidato' delle norme esistenti, attuato mediante studio e discussione, piuttosto che sull'adozione di nuove norme internazionali.

Le raccomandazioni, i principi guida e le disposizioni elaborati nell'ambito dell'OMPI (nelle fasi iniziali spesso in collaborazione con l'UNESCO) hanno offerto indicazioni ai governi su come rispondere alle sfide poste dalle nuove tecnologie. Tali strumenti erano basati sull'interpretazione della Convenzione di Berna, con riferimento, ad esempio, ai programmi per computer, alle banche dati, alla radiodiffusione via satellite e alla televisione via cavo, ed hanno, in alcuni casi, introdotto nuovi standard; basti pensare alla distribuzione e al noleggio di copie.

L'approccio basato sullo 'sviluppo guidato' ha avuto un impatto importante sulle normative nazionali degli Stati membri della Convenzione, contribuendo allo sviluppo del diritto d'autore in tutto il mondo. Alla fine degli anni '80, tuttavia, è emersa con forza l'esigenza di elaborare nuove norme internazionali vincolanti e si è dato inizio ad una nuova fase di negoziazione nell'ambito di due forum: l'OMPI e l'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), nel quadro dei negoziati dell'Uruguay Round.

3.2. La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche

La Convenzione di Berna è il più antico trattato internazionale in materia di diritto d'autore³ ed è aperto a tutti gli Stati della comunità internazionale⁴. Lo scopo della Convenzione di Berna, come dichiarato nel preambolo, è tutelare in maniera efficace, rendendoli il più possibile uniformi, i diritti degli autori sulle proprie opere letterarie e artistiche. Essa intende fornire ai creatori come autori, musicisti, poeti, pittori ecc. i mezzi per controllare come le loro opere vengono utilizzate, da chi e a quali condizioni.

La Convenzione, ora amministrata dall'OMPI, è ancora oggi uno degli strumenti fondamentali in materia. Come accennato, il trattato è stato modificato più volte al fine di migliorare la diffusione e l'efficacia del sistema di protezione previsto: rilevanti modifiche sono state apportate per far fronte alle sfide poste dallo sviluppo delle nuove tecnologie, ad esempio, al fine di riconoscere i diritti c.d. "connessi" all'utilizzo di tali opere⁵. La prima importante revisione è avvenuta a Berlino, nel 1908, seguita dalle revisioni di Roma, nel 1928, di Bruxelles, nel 1948, di Stoccolma, nel 1967, e di Parigi, nel 1971; è stata, infine, modificata nel 1979.

Oggetto di tutela sono le "opere letterarie e artistiche", definite dall'art. 2 della Convenzione, che individua l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina dettata. Tra queste viene ricompresa "qualsiasi produzione originale nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque sia la modalità o forma della sua espressione". L'articolo 2 contiene, inoltre, un elenco non esaustivo di opere che include: i libri, gli opuscoli ed altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammatico-musicali; le opere coreografiche e pantomimiche; le composizioni musicali con o senza parole; le opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia; le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, incisione e litografia; le opere fotografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche, i piani, schizzi e plastici relativi alla geografia, alla topografia, all'architettura o alle scienze. Sono, inoltre, protette come opere originali, le traduzioni, gli adattamenti, le riduzioni musicali e le altre trasformazioni di un'opera letteraria e artistica, senza pregiudizio dei diritti dell'autore dell'opera originale (articolo 2, par. 3). Analogamente, le raccolte di opere letterarie o artistiche come le enciclopedie e le antologie che, per la scelta o la disposizione della materia, abbiano carattere di creazioni intellettuali sono protette come tali, senza pregiudizio del diritto d'autore su ciascuna delle opere che fanno parte delle raccolte stesse (articolo 2, par. 5).

³ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 24 Luglio 1979, accessibile al seguente indirizzo: <https://wipolex.wipo.int/en/text/283693>. Si veda per un'analisi approfondita S. RICKETSON, J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, 2022; T. COOK (a cura di), *Sterling on World Copyright Law cit.*, part II, para. 4.

⁴ Attualmente la Convenzione di Berna conta 177 Stati parte nel mondo. L'Italia ha ratificato sia il trattato originale che le sue successive modifiche: da ultimo l'Atto di Parigi del 1971, è stato ratificato in Italia con legge 20 giugno 1978 n. 399. See G.P. UDOH, *The Protection of Literary Works under Article 2 of the Berne Convention and its Acceptability in EU Countries*, 2020, accessibile al seguente indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3562239> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3562239>.

⁵ Accanto alla categoria dei diritti d'autore, che riconoscono all'autore facoltà esclusive di utilizzazione economica dell'opera, esistono una serie di diritti attribuiti a chi, con la sua attività di impresa o con la propria creatività, interviene sull'opera stessa. Questi diritti, sono chiamati appunto "connessi" perché legati al diritto d'autore.

Ai sensi del medesimo articolo 2, ciascuno Stato che abbia ratificato la Convenzione di Berna può decidere in quale misura intende proteggere alcune tipologie di opere letterarie ed artistiche: i testi ufficiali di natura legislativa, amministrativa e giuridica (articolo 2, par. 4); le opere d'arte applicata e i disegni e modelli industriali (articolo 2, par. 7); i discorsi politici e i discorsi pronunciati nei dibattimenti giudiziari (articolo 2bis, par. 1); le conferenze, allocuzioni, ed opere analoghe pronunciate in pubblico (articolo 2bis, par. 2) e le opere di folklore (articolo 15, par. 4). Inoltre, l'articolo 2, paragrafo 2 prevede la possibilità di subordinare la protezione delle opere letterarie ed artistiche, o di una o più categorie di esse, alla loro fissazione su supporti materiali, pur mancando l'indicazione esplicita della natura di tali supporti.

Il sistema di protezione garantito dalla Convenzione a tali opere e ai loro autori si basa su tre principi fondamentali, che costituiscono elementi cardine che gli Stati parte della Convenzione devono rispettare nella elaborazione e attuazione della disciplina del diritto d'autore a livello nazionale. Il primo è il principio del "trattamento nazionale", secondo cui le opere originarie di uno Stato contraente⁶ devono godere, in ciascuno degli altri Stati contraenti, della stessa protezione che questi Stati accordano alle opere dei loro cittadini⁷. In base al secondo principio "della protezione automatica", la protezione garantita dalla Convenzione non deve essere subordinata al rispetto di alcuna formalità. Questi due principi consentono di garantire l'uniformità di trattamento, per la stessa tipologia di opere, all'interno di un determinato territorio nazionale (e solo all'interno di esso), e di garantirla in maniera automatica, senza che sia subordinata a formalità di registrazione, deposito o simili. In estrema sintesi, in ciascuno Stato parte, alle opere di autori stranieri si applica la protezione riconosciuta alle opere nazionali, senza alcuna formalità. Il terzo principio è quello dell'"indipendenza della protezione", secondo il quale la protezione è indipendente dall'esistenza di una simile protezione nel Paese di origine dell'opera. Tuttavia, se uno Stato contraente prevede una durata della protezione superiore al minimo previsto dalla Convenzione e l'opera cessa di essere protetta nel Paese d'origine, la protezione può essere negata una volta cessata nel Paese d'origine.

Per quanto attiene ai soggetti titolari dei diritti sulle opere letterarie e artistiche di cui all'articolo 2, il paragrafo 6, stabilisce che la protezione ai sensi della Convenzione opera a vantaggio dell'autore e dei suoi eredi. La Convenzione, tuttavia, non contiene una definizione della nozione di autore; l'esigenza di definire questo concetto sorgerà, infatti, per effetto dell'evoluzione tecnologica, come si vedrà più avanti. L'ambito soggettivo di applicazione della Convenzione è definito mediante i cosiddetti "criteri di collegamento", stabiliti dall'articolo 3. Essi sono: la nazionalità o la residenza dell'autore e il luogo di prima pubblicazione dell'opera. In sostanza, sono protetti in forza della Convenzione:

- gli autori che siano cittadini di, o risiedano abitualmente in, uno degli Stati parte della Convenzione, per le loro opere pubblicate o meno,

⁶ Le opere originarie di uno Stato contraente sono le opere il cui autore è cittadino di quello Stato o le opere pubblicate per la prima volta in quello Stato.

⁷ Eccezioni all'applicazione del principio del trattamento nazionale sono previste in casi limitati, in cui il godimento di un determinato diritto in un Paese è condizionato dalla reciprocità.

e

- gli autori che non siano cittadini o residenti di uno Stato parte della Convenzione, per le opere che essi pubblicano⁸. per la prima volta in uno Stato contraente o simultaneamente in un Paese che non sia parte della Convenzione e in uno Stato parte.

Dunque, l'autore di un'opera protetta dalla Convenzione, che si trovi in una delle condizioni appena indicate⁹, è tutelato ai sensi della disciplina stabilita nella Convenzione; egli, dunque, nei Paesi contraenti, godrà dei diritti riconosciuti agli autori nazionali nonché dei diritti conferiti dalla Convenzione stessa (art. 5, para. 1). La protezione ai sensi della Convenzione di Berna si applica a tutte le opere che, al momento della sua entrata in vigore in un determinato paese, non sono ancora cadute in pubblico dominio nel paese di origine a seguito della scadenza del termine di protezione (art. 18).

Oltre ai tre principi fondamentali descritti, la Convenzione di Berna stabilisce una protezione minima da garantire; essa fissa degli standard minimi di tutela che devono essere riconosciuti in tutti gli Stati contraenti, indipendentemente dalle regole stabilite dalle norme nazionali (*jus conventionis*). Si tratta di norme c.d. *self-executing*¹⁰, ossia di norme che godono di efficacia diretta negli ordinamenti giuridici degli Stati parte della Convenzione, che delineano un nucleo di diritti che gli Stati si impegnano a garantire, indipendentemente dalla propria legislazione interna. Gli autori delle opere letterarie e artistiche tutelate godono, innanzitutto, un gruppo di diritti esclusivi di natura patrimoniale che comprende: il diritto di traduzione (art. 8); il diritto di riproduzione in qualsiasi modo o forma, che includa qualsiasi registrazione di suono o immagine (art. 9); il diritto di eseguire opere drammatiche, drammatico-musicali e musicali (art. 11); il diritto di trasmettere e comunicare al pubblico, tramite filo, ritrasmissione o altoparlante o qualsiasi altro strumento analogo, la trasmissione dell'opera (art. 11bis); il diritto di recitazione pubblica (art. 11ter); il diritto di apportare adattamenti, variazioni o altre modifiche di un'opera (art. 12); il diritto di registrazione di un'opera musicale o di sue parole (art. 13); il diritto di fare adattamenti cinematografici e riproduzioni di un lavoro (articolo 14).

In aggiunta a questi diritti, la Convenzione di Berna prevede un nucleo di “diritti morali”, cioè, il diritto dell'autore di rivendicare la paternità della sua opera e di opporsi a qualsiasi distorsione, mutilazione o altre modifiche e ad ogni altro atto a danno dell'opera stessa, che possa essere pregiudizievole per il suo onore o la

⁸ Ai sensi dell'art. 3, para. 3, per “opere pubblicate” si devono intendere le opere edite col consenso dei loro autori, qualunque sia il modo di fabbricazione degli esemplari, purché questi, tenuto conto della natura dell'opera, siano messi a disposizione del pubblico in modo tale da soddisfarne i ragionevoli bisogni. Non costituiscono pubblicazione la rappresentazione di un'opera drammatica, drammatico-musicale o cinematografica, l'esecuzione di un'opera musicale, la recitazione pubblica di un'opera letteraria, la trasmissione o la radiodiffusione di opere letterarie od artistiche, l'esposizione di un'opera d'arte e la costruzione di un'opera di architettura.

⁹ Ai sensi dell'articolo 4, tuttavia, sono protetti anche se le condizioni previste dall'articolo 3 non risultano adempiute: a) gli autori di opere cinematografiche, il cui produttore abbia sede o residenza abituale in uno dei Paesi dell'Unione; b) gli autori di opere di architettura edificate in un Paese dell'Unione o di opere delle arti grafiche e plastiche incorporate in uno stabile situato in un Paese dell'Unione.

¹⁰ Si dicono *self-executing* quelle norme di carattere sovranazionale (es. regolamenti dell'Unione Europea) o internazionale che, complete in tutti i loro elementi, sono suscettibili di applicazione immediata nell'ordinamento giuridico interno dei singoli Paesi. Sono norme cioè, che prevedono nel dettaglio la disciplina della fattispecie cui si indirizzano, senza che sia necessaria un'attività integrativa di recepimento da parte dello Stato.

sua reputazione. Tali diritti sono da considerarsi indipendenti rispetto ai diritti patrimoniali e spettano all'autore anche dopo la cessione di questi ultimi.

Gli standard minimi di protezione previsti dalla Convenzione di Berna riguardano anche la durata della protezione. L'articolo 7 stabilisce che la durata minima della protezione è pari alla vita dell'autore più 50 anni dopo la sua morte (art. 7, para. 1). Esistono tuttavia delle eccezioni a questa regola di base per alcune categorie di opere, in particolare le opere cinematografiche (art. 7, para. 2), le opere anonime o comunicate al pubblico con pseudonimo (art. 7, par. 3), e le opere fotografiche e quelle delle arti applicate, protette in qualità di opere artistiche (art. 7, para. 4). In particolare, per i lavori fotografici e le opere d'arte applicata, il termine minimo di protezione è di 25 anni dalla realizzazione del lavoro, ferma restando la facoltà dei Paesi che hanno firmato il trattato di stabilire una durata superiore. In linea generale, la Convenzione precisa che la durata della protezione dei diritti garantiti deve essere regolata dalla legge del Paese in cui ne viene richiesta la protezione; tuttavia, salvo diversa disposizione legislativa nazionale, la durata della protezione non potrà eccedere quella stabilita nel Paese d'origine dell'opera stessa¹¹. La maggioranza dei paesi del mondo ha deciso di stabilire un periodo di protezione di durata uguale a tutta la vita dell'autore sommato ad un periodo ulteriore di protezione di 50 anni, ritenendosi giusto ed equo che tale protezione venisse accordata per tutta la durata della vita sia dell'autore che dei suoi figli; questa previsione dovrebbe anche fornire l'incentivo necessario per stimolare la creatività e costituire un equo bilanciamento tra gli interessi degli autori e le esigenze della società. Per quanto riguarda i diritti morali, il termine di protezione si estende almeno fino alla scadenza dei diritti patrimoniali e, dopo la morte dell'autore, questi diritti sono esercitabili dalle persone o istituzioni a ciò legittimate dalla legislazione nazionale del Paese in cui la protezione è richiesta. La durata di questa protezione, tuttavia, può subire delle eccezioni (articolo 6 bis, paragrafo. 2).

Come contrappeso agli standard minimi di protezione, vi sono disposizioni della Convenzione di Berna che limitano la rigorosa applicazione delle norme in materia di esclusività dei diritti. Tali disposizioni prevedono alcune limitazioni ed eccezioni ai diritti economici; esse introducono delle ipotesi in cui le opere protette possono essere utilizzate senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore e senza il pagamento di un compenso. Queste limitazioni sono comunemente definite "libere utilizzazioni" delle opere protette e sono stabilite dall'articolo 9(2) (riproduzione in alcuni casi particolari), articolo 10 (citazioni e utilizzo di opere a titolo illustrativo per scopi didattici), articolo 10bis (riproduzione di articoli di giornale o simili e utilizzo di opere a scopo di cronaca) e articolo 11bis (3) (registrazioni effimere a scopo di radiodiffusione).

In questo contesto, assumono particolare rilevanza gli articoli 9 par. 2 e 10 della Convenzione. All'articolo 9 par. 2 è infatti prevista una mitigazione del diritto esclusivo dell'autore dell'opera ad autorizzarne la riproduzione, riservando agli Stati parte la facoltà di permettere, in taluni casi speciali, la riproduzione delle opere letterarie ed artistiche protette dalla Convenzione, purché siano rispettate alcune

¹¹ Ai sensi dell'art. 5 par. 4, il paese di origine dell'opera è lo Stato contraente dove è avvenuta la pubblicazione, nel caso di opere pubblicate; lo stato di cui l'autore ha la nazionalità (o dove risiede), nel caso di opere non pubblicate, o pubblicate in uno Stato non contraente o pubblicate in uno Stato contraente ma con modalità che non soddisfano i requisiti previsti dalla Convenzione (art. 3 par. 3).

condizioni. Il c.d. “*Three-Step Test*” (test in tre passaggi) pone un triplice vaglio al superamento del quale è sottoposta la conformità delle eccezioni e limitazioni al diritto d’autore. Le eccezioni devono trovare applicazione solo in:

- determinati casi speciali
- che non si pongano in contrasto con il normale sfruttamento dell’opera
- e
- che non pregiudichino in maniera “non ragionevole” i diritti previsti in capo all’autore¹².

Alla legislazione interna degli Stati parte è affidato il compito di realizzare tale bilanciamento. Al successivo articolo 10, invece, sono previsti alcuni “*usi gratuiti*” delle opere protette dalla Convenzione. In particolare, rimettendone la scelta alla legislazione dello Stato parte o ad accordi bilaterali tra gli Stati stessi, è previsto che siano permesse le citazioni di opere già rese lecitamente accessibili al pubblico, nonché le citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche (par. 1), e che sia consentito l’utilizzo di opere letterarie o artistiche a titolo illustrativo per l’insegnamento, mediante pubblicazioni, emissioni radiodiffuse o registrazioni sonore o visive (par. 2), con il solo limite che la citazione/l’utilizzo sia fatta conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo, provvedendo sempre alla citazione della fonte e del nome dell’autore. L’Appendice all’Atto di Parigi della Convenzione consente, inoltre, ai Paesi in via di sviluppo di applicare licenze non volontarie per la traduzione e la riproduzione di opere in alcuni casi, in relazione ad attività educative. In questi casi, l’uso descritto è consentito senza l’autorizzazione del titolare dei diritti, previo pagamento di un compenso fissato dalla legge.

Per ciò che attiene alla trasmissione e alla circolazione delle opere protette dalla Convenzione e dei diritti d’autore ad esse connesse, è necessario prendere in considerazione l’articolo 17 della Convenzione. Questa disposizione, infatti, fa salvo il diritto di ogni Stato contraente di permettere o meno, ma anche di controllare mediante atti di natura legislativa e/o regolamentare, la circolazione e la trasmissione di opere protette, per cui il Governo dello Stato stesso ritenga necessario esercitare tale diritto.

La Convenzione di Berna non prevede un proprio meccanismo volta a garantire l’applicazione delle norme da parte degli Stati parte. Ciò significa che gli Stati membri hanno un potere piuttosto limitato nel sanzionare un altro Stato che non abbia rispettato le disposizioni della Convenzione. Questa situazione è parzialmente cambiata per i membri della Convenzione di Berna che hanno aderito anche all’Organizzazione Mondiale per il Commercio. In caso di controversie relative all’interpretazione e all’applicazione della Convenzione, questa si limita ad invitare gli Stati ad esperire un tentativo di risoluzione di eventuali controversie che dovessero insorgere nei loro rapporti reciproci, mediante l’organizzazione di negoziati (articolo 33). Qualora questi non siano sufficienti, è prevista la possibilità di ricorrere di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia, in conformità con le disposizioni dello Statuto della Corte stessa, a meno che le parti interessate dalla controversia

¹² Si veda E. SCHWARTZ, *An Overview of the International Treatment of Exceptions*, PIJIP Research Paper no. 2014-02 American University Washington College of Law, Washington, D.C., 2014.

non concordino sull'utilizzazione di un metodo alternativo di composizione dei propri interessi confliggenti.

3.3. L'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale

Il Trattato sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement* – Accordo TRIPS)¹³ è un Allegato (1C) dell'Accordo di Marrakech che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, firmato a Marrakech, in Marocco, il 15 aprile 1994¹⁴. L'OMC è l'istituzione internazionale nata dall'evoluzione dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio, il GATT, il quale si è sviluppato progressivamente attraverso otto cicli di negoziazione multilaterale fra le parti contraenti (cd. “round”), sino alla istituzione della OMC al termine dell'ottavo ciclo di negoziati commerciali, l'Uruguay round, avvenuto appunto a Marrakech, nel 1994.

Gli obiettivi generali dell'Accordo TRIPS sono enunciati nel Preambolo, che riprende gli obiettivi negoziali di base dell'Uruguay Round. Essi includono la riduzione delle distorsioni e degli impedimenti al commercio internazionale, la promozione di una protezione efficace e adeguata dei diritti di proprietà intellettuale e la garanzia che le misure e le procedure di applicazione dei diritti di proprietà intellettuale non diventino esse stesse ostacoli al commercio legittimo. Questi obiettivi vanno letti in combinato disposto con l'articolo 7 (“Obiettivi”), secondo il quale la protezione e l'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale devono contribuire alla promozione dell'innovazione tecnologica e al trasferimento e alla diffusione della tecnologia, a vantaggio reciproco dei produttori e degli utenti delle conoscenze tecnologiche e in modo da favorire il benessere sociale ed economico, nonché l'equilibrio tra diritti e doveri. Particolarmente rilevante per le tematiche oggetto della nostra analisi è il successivo articolo 8, intitolato “Principi”, il quale afferma che gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per proteggere la salute pubblica e la nutrizione e per promuovere l'interesse pubblico in settori di vitale importanza per il loro sviluppo socio-economico e tecnologico, a condizione che tali misure siano coerenti con le disposizioni dell'Accordo. Purché tale condizione di coerenza sia rispettata, gli Stati membri possono, in particolare, adottare, laddove necessarie, misure appropriate per prevenire l'abuso dei diritti di proprietà intellettuale da parte dei titolari dei diritti o il ricorso a pratiche che limitano irragionevolmente il commercio o influiscono negativamente sul trasferimento internazionale di tecnologia.

L'ambito di applicazione del Trattato si estende alle diverse le categorie di proprietà intellettuale, che sono oggetto delle sezioni da 1 a 7 della Parte II dell'Accordo, includendo il diritto d'autore e i diritti correlati; i marchi di fabbrica, compresi i marchi di servizio; le indicazioni geografiche, comprese le denominazioni di origine; i disegni industriali; i brevetti, compresa la protezione di nuove varietà di

¹³ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, accessibile al seguente indirizzo: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-TRIPs_01_e.htm. L'Accordo TRIPS, è entrato in vigore il 1° gennaio 1995, e conta attualmente 164 Stati parte nel mondo. L'Italia ha ratificato il trattato con Legge n. 747 del 29 dicembre 1994. Si veda per un'analisi approfondita H. ULLRICH, R. M. HILTY, M. LAMPING, J. DREXL (a cura di), *TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles*, Springer, 2016.

¹⁴ *Agreement establishing the World Trade Organization*, 15 Aprile 1994, accessibile al seguente indirizzo: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf.

piante; i progetti di layout dei circuiti integrati; le informazioni non divulgate, compresi i segreti commerciali e i dati di prova. Pertanto, sono disciplinati tanto i diritti di proprietà intellettuale che devono essere registrati per essere protetti (i brevetti, il design industriale e di circuiti integrati, le indicazioni geografiche e i marchi di fabbrica), quanto i diritti che sono protetti automaticamente, senza obblighi di registrazione e divulgazione del contenuto (i diritti d'autore e i segreti industriali).

Per ciascuno di questi settori della proprietà intellettuale, l'Accordo TRIPS stabilisce gli standard minimi di protezione che ciascun membro deve garantire, definendo l'oggetto da proteggere, i diritti da riconoscere, la durata minima della protezione e le eccezioni ammesse.

Tali standard sono definiti, innanzitutto, mediante rinvio alle principali convenzioni dell'OMPI: la Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale e la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, nelle loro versioni più recenti. Tutte le principali disposizioni sostanziali di queste convenzioni sono incorporate mediante rinvio e diventano, quindi, obblighi sostanziali ai sensi dell'Accordo TRIPS, che è, dunque, in buona parte, basato su principi e regole vecchi più di un secolo. Un'eccezione è rappresentata dalle disposizioni della Convenzione di Berna sui diritti morali. Per ciò che concerne il diritto d'autore, trattato nella Sezione 1 della Parte II, gli Stati sono tenuti al rispetto degli articoli da 1 a 21 della Convenzione di Berna; non hanno, invece, diritti o obblighi in relazione all'articolo 6bis della Convenzione, che riguarda i diritti morali e i diritti da essi derivati (articolo 9.1); ciò è dovuto alla diversa concezione di questi diritti nei paesi di *common law* e *civil law*. L'Accordo TRIPS, inoltre, stabilisce che nulla, nelle parti da I a IV dell'Accordo, deroga agli obblighi esistenti che gli Stati membri possono avere tra loro a norma della Convenzione di Parigi o della Convenzione di Berna (articolo 2.2).

In sostanza, l'Accordo TRIPS estende l'applicazione dei principi fondamentali del GATT alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale e rinvia, per la disciplina sostanziale, ai principali accordi internazionali già vigenti in materia. In aggiunta, esso contiene disposizioni riguardanti i singoli diritti di proprietà intellettuale, introducendo alcuni obblighi ulteriori, in relazione a questioni che le convenzioni preesistenti non disciplinano o disciplinano in maniera considerata inadeguata, con l'obiettivo di creare un quadro normativo di riferimento uniforme, che consenta di evitare effetti distorsivi sul commercio internazionale.

Gli Stati membri godono di discrezionalità nella scelta delle misure di attuazione delle disposizioni dell'Accordo TRIPS all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale e hanno facoltà di prevedere una protezione più ampia di quanto richiesto, a condizione che tale protezione aggiuntiva non risulti in contrasto con altre disposizioni dell'Accordo stesso.

Come nelle principali convenzioni sulla proprietà intellettuale preesistenti, un principio fondamentale, relativo alla natura e alla portata degli obblighi derivanti dal trattato TRIPS, è quello secondo il quale ogni Paese membro è tenuto a riconoscere la protezione garantita dall'Accordo TRIPS a tutti i cittadini degli altri Stati membri ("*nationals of other Members*"). L'articolo 1.3 chiarisce che i "*nationals*" non sono solo i "cittadini"; l'espressione include anche persone, fisiche o giuridiche, che hanno uno stretto legame con altri Stati membri senza essere necessariamente loro cittadini. I criteri per determinare quali persone debbano beneficiare

del trattamento previsto dall'Accordo sono quelli stabiliti a tal fine nelle principali convenzioni sulla proprietà intellettuale preesistenti dell'OMPI, applicati ovviamente a tutti i membri dell'OMC, indipendentemente dal fatto che siano o meno parti di tali convenzioni¹⁵.

Gli articoli 3, 4 e 5 dell'Accordo TRIPS riguardano i due principi fondamentali estesi a tutte le categorie di proprietà intellettuale coperte dall'Accordo: il "principio del trattamento nazionale" (art. 3) e il principio della nazione favorita (art. 4). In base al principio del "trattamento nazionale", lo Stato deve riconoscere ai cittadini ("nationals") di altri Stati membri dell'OMC, che siano in possesso dei requisiti previsti dai criteri di collegamento, un trattamento equivalente a quello riservato ai propri cittadini (autori, inventori, ...) ¹⁶. Il "principio della nazione più favorita", tradizionalmente non previsto nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale, nel contesto delle negoziazioni multilaterali tra Stati, prevede, invece, che qualsiasi vantaggio, favore, privilegio o immunità concessa da uno Stato membro ai cittadini ("nationals") di qualsiasi altro paese (che si tratti di un membro o meno) sia concesso immediatamente e incondizionatamente ai cittadini di tutti gli altri Stati membri, fatte salve determinate esenzioni specifiche¹⁷. La cd. clausola della nazione favorita, in sostanza, impone a ciascuno Stato membro dell'OMC di riservare ai cittadini di altri Stati membri, un trattamento non meno favorevole di quello accordato ai cittadini di uno Stato terzo, anche se tale trattamento è più favorevole rispetto a quello che concede ai propri cittadini. In tal modo, l'Accordo TRIPS applica il principio di non discriminazione alla materia della proprietà intellettuale: mentre la clausola del trattamento nazionale vieta la discriminazione tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di altri Stati membri, la clausola del trattamento della nazione più favorita vieta la discriminazione tra i cittadini di altri Stati membri. Quest'ultimo impone che ogni vantaggio in materia di proprietà intellettuale accordato da un paese membro dell'OMC ad un altro paese deve essere riconosciuto a qualsiasi altro paese membro OMC.

Con specifico riferimento alla disciplina in materia di diritti d'autore, come accennato in precedenza, durante i negoziati dell'Uruguay Round si è convenuto che il punto di partenza dovesse essere il livello di protezione esistente ai sensi della Convenzione di Berna, come modificata con l'Atto di Parigi del 1971. Si è ritenuto, infatti, che la Convenzione di Berna fornisse già, per la maggior parte, adeguati standard di base per la protezione del diritto d'autore. A conferma di ciò, ai sensi

¹⁵ In particolare, Convenzione di Berna per gli autori di opere letterarie e artistiche, la Convenzione di Roma per i titolari di diritti connessi, la Convenzione di Parigi in materia di proprietà industriale, il Trattato sulla proprietà intellettuale in materia di circuiti integrati (Trattato IPIC).

¹⁶ Per quanto riguarda l'obbligo di trattamento nazionale, le eccezioni consentite dalle preesistenti convenzioni sulla proprietà intellettuale dell'OMPI sono consentite anche dal TRIPS.

¹⁷ Accordo TRIPS, Articolo 4, Trattamento della nazione più favorita. "Sono esenti da questo obbligo tutti i vantaggi, benefici, privilegi o immunità accordati da un membro:

- a) derivanti da accordi internazionali in materia di assistenza giudiziaria o applicazione della legge di carattere generale e non particolarmente limitati alla protezione della proprietà intellettuale;
- b) concessi in conformità alle disposizioni della Convenzione di Berna (1971) o della Convenzione di Roma in virtù delle quali il trattamento accordato può essere funzione non del trattamento nazionale bensì del trattamento concesso in un altro paese;
- c) relativi ai diritti degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione non contemplati dal presente accordo;
- d) derivanti da accordi internazionali relativi alla protezione della proprietà intellettuale entrati in vigore prima dell'entrata in vigore dell'Accordo OMC, purché tali accordi siano notificati al consiglio TRIPS e non costituiscano una discriminazione arbitraria o ingiustificata contro i cittadini degli altri membri."

dell'articolo 9.1 dell'Accordo TRIPS, gli Stati Membri sono tenuti a rispettare le disposizioni sostanziali di cui agli articoli da 1 a 21 della Convenzione di Berna e la relativa Appendice. Le disposizioni della Convenzione di Berna a cui si fa riferimento riguardano elementi quali l'oggetto da proteggere, la durata minima della protezione, i diritti da conferire e le limitazioni ammissibili a tali diritti. L'Appendice consente ai Paesi in via di sviluppo, a determinate condizioni, di apportare alcune limitazioni al diritto di traduzione e al diritto di riproduzione.

Oltre a richiedere il rispetto degli standard di base della Convenzione di Berna, l'Accordo TRIPS disciplina nel dettaglio alcune questioni specifiche, introducendo alcune importanti novità, come l'estensione della protezione del diritto d'autore ai programmi per computer e alle raccolte di dati, opere non tutelate dalla Convenzione di Berna.

L'articolo 10.1 dell'Accordo TRIPS stabilisce, infatti, che i programmi per elaboratore, sia in codice sorgente che in codice oggetto, sono protetti come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna. Di conseguenza, i programmi per elaboratore devono essere protetti dal diritto d'autore e le disposizioni della Convenzione di Berna che si applicano alle opere letterarie devono essere applicate anche ad essi. La disposizione chiarisce, inoltre, che la forma in cui un programma si presenta, se in codice sorgente o oggetto, non influisce sulla protezione. L'obbligo di proteggere i programmi per computer come opere letterarie ha importanti implicazioni; in primo luogo, la durata generale della protezione di 50 anni si applica ai programmi per computer; mentre termini più brevi applicabili alle opere fotografiche e alle opere d'arte applicata non possono essere applicati. Inoltre, significa che solo le limitazioni applicabili alle opere letterarie possono essere applicate ai programmi per computer.

Un altro elemento di grande rilevanza riguarda le banche dati: l'articolo 10.2 chiarisce che le banche dati e le altre compilazioni di dati o altro materiale sono protette in quanto tali dal diritto d'autore, anche se includono dati che non sono protetti dal diritto d'autore. Le banche dati, in quanto tali, possono essere protette dal diritto d'autore, in quanto opere creative, vale a dire, a condizione che esse costituiscano creazioni intellettuali in virtù della selezione o della disposizione dei loro contenuti. Coerentemente, l'articolo chiarisce che tale protezione non si estende ai dati o al materiale in esse contenuti, e che non pregiudica alcun diritto d'autore esistente sui dati o sul materiale. La disposizione conferma, inoltre, che le banche dati devono essere protette indipendentemente dalla forma in cui si presentano, se a lettura automatica o in altra forma.

Altra disposizione rilevante è l'articolo 13, il quale impone agli Stati Membri di circoscrivere le limitazioni o le eccezioni ai diritti esclusivi a determinati casi speciali che non siano in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera e non pregiudichino in modo irragionevole i legittimi interessi del titolare del diritto. Si tratta di una disposizione orizzontale che si applica a tutte le limitazioni ed eccezioni consentite dalle disposizioni della Convenzione di Berna e della sua Appendice, come incorporate nell'Accordo TRIPS. L'applicazione di queste limitazioni è consentita anche dall'Accordo TRIPS, ma la disposizione chiarisce che devono essere applicate in modo da non pregiudicare i legittimi interessi del titolare del diritto.

L'Accordo TRIPS, nella sua concezione e nelle sue procedure di attuazione, non riflette un approccio ai diritti umani; sempre più numerose, tuttavia, sono le voci cri-

tiche che si sono sollevate chiedendo che i diritti umani svolgano un ruolo 'correttivo' ai diritti di proprietà intellettuale e alla loro attuazione nel contesto del TRIPS. La questione cruciale è, ovviamente, come raggiungere questo obiettivo. Secondo la disciplina convenzionale, i diritti umani costituiscono eccezioni non essenziali ai diritti di proprietà intellettuale. Gli obblighi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani possono essere presi in considerazione solo se l'Organizzazione mondiale del commercio o i suoi Stati membri sono vincolati da tali obblighi. In tal caso, si pone la questione del rapporto tra le norme del TRIPS e quelle in materia di diritti umani. Ciò potrebbe riflettersi, in particolare, sul modo in cui l'OMC applica l'Accordo TRIPS nell'ambito del suo sistema di risoluzione delle controversie. Le norme in materia di interpretazione dei trattati di cui all'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, norme di diritto consuetudinario, consentono ai diritti umani di svolgere un ruolo nell'ambito di questo sistema. I tentativi di stabilire la conformità tra il TRIPS e le norme in materia di diritti umani dovrebbero, inoltre, tenere conto degli obblighi extraterritoriali derivanti dai diversi trattati delle Nazioni Unite sui diritti umani, in particolare dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Gli Stati parte del PIDESC non sono tenuti a rispettare le disposizioni in esso contenute solo quando gli effetti delle loro azioni si producono sul piano nazionale, ma anche qualora la loro condotta, ad esempio nell'ambito dell'OMC, è suscettibile di incidere sui diritti economici, sociali e culturali delle popolazioni di altri Paesi¹⁸.

L'Accordo TRIPS pone un'attenzione particolare alle procedure di enforcement volte a consentire un'azione efficace contro qualsiasi atto di violazione dei diritti di proprietà intellettuale protetti dall'Accordo, richiedendo rimedi rapidi e che costituiscano un deterrente per ulteriori violazioni. Le procedure deputate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale devono essere giuste ed eque, non inutilmente complicate o costose, né possono comportare termini irragionevoli o ritardi ingiustificati (articolo 41.2). Le decisioni sul merito del caso devono essere preferibilmente scritte e motivate, devono essere rese disponibili almeno alle parti del procedimento senza indebiti ritardi e devono basarsi solo su prove, in relazione alle quali, le parti hanno avuto l'opportunità di essere sentite nel corso della procedura (articolo 41.3). Le parti di un procedimento devono avere l'opportunità di far riesaminare le decisioni amministrative definitive e, almeno, gli aspetti legali delle decisioni giudiziarie iniziali sul merito di un caso, ad eccezione delle assoluzioni nei casi penali (articolo 41, paragrafo 4). In linea generale, le procedure devono essere regolate e svolte in modo tale da evitare la creazione di barriere al commercio legittimo e devono prevedere misure di salvaguardia contro il loro abuso. L'obbligo per i paesi membri di prevedere sanzioni efficaci per le violazioni dei diritti d'autore è una delle novità più importanti del TRIPS e uno degli elementi che lo differenzia dalla Convenzione di Berna. A ciò si aggiunga che, come già

¹⁸ Si veda in proposito l'analisi dettagliata condotta da K. D. BEITER, "Establishing Conformity Between TRIPS and Human Rights: Hierarchy in International Law, Human Rights Obligations of the WTO and Extraterritorial State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" in H. ULLRICH, R. M. HILTY, M. LAMPING, J. DREXL (a cura di), *TRIPS plus 20: From Trade Rules to Market Principles*, cit., pp. 445 ss.; il quale, premesso che sia l'OMC che i suoi membri sono vincolati dagli obblighi derivanti dalle norme internazionali in materia di diritti umani e che, in molti casi, tali norme devono essere considerate sovraordinate al diritto del commercio internazionale, afferma che il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali dovrebbe adottare un approccio più proattivo nel definire gli obblighi extraterritoriali previsti dal PIDESC e dovrebbe avere il coraggio di adottare una posizione chiara in caso di conflitto tra TRIPS e norme del Patto.

evidenziato, ciascuno Stato membro può esigere dagli altri Stati membri il rispetto degli obblighi previsti dall'Accordo mediante il meccanismo di risoluzione delle controversie esistente nell'ambito dell'OMC.

3.4. Il Trattato sul diritto d'autore dell'Organizzazione Mondiale per la proprietà intellettuale

Dopo l'adozione dell'Accordo TRIPS, il lavoro dei comitati dell'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale si è intensificato con riferimento ad alcune questioni non affrontate nell'Accordo TRIPS. A tal fine, nel 1996, la *WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Related Rights Questions* ha adottato il Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI¹⁹. Le questioni affrontate in questo contesto sono state indicate come "agenda digitale". Durante i lavori preparatori, è emerso con chiarezza che l'obiettivo più importante e urgente perseguito dalla Conferenza era quello di chiarire le norme esistenti e, ove necessario, crearne di nuove per rispondere alle problematiche sollevate dalla tecnologia digitale, e in particolare dalla diffusione della rete internet.

Il Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI è un accordo speciale ai sensi dell'articolo 20 della Convenzione di Berna che si occupa della protezione delle opere e dei diritti dei loro autori nell'ambiente digitale²⁰. Ogni parte contraente è tenuta a rispettare le disposizioni sostanziali della Convenzione di Berna, anche se non è vincolata dalla Convenzione stessa²¹. Inoltre, il Trattato disciplina due 'opere' che devono essere protette dal diritto d'autore: i programmi per elaboratore, qualunque sia il modo o la forma della loro espressione; e le compilazioni di dati o altro materiale ("banche dati"), in qualsiasi forma, che in virtù della selezione o della disposizione del loro contenuto costituiscono creazioni intellettuali²².

L'articolo 1 del Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI chiarisce, in primo luogo, i rapporti con la Convenzione di Berna e gli altri trattati internazionali vigenti. Esso stabilisce che nessuna disposizione del Trattato può derogare agli obblighi che le Parti contraenti hanno assunto reciprocamente in base alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (paragrafo 2). Di conseguenza, in nessun caso le disposizioni in esso contenute potranno essere interpretate in modo che ciò determini un abbassamento del livello di protezione garantito dalla Convenzione di Berna. A garanzia del massimo rispetto della Convenzione di Berna, il successivo paragrafo 4 dell'articolo 1 include, per riferimento, le disposizioni sostanziali della Convenzione, disponendo che le parti contraenti devono conformarsi agli articoli da 1 a 21 e all'Appendice di tale convenzione. Con riferi-

¹⁹ *World Intellectual Property Organization Copyright Treaty*, 20 dicembre 1996. Ad oggi, il Trattato conta 113 Stati parte nel mondo. L'Unione Europea ha recepito le statuizioni del Trattato nella Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, implementata poi da tutti gli Stati membri dell'UE, Italia compresa (si veda *infra* para. 3..2.5). Il testo è accessibile al seguente link: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>. Per un'analisi approfondita, si rinvia a G. DINWOODIE, "The WIPO Copyright Treaty: A Transition to the Future of International Copyright Lawmaking", *Case Western Reserve Law Review* 2007/ 4, p. 751 ss.; I. ATANASOVA, "Copyright Infringement in Digital Environment", *Economics & Law*, 2019, p. 13 ss..

²⁰ L'articolo 20 della Convenzione di Berna prevede che: "The Governments of the countries of the Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far as such agreements grant to authors more extensive rights than those granted by the Convention, or contain other provisions not contrary to this Convention".

²¹ L'articolo 1, para 3, chiarisce che, per Convenzione di Berna si intende l'Atto di Parigi del 24 luglio 1971 della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche.

²² Una banca dati che non costituisce una creazione intellettuale, non rientra nell'ambito di applicazione del Trattato.

mento ai rapporti del WCT con i trattati diversi dalla Convenzione di Berna, il paragrafo 1, afferma che il Trattato non deve pregiudicare alcun diritto o obbligo derivante altre convenzioni²³.

Le disposizioni del Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI che in questa sede sembra importante richiamare riguardano alcune questioni specifiche: i diritti applicabili alla memorizzazione e alla trasmissione di opere nei sistemi digitali, le limitazioni e le eccezioni ai diritti in un ambiente digitale, le misure tecnologiche di protezione e i diritti alla gestione delle informazioni.

Per le questioni in senso lato 'definitorie', il Trattato effettua un semplice rinvio; difatti, all'articolo 3, prevede l'applicazione, *mutatis mutandis*, degli articoli da 3 a 6 della Convenzione di Berna con riferimento a: il paese d'origine, il trattamento nazionale, la protezione libera da formalità di registrazione, la possibile restrizione della protezione («*backdoor*») per quanto riguarda le opere di cittadini di determinati paesi che non aderiscono al trattato. L'articolo 3 include, dunque, l'applicazione, *mutatis mutandis*, degli articoli 2 e 2bis della Convenzione di Berna relativi alla individuazione delle opere protette; operando, tuttavia, un ampliamento dell'ambito oggettivo della protezione garantita. Pur partendo dal medesimo concetto di "opere letterarie e artistiche" dettato dalla Convenzione di Berna, il Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI chiarisce alcune questioni che sono a cavallo con la disciplina prevista dal Trattato TRIPs. In primo luogo, l'articolo 2 chiarisce che la protezione del diritto d'autore si estende alle espressioni e non a idee, procedure, metodi operativi o concetti matematici come tali. In secondo luogo, gli articoli 4 e 5 chiariscono che sono inclusi nell'ambito di applicazione del Trattato i programmi per computer, come opere letterarie, e le compilazioni di dati (banche dati). Richiamando quanto previsto dall'articolo 10 dell'Accordo TRIPs, l'articolo 5 precisa che la protezione si estende solo alle banche dati che in virtù della selezione o della disposizione dei loro contenuti costituiscono creazioni intellettuali e che tale protezione non si estende ai dati o ai materiali in esse contenuti, non pregiudicando i diritti d'autore eventualmente esistenti sui tali dati o materiali²⁴.

Per quanto riguarda il novero dei diritti riconosciuti agli autori, oltre ai diritti riconosciuti dalla Convenzione di Berna, l'articolo 6, paragrafo 1, del Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI prevede anche: il diritto di distribuzione, il diritto di noleggio, e un più ampio diritto di comunicazione al pubblico. Il "diritto di distribuzione" è il diritto esclusivo di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e delle copie di un'opera attraverso la vendita o altri trasferimenti di proprietà. Ai sensi della Convenzione di Berna, tale diritto era esplicitamente menzionato solo con riferimento alle opere cinematografiche. In linea con quanto previsto dall'Accordo TRIPs, l'articolo 7 riconosce, inoltre, agli autori "il diritto di noleggio", ossia il diritto di autorizzare il noleggio commerciale al pubblico dell'originale e di copie di tre tipi di opere: i programmi per computer, le opere cinematografiche e le opere incorporate in fonogrammi, come stabilito dalla legislazione nazionale degli Stati

²³ Articolo 1, paragrafo 1: "This Treaty shall not have any connection with treaties other than the Berne Convention, nor shall it prejudice any rights and obligations under any other treaties". L'Accordo TRIPs e la *Universal Copyright Convention* (negoziata in ambito UNESCO) sono esempi degli questi "other treaties" rilevanti.

²⁴ Tra le Dichiarazioni concordate relative al Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore, adottate dalla Conferenza diplomatica il 20 dicembre 1996, ne figurano due riguardanti gli articoli 4 e 5 e specificano che l'ambito di protezione dei programmi per elaboratore, ai sensi dell'articolo 4 del Trattato, e delle banche dati, ai sensi dell'articolo 5, è coerente con l'articolo 2 della Convenzione di Berna e alla pari con le disposizioni pertinenti dell'Accordo TRIPs.

parte. Il successivo paragrafo 2 prevede, tuttavia alcune eccezioni, che riguardano i programmi per computer che non sono essi stessi oggetti essenziali del noleggio e, per le opere cinematografiche, le ipotesi in cui il noleggio commerciale abbia condotto a una diffusione di copie tale da compromettere materialmente il diritto esclusivo di riproduzione²⁵. Con riferimento alle opere incorporate in fonogrammi, gli Stati parte che, alla data del 15 aprile 1994, avevano e continuano ad avere in vigore un sistema di equa remunerazione degli autori per il noleggio di copie delle loro opere incorporate in fonogrammi, possono mantenere tale sistema a condizione che il noleggio commerciale di opere incorporate in fonogrammi non dia luogo a un pregiudizio sostanziale del diritto esclusivo di riproduzione degli autori. L'articolo 8 prevede, infine, il "diritto di comunicazione al pubblico", vale a dire il diritto esclusivo di autorizzare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, compresa "la messa a disposizione del pubblico di opere in modo tale che i membri del pubblico possano accedere all'opera da un luogo e in un momento scelti individualmente". L'espressione citata intende comprendere, come è evidente, la comunicazione interattiva su richiesta attraverso la rete internet.

Con riferimento alle opere fotografiche, l'articolo 9 del Trattato rimuove la discriminazione ingiustificata riguardante le opere fotografiche, per quanto attiene alla durata della protezione. Questa disposizione obbliga le parti contraenti a non applicare l'articolo 7, par. 4, della Convenzione di Berna, che, come anche per le opere di arte applicata, prescrive un termine più breve (di 25 anni) per i lavori fotografici rispetto, al termine generale di 50 anni, previsto per tutte le altre opere.

Di grande rilevanza ai fini dell'analisi che si sta svolgendo è la disciplina delle limitazioni ed eccezioni dettata dall'articolo 10, il quale stabilisce a quali condizioni gli Stati possono prevedere, nella loro legislazione nazionale, limitazioni o eccezioni ai diritti concessi agli autori di opere letterarie e artistiche, con riferimento ai diritti previsti dal Trattato (paragrafo 1) e con riferimento ai diritti previsti dalla Convenzione di Berna (paragrafo 2). In entrambi i casi il dettato convenzionale riprende i criteri previsti nell'ambito del c.d. "Three-Step Test" (test in tre passaggi) introdotto dalla Convenzione di Berna, il quale pone un triplice vaglio al superamento del quale è soggetta la conformità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore. Esso stabilisce, pertanto, che le eccezioni e le limitazioni ai diritti previsti sono consentite solo nei soli casi speciali (espressamente previsti dalla legge), a condizione che non siano in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera e a condizione che non arrechino pregiudizio ingiustificato agli interessi legittimi del titolare del diritto. Ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, della Convenzione di Berna, tuttavia, questo test è applicato solo al diritto di riproduzione, mentre entrambi i paragrafi dell'articolo 10 estendono questo meccanismo di valutazione a tutti i diritti previsti dal Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI e dalla convenzione di Berna, rispettivamente. Anche in questo caso, le disposizioni dell'articolo 10 riprendono le disposizioni dell'Accordo TRIPS (articolo 13), che applica il test a tutti i diritti da esso previsti, direttamente o tramite rinvio, facendo riferimento alle disposizioni sostanziali della Convenzione di Berna.

Per determinare il novero delle opere alle quali si applica il trattato, al momento della sua entrata in vigore per uno Stato parte, l'articolo 13 del Trattato sul diritto

²⁵ Una dichiarazione concordata è stata adottata dalla Conferenza diplomatica sugli articoli 6 e 7 del Trattato: «As used in these Articles, the expressions 'copies' and 'original and copies' being subject to the right of distribution and the right of rental under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects».

d'autore dell'OMPI si limita a rinviare all'articolo 18 della Convenzione di Berna, il quale prevede che la Convenzione si applica a tutte le opere che al momento della sua entrata in vigore non siano ancora cadute in pubblico dominio nel loro Paese d'origine per effetto della scadenza della durata di protezione.

Per quanto attiene alle misure volte a garantire l'attuazione della disciplina convenzionale, l'articolo 14, paragrafo (1) riprende *mutatis mutandis* l'articolo 36, paragrafo 1, della Convenzione di Berna; esso prevede che le Parti contraenti si impegnino ad adottare, in conformità con i loro sistemi giuridici, le misure necessarie per garantire l'applicazione del trattato. Il paragrafo successivo si ispira, invece, all'articolo 41.1 dell'Accordo TRIPS, laddove esso prevede che le Parti contraenti sono tenute ad assicurare che la loro legislazione preveda procedure di esecuzione tali da consentire un'azione efficace contro qualsiasi atto di violazione dei diritti contemplati dal Trattato, compresi rimedi rapidi per prevenire le violazioni e rimedi che costituiscano un deterrente per ulteriori violazioni. In proposito, in virtù dell'attenzione dedicate ai problemi generati dall'uso della tecnologia digitale, il Trattato sul diritto d'autore dell'OMPI focalizza l'attenzione sulle tecnologie utilizzate dai titolari dei diritti d'autore, al fine di impedire la copia e la distribuzione non autorizzata delle loro opere. Queste tecnologie includono la crittografia o le informazioni elettroniche sulla gestione dei diritti (*Rights Management Information*), vale a dire, dati che identificano l'opera, l'autore, il titolare di qualsiasi diritto sull'opera, o le informazioni sui termini e le condizioni di utilizzo dell'opera²⁶. Gli Stati parte devono adottare rimedi giuridici adeguati ed efficaci contro chiunque rimuova o alteri qualsiasi informazione elettronica di gestione dei diritti senza autorizzazione o distribuisca, importi per la distribuzione, trasmetta o comunichi al pubblico, senza autorizzazione, opere o copie di opere sapendo che le informazioni elettroniche di gestione dei diritti sono state rimosse o alterate senza autorizzazione.

3.5. Il Trattato di Marrakech sull'accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti e con disabilità visive

Il Trattato di Marrakech volto a facilitare l'accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa, del 27 giugno 2013²⁷, si pone come una normativa di deroga ai principi generali in materia di diritto d'autore. Si tratta di uno strumento internazionale basato su una prospettiva volta al rispetto dei diritti umani e alla promozione dello sviluppo sociale e il suo obiettivo principale è quello di creare una serie di limitazioni ed eccezioni obbligatorie a beneficio dei non vedenti, degli ipovedenti e dei disabili della stampa. Tale Trattato, voluto fortemente dalla Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale, mira a limitare la portata del diritto d'autore così da consentire ed agevolare la realizzazione, la distribuzione e la messa a dispo-

²⁶ V. OOI, "Licence to lock: the overextension of technological protection measures", *International Review of Law, Computers & Technology*, 2021/3, p. 270 ss..

²⁷ *Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled*, accessibile al seguente indirizzo <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/marrakesh/>. Si veda L.R. HELFER, M. K. LAND, R. OKEDIJI, "Copyright Exceptions Across Borders: Implementing the Marrakesh Treaty", *European Intellectual Property Review*, 2020/6, p. 332 ss.; L. AYOUBI, "Human rights principles in the WIPO Marrakesh Treaty: driving change in copyright law from within", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2019/3, p. 282 ss..

sizione di esemplari di opere letterarie ed artistiche (così come definite ai sensi dell'art. 2 par. 1 della Convenzione di Berna), in formato accessibile per i soggetti individuati dal Trattato, vale a dire, per i non vedenti, per coloro che soffrono di una disabilità visiva o percettiva o comunque presentano una difficoltà nella lettura che non possa essere migliorata.

La Convenzione si applica a tutti gli Stati membri della Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale che vi abbiano aderito, all'Unione Europea e alle organizzazioni intergovernative competenti in materia che siano state autorizzate dall'Assemblea composta dagli Stati parte del Trattato. Le parti si impegnano ad adottare tutte le misure necessarie per la piena applicazione delle disposizioni convenzionali attraverso previsioni legislative o regolamentari, decisioni giudiziarie o amministrative.

L'obiettivo è quello di evitare che l'esercizio del diritto d'autore ostacoli la possibilità di riprodurre le opere in formato accessibile a beneficiari particolarmente vulnerabili e svantaggiati, ponendo fine alla penuria di libri per persone non vedenti, ipovedenti o diversamente abili²⁸. Tale obiettivo è perseguito attraverso la rimozione delle barriere all'accesso previste dalla normativa sul diritto d'autore. Ciò avviene in due modi.

In primo luogo, si richiede agli Stati che ratificano il Trattato di prevedere un'eccezione per gli ipovedenti nella legislazione nazionale sul diritto d'autore. Ciò significa che i paesi che ratificano il Trattato devono garantire alle persone non vedenti, e alle loro organizzazioni rappresentative, la possibilità di creare libri in formato accessibile, senza la necessità di ottenere il preventivo assenso dal titolare del diritto d'autore (ad esempio, l'autore o l'editore).

In secondo luogo, la Convenzione prevede che sia consentita l'importazione e l'esportazione di versioni accessibili di libri e di altre opere protette da diritto d'autore, senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore. Ciò è volto ad evitare la duplicazione degli sforzi di trascrizione nei diversi paesi e a consentire, anche a coloro che dispongono di raccolte più ampie di libri accessibili, di condividere queste raccolte con persone ipovedenti residenti in paesi dotati di minori risorse. Secondo i termini del Trattato, solo le cosiddette "entità autorizzate", come le organizzazioni dei non vedenti, possono inviare libri accessibili. Tuttavia, è prevista la possibilità che i libri accessibili siano importati/ricevuti da altre "entità autorizzate" o direttamente da persone con disabilità visive. Il Trattato consente lo scambio transfrontaliero di libri in formato accessibile, sia tra entità autorizzate che direttamente da un'entità autorizzata a persone fisiche anche di altri paesi. Esso fornisce, in sintesi, un quadro giuridico cruciale per l'adozione delle eccezioni nazionali al diritto d'autore nei paesi che ne sono privi, creando un regime internazionale di importazione/esportazione per lo scambio di libri accessibili attraverso le frontiere nazionali.

Il Trattato di Marrakech rappresenta un passo significativo nella evoluzione dell'interazione tra il diritto della proprietà intellettuale e diritti umani. Il linguaggio utilizzato nel Trattato, insieme all'introduzione di limitazioni ed eccezioni obbligatorie al diritto d'autore, esprime un approccio innovativo, che ridisegna i contorni del rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e diritti umani.

²⁸ Ad oggi, meno del 10% di tutti i materiali pubblicati sono accessibili alle persone non vedenti o ipovedenti (fonte: Unione Mondiale dei Ciechi).

L'articolo 2, lettera a) del Trattato chiarisce il tipo di pubblicazioni che possono essere trascritte/distribuite. Queste sono: "opere letterarie e artistiche ... sotto forma di testo, notazione e/o relative illustrazioni, pubblicate o altrimenti rese disponibili al pubblico con qualsiasi mezzo di comunicazione". La definizione include quindi i libri, periodici e altre opere testuali simili, così come gli spartiti. Non include i film. È importante chiarire che il Trattato non consente di modificare il contenuto di un'opera, ma piuttosto permette che il contenuto dell'opera possa essere trascritto in un formato accessibile. In questa prospettiva, l'articolo 2, lettera b) definisce cosa debba intendersi per "copia in formato accessibile" e fornisce una definizione ampia, che non limita il formato o la tecnica che sono utilizzati per rendere accessibile un libro ma consente qualsiasi tipo di formato che possa fornire un accesso all'opera "con la stessa facilità e comodità di una persona priva di disabilità visiva o di altra disabilità di stampa". Alla successiva lettera c), viene chiarito il concetto "entità autorizzata". Il ruolo dell'entità autorizzata è fondamentale nel Trattato, per cui il testo fornisce una definizione semplice: indica un'entità autorizzata o riconosciuta dal governo per fornire istruzione, formazione, lettura adattativa o accesso alle informazioni a persone con disabilità, che vengono definite "persone beneficiarie", senza scopo di lucro. La definizione include anche un'istituzione governativa o un'organizzazione senza scopo di lucro che fornisce gli stessi servizi alle persone beneficiarie come una delle sue attività primarie o dei suoi obblighi istituzionali.

All'articolo 3, viene fornita una definizione molto ampia di "persone beneficiarie", che include quasi tutte le persone portatrici di disabilità che interferiscono con l'effettiva lettura del materiale stampato. Include persone cieche, ipovedenti, dislessiche o che soffrono una disabilità fisica che gli impedisce di tenere in mano un libro, girare le pagine o di mettere a fuoco o muovere gli occhi nella misura normalmente accettabile per la lettura. L'articolo 2 del Trattato chiarisce come i libri accessibili inviati in base alle sue disposizioni debbano essere esclusivamente per l'uso dei soggetti beneficiari, enucleati dal testo normativo. Richiede, inoltre, per le «entità autorizzate» l'adozione delle dovute precauzioni quando trattano queste opere, al fine di scoraggiare la riproduzione e la distribuzione di copie non autorizzate. La Convenzione di Marrakech avrà un enorme impatto sull'accessibilità delle opere per le persone affette da queste tipologie di disabilità; essa dovrebbe, da un lato, promuovere la produzione di materiali accessibili in ciascun paese, dall'altro, fornire accesso ai libri prodotti altrove.

L'Unione europea ha firmato il Trattato solo il 30 aprile 2014. Negli anni precedenti, la Commissione europea aveva presentato una proposta di decisione di conclusione del Trattato, che però non è mai stata adottata dal Consiglio dell'Ue a causa di alcune remore dello stesso. In particolare, alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, la Germania ed il Regno Unito, si sono opposti alla ratifica adducendo quale motivazione l'assenza di una competenza esclusiva, per la conclusione di tale Trattato da parte dell'Unione europea. A settembre 2016 la Commissione europea, per superare l'*impasse* in Consiglio, ha presentato due proposte, una di direttiva e una di regolamento, volte a modificare l'ordinamento giuridico europeo in vista della possibile ratifica del Trattato. Il 14 febbraio 2017 la Corte di Giustizia ha reso un parere (n. 3/15) nel quale ha spazzato via ogni incertezza giuridica in merito alla ratifica del Trattato di Marrakech, affermando che: "poiché la conclu-

sione del Trattato di Marrakech può incidere sulla direttiva in materia di diritto d'autore o modificarne la portata, la Corte conclude che l'Unione dispone di una competenza esclusiva e che il trattato può essere concluso dall'Unione da sola, senza la partecipazione degli Stati membri". A seguito di tale parere, a luglio 2017, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno approvato la direttiva ed il regolamento con cui si modifica l'ordinamento giuridico europeo in vista della ratifica del Trattato di Marrakech²⁹. Nello specifico, la direttiva mira all'eliminazione delle barriere per la libera circolazione e la riproduzione di opere in formato accessibile, prevedendo l'introduzione di un'eccezione obbligatoria al diritto d'autore, in particolare un'eccezione all'attuale Direttiva InfoSoc 2011/29/EC. Il Regolamento ha come scopo quello di rendere il più agile e semplice possibile lo scambio di queste opere tra Stati membri e Paesi terzi, favorendo, quindi, gli scambi transfrontalieri di opere accessibili. L'Unione Europea ha, successivamente, proceduto alla ratifica del Trattato di Marrakech in data 1° ottobre 2018, di conseguenza l'UE è diventata parte effettiva del trattato a partire dal 1° gennaio 2019. Si è trattato di un grande passo avanti nel riconoscimento e nella realizzazione dei diritti culturali delle persone non vedenti o affette da difficoltà visive nel continente europeo, visto anche l'esiguo numero di ratifiche degli Stati europei³⁰. Il Regolamento 2017/1563 è entrato in vigore il 12 ottobre 2018; per ciò che concerne la Direttiva 2017/1564, il termine stabilito per la trasposizione all'interno della legislazione nazionale è il 11 ottobre 2018³¹.

²⁹ Direttiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 settembre 2017 relativa a taluni utilizzi consentiti di determinate opere e di altro materiale protetto da diritto d'autore e da diritti connessi a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa, e che modifica la direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Regolamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 settembre 2017 relativo allo scambio transfrontaliero tra l'Unione e i paesi terzi di copie in formato accessibile 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. D. FERRI, K. DONNELLAN, "The Implementation of the Marrakesh Treaty in the European Union: An Important Piece in the Accessibility Jigsaw?", *Legal Issues of Economic Integration*, 2022, p. 269 ss..

³⁰ Si veda in proposito lo studio di M. PASIKOWSKA-SCHNASS, *Access to cultural life for people with disabilities*, European Parliamentary Research Service, 2019, accessibile al seguente indirizzo <https://policycommons.net/artifacts/1337493/access-to-cultural-life-for-people-with-disabilities/1945389/>

³¹ Si veda l'articolo 11 del Regolamento citato alla nota 39. Lo Stato Italiano ha provveduto ad adeguare la legge nazionale sul diritto d'autore solo in seguito alla procedura di infrazione n. 2018/0354; la legge 3 maggio 2019, n. 37, rubricata "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2018", dispone, all'articolo 15, le opportune modifiche al testo dell'articolo 71-bis, della Legge 633/1941 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio).

LA TUTELA DEI DIRITTI D'AUTORE NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

4.1. La tutela dei diritti d'autore tra mercato interno, mercato unico digitale e diritti umani

L'evoluzione cui la disciplina internazionale in materia di diritti d'autore è andata incontro nell'ordinamento internazionale, negli ultimi anni, risulta particolarmente evidente nel sistema giuridico unionale¹. Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, per lungo tempo, la tutela dei diritti d'autore ha assunto rilevanza in una prospettiva esclusivamente economica. Tale approccio era in linea con la concezione secondo la quale il sistema per la protezione della proprietà intellettuale e quello per la protezione dei diritti umani costituivano due sistemi giuridici sviluppati in maniera autonoma e tra loro indipendenti, all'interno di un quadro in cui la protezione dei diritti umani atteneva alla sfera pubblicistica, mentre i diritti di proprietà intellettuale erano relegati in una dimensione esclusivamente privatistica².

Il superamento di questa prospettiva e l'evoluzione del quadro giuridico, come si è evidenziato, è legata ai numerosi fattori che hanno fatto emergere la complessità della relazione, e sovrapposizione, tra questi due settori normativi. Nell'ambito

¹ Per una ricostruzione delle fonti comunitarie rilevanti in materia di proprietà intellettuale si veda L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, 2019; J. ROSÉN (a cura di), *European Intellectual Property Law*, Edward Elgar Publishing, 2016. In materia di diritto d'autore: I. STAMATOUDI, P. TORREMANS (a cura di) *EU Copyright Law: A Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2021; E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, 2009.

² Si veda *supra* Capitolo 2, paragrafo 2.3.

del sistema giuridico per la protezione della proprietà intellettuale, un ruolo fondamentale è stato giocato dalle nuove tecnologie, che hanno condotto non solo a un ampliamento dell'ambito di applicazione nei trattati internazionali (e conseguentemente nelle normative nazionali), ma anche alla introduzione di nuovi approcci e strumenti di tutela. Contestualmente, l'evoluzione del sistema per la tutela e la promozione dei diritti umani è stata caratterizzata da una crescente attenzione verso questioni e profili nuovi, quali, i diritti e le conoscenze tradizionali delle popolazioni indigene, i potenziali effetti negativi delle normative per la protezione della proprietà intellettuale sul godimento dei diritti culturali, le pressioni delle società multinazionali verso l'utilizzo del diritto di proprietà come base giuridica per la protezione delle loro attività "immateriali".

Nell'ordinamento unionale, è solo con la Carta dei diritti fondamentali di Nizza³, che l'Unione europea sembra introdurre formalmente un nuovo punto di vista, prendendo atto e dando ulteriore slancio a un percorso che ha portato ad affermare, qualche anno più tardi, che "in Europa, la normativa sui diritti umani è la nuova frontiera della proprietà intellettuale"⁴.

L'interesse dell'UE per il diritto d'autore, e in generale per i diritti di proprietà intellettuale, è stato, e in parte significativa è ancora, profondamente legato alle politiche per il cd. "mercato interno", uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione. È chiaro che in uno spazio in cui le persone e le merci devono essere in grado di muoversi liberamente, risulta di capitale importanza che il diritto d'autore sia armonizzato; un'eventuale disomogeneità nella regolamentazione di tali diritti tra gli Stati membri potrebbe, infatti, determinare sostanziali distorsioni della libera circolazione. Il pieno potenziale del mercato unico non può, in sostanza, spiegarsi senza un regime efficace e accessibile di protezione della proprietà intellettuale. Quando si parla di libera circolazione delle merci, è evidente che uno stesso prodotto può incorporare diversi diritti di proprietà intellettuale. Di conseguenza, sin dall'inizio del processo di integrazione europea, la Commissione ha focalizzato l'attenzione su questi diritti, come elemento chiave per lo sviluppo del mercato interno.

In tempi più recenti, anche in ragione della crisi economica, il progetto di mercato interno ha attraversato un periodo di ridotta fiducia. Tale fase è stata superata, negli ultimi anni, in seguito al passaggio alla cosiddetta "economia immateriale" vale a dire, in seguito al riconoscimento della rilevanza crescente acquisita da beni e servizi, per così dire, non materiali. In virtù di fattori macroeconomici, come i processi di globalizzazione e le tendenze demografiche, le attività immateriali e il mondo digitale sono divenuti obiettivi strategici-chiave. Si è affermato il concetto di "economia basata sulla conoscenza", il quale descrive un'economia in cui la conoscenza è il motore della produttività e della crescita e il ruolo delle informazioni e della tecnologia è al centro dell'attenzione. Questo mutato contesto si è tradotto, in ambito europeo, nell'obiettivo del "mercato unico digitale", che sta a indicare il passo successivo nello sviluppo del mercato interno. Le nuove tecnologie hanno completamente trasformato lo stile e le abitudini di

³ *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Nizza, 2000, accessibile in lingua italiana, al seguente indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf.

⁴ L.R. HELFER, "The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights", in *Harvard International Law Journal*, 2008, Vol. 49, p. 1.

vita e li stanno ancora modificando a una velocità straordinaria. Privati e istituzioni necessitano di sistemi di regolamentazione che si adattino facilmente all'evoluzione tecnologica e consentano all'economia europea di sfruttare il potenziale che deriva dai diritti di proprietà intellettuale, in generale, e dai diritti d'autore in particolare. In sintesi, il problema è avere a che fare con uno strumento estremamente 'dinamico' e 'veloce', la tecnologia, che, per essere pienamente sfruttato e goduto deve fare i conti con uno strumento tradizionalmente 'lento', la legge. L'esigenza di una libera e facile circolazione delle conoscenze è spesso indicata come la necessità di una "quinta libertà"⁵.

Alla luce delle considerazioni svolte, è evidente che un sistema di tutela della proprietà intellettuale efficace, e condiviso da tutti gli Stati membri, costituisce uno strumento essenziale per promuovere un mercato unico digitale, che sia in grado di sfruttare a pieno il potenziale dell'economia della conoscenza e consenta all'economia europea di essere competitiva su scala globale. Le normative in materia di proprietà intellettuale, infatti, mirano a promuovere e proteggere l'innovazione e la creatività europea, a evitare effetti distorsivi del mercato interno (migliorandone l'attuazione), e a incrementare l'occupazione. Basti pensare, a titolo di esempio, al sistema delle licenze che gioca un ruolo fondamentale per il trasferimento della conoscenza e il suo ulteriore sviluppo. In questa prospettiva, negli anni, l'Unione europea si è dotata di un massiccio *corpus* di diritto secondario, con l'obiettivo di armonizzare la disciplina tra gli Stati membri e creare strumenti efficaci e condivisi. In questo contesto, va rimarcato il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE)⁶ che, insieme alla Commissione, ha posto in essere azioni significative ai fini della costruzione e della difesa del mercato interno quando questo è stato minacciato dai diritti di proprietà intellettuale. La CGUE ha deciso quali norme in materia di proprietà intellettuale fossero in conflitto con l'interesse primario del mercato unico europeo, e in quale misura, e in diverse occasioni ha temperato la portata dei diritti di proprietà intellettuale di conseguenza.

Negli anni più recenti, tuttavia, l'Unione europea ha sviluppato un approccio più articolato in materia di proprietà intellettuale, aprendosi progressivamente ad una prospettiva che include il rispetto dei diritti umani. Il punto di arrivo di questo processo evolutivo è rappresentato, appunto, dal Trattato di Lisbona e dall'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, cui è attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati, conferendole lo *status* di diritto primario, e ponendola al vertice della gerarchia delle fonti normative dell'Unione. L'articolo 17 della

⁵ Sul punto si veda: Commissione Europea, *Libro Verde: Nuove Prospettive Per Lo Spazio Europeo Della Ricerca*, 4 Aprile 2007. Il testo in italiano è accessibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0161&from=IT>. In proposito, si veda M. ROSENMEIER, K. SZKALEJ, S. WOLK, *EU Copyright Law Subsistence, Exploitation and Protection of Rights*, Wolters Kluwer, 2019, in cui gli autori evidenziano come, in un contesto in cui la tecnologia continua a cambiare i modi in cui si creano, utilizzano, distribuiscono e consumano i contenuti culturali, la tutela del diritto d'autore è diventata una componente essenziale dell'economia basata sulla conoscenza e della società dell'informazione. Si veda, anche, I. A. STAMATOUDI, *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2016; B. J. JUETTE, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market: between old paradigms and digital challenges*, Hart Publishing, 2017.

⁶ La CGUE analizza la legalità degli atti delle istituzioni dell'Unione europea, garantisce che gli Stati membri rispettino gli obblighi previsti dai Trattati e fornisce interpretazioni del diritto dell'Unione europea su richiesta dei tribunali nazionali degli Stati membri. La Corte ha svolto un ruolo fondamentale di stimolo al processo di integrazione europea, mantenuto nel corso dei decenni; tale ruolo ha riguardato anche lo sviluppo della disciplina della proprietà intellettuale europea. La CGUE ha contribuito a sviluppare diversi importanti principi in materia di proprietà intellettuale, che sono Stati inizialmente elaborati dalle disposizioni dei trattati e quindi inseriti nel diritto derivato.

Carta, che disciplina il diritto di proprietà, prevede che “la proprietà intellettuale è protetta” (par. 2)⁷. La disposizione, dunque, tutela la proprietà intellettuale, in generale, in quanto costituisce uno degli aspetti del diritto di proprietà. Oltre alla proprietà letteraria e artistica, ossia al diritto d'autore, la proprietà intellettuale include il diritto dei brevetti e dei marchi e i diritti analoghi. La prospettiva economica non è più, dunque, l'unica dalla quale viene riguardata la proprietà intellettuale nell'ambito del sistema dell'Unione Europea e, tra le sue istituzioni, dalla Corte di Giustizia. L'articolo 17, par. 2, della Carta ha, infatti, portato la proprietà intellettuale nel campo di azione della Corte di giustizia, sotto un diverso punto di vista. La giurisprudenza della CGUE sull'art. 17, par. 2 è ricca e piuttosto articolata⁸. In proposito, è opportuno evidenziare, come, anche in questo ambito, emerge l'esigenza di regolare i rapporti tra le due Corti, CGUE e Corte EDU.

Vi è un altro elemento che preme sottolineare, ai fini dell'analisi che si sta svolgendo. Come è noto, le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE hanno principalmente attinto ai principi comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri dell'UE e ai trattati internazionali sui diritti umani da loro sottoscritti, *in primis*, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). L'art. 17, che disciplina il diritto di proprietà, riprende in sostanza l'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonostante il fatto che tale disposizione, a differenza dell'articolo 17, non contiene un espresso richiamo alla proprietà intellettuale, dunque, a un diritto di proprietà intellettuale tutelato in quanto tale⁹. Di conseguenza, nell'ambito dei sistemi europei per la tutela dei diritti umani, CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'UE, i diritti di proprietà intellettuale in generale, e dunque i diritti d'autore, sono inquadrati nella famiglia dei diritti di proprietà, non dei diritti culturali, come avviene nella DUDU e nel PIDESC.

⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'UE, Articolo 17 “Diritto di proprietà”: “1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta”. In merito alla qualificazione del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo ed alle conseguenze di detto inquadramento si veda R. MASTROIANNI, “La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo”, in A.M. GAMBINO, V. FALLACE (a cura di) *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, 2009, Edizioni ART, p. 13 ss.; ID, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, 1997.

⁸ *Ex multis*, si segnalano i seguenti casi: Caso T-572/12 *Nissan Jidosha KK v Office for Harmonisation in the Internal Market*, 4 marzo 2015; Caso C-314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, 27 Marzo 2014; Caso C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV*, 16 febbraio 2012; Caso C-277/10, *Martin Luksan v Petrus van der Let*, 9 febbraio 2012; Caso C-145/10, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others*, 1 dicembre 2011; Caso C-70/10 *Scarlet Extended SA v Societe belge des auteurs, compositeurs et editeurs SCRL (SABAM)*, 24 novembre 2011; Caso C-271/10, *Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs (VEWA) v Belgische Staat*, 30 giugno 2011. Si veda S. VAN DEURSEN, T. SNIJDERS, “The Court of Justice at the crossroads: clarifying the role for fundamental rights in the EU copyright framework”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 49 (9), 2018.

⁹ Si veda M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2005; in particolare B. CONFORTI, “La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di proprietà”, p. 107 ss”. La formulazione dell'articolo 17 porta a ritenere che, anche se non espressamente previsto, le garanzie previste dal par. 1 dello stesso articolo, in relazione alla proprietà fisica, si applichino per analogia alla proprietà intellettuale. Il carattere generico della disposizione ha suscitato dubbi e diversità di interpretazioni in dottrina, che non è possibile approfondire in questa sede. Il titolo dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale della CEDU (“protezione della proprietà”) è stato aggiunto solo successivamente, con il Protocollo n. 11. Sul contenuto e la portata dell'art.1, si veda M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2003.

4.2. Il corpus di diritto unionale in materia di diritto d'autore: fondamento giuridico e ratio iuris

La normativa in materia di diritto d'autore dell'Unione europea si è sviluppata nell'arco di più di un ventennio, sotto l'influenza dell'evoluzione degli strumenti internazionali di portata globale, e risulta oggi estremamente articolata e complessa.

Il fondamento giuridico della disciplina dell'UE in materia diritto d'autore è costituito dagli articoli 114 e 118 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'art. 114 stabilisce, in linea generale, la competenza dell'UE ad adottare misure per il ravvicinamento delle legislazioni interne degli Stati membri, al fine della instaurazione e del funzionamento del mercato interno¹⁰. L'articolo 118 del TFUE, introdotto nel 2009 con il Trattato di Lisbona, fornisce, invece, una base giuridica specifica per la creazione del sistema normativo dell'Unione in materia di proprietà intellettuale. Esso prevede che, nel contesto dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio adottano "misure per l'istituzione di diritti europei di proprietà intellettuale al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale in tutta l'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di vigilanza centralizzati dell'Unione". Fino all'introduzione dell'articolo 118 TFUE, il fatto che la base giuridica degli interventi dell'UE nel settore fosse rappresentata unicamente dalle disposizioni generali del TFUE per l'istituzione e il funzionamento del mercato interno e il ravvicinamento delle legislazioni interne degli Stati membri¹¹, ha determinato un approccio frammentario alla materia. In particolare, negli anni '90, sono emerse divergenze crescenti nella predisposizione delle normative nazionali, in alcuni ambiti specifici, come nel campo dei programmi informatici (*software*). Questa tendenza è stata oggetto di attenzione da parte della Commissione europea, a causa dei possibili ostacoli agli scambi intracomunitari che potevano derivare dalla mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali e, di conseguenza, a causa dei possibili impatti negativi sul buon funzionamento del mercato interno.

Ad oggi, il cosiddetto *acquis comunitario* nel campo del diritto d'autore è, come si è detto, ampio e articolato¹². Come si evince dai preamboli dei Regolamenti e delle Direttive che ne fanno parte, l'obiettivo del buon funzionamento del mercato interno ha guidato la sua evoluzione che è stata, tuttavia, lenta e tortuosa, in parte proprio a causa dell'assenza, per lungo tempo, di una chiara e diretta attribuzione

¹⁰ Articolo 114 TFUE (ex articolo 95 del TCE): "... Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno".

¹¹ In particolare, insieme al citato articolo 114, l'articolo 26 del TFUE, il quale prevede che l'Unione adotta misure volte all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. Precisando che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.

¹² L'*acquis* dell'UE corrisponde alla piattaforma comune di diritti ed obblighi che vincolano l'insieme dei paesi dell'UE quali membri dell'Unione stessa. Esso è in costante evoluzione ed è costituito: dai principi, dagli obiettivi politici e dal dispositivo dei trattati; dalla legislazione adottata in applicazione dei trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE; dalle dichiarazioni e dalle risoluzioni adottate nell'ambito dell'UE; dagli atti che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune; dagli atti che rientrano nel contesto della giustizia e degli affari interni; dagli accordi internazionali conclusi dall'UE e da quelli conclusi dai paesi dell'UE tra essi nei settori di competenza dell'UE. I paesi candidati devono accettare l'*acquis* per poter aderire all'UE. Le deroghe all'*acquis* sono eccezionali e di portata limitata. L'*acquis* deve essere integrato dai paesi candidati nei rispettivi ordinamenti nazionali sin dalla data della loro adesione all'UE e deve, poi, essere applicato a partire da tale data.

di poteri all'Unione (principio di attribuzione)¹³. Un ruolo fondamentale, in questo processo, è stato rivestito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, attraverso la sua giurisprudenza, ha agito come motore per il progressivo sviluppo della disciplina in materia. Basti pensare che, fino a tempi relativamente recenti, il diritto dell'UE non regolava elementi fondamentali quali lo standard di originalità o che, a tutt'oggi, alcune delle limitazioni e delle eccezioni previste da numerose direttive in materia di diritto d'autore hanno natura facoltativa per gli Stati membri. Ciò significa che le normative nazionali in materia di diritto d'autore adottate dai singoli Stati membri differiscono, spesso notevolmente, con riferimento a un aspetto di così cruciale importanza¹⁴. Le norme nazionali sul diritto d'autore degli Stati membri sono solo parzialmente armonizzate tra di loro; di conseguenza, all'interno dell'Unione, la disciplina dei diritti d'autore non è uniforme ma continua a basarsi sul principio di territorialità.

Uno sforzo significativo nella direzione dell'aggiornamento e della sistematizzazione della disciplina in materia è rappresentato dalla recente Direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale¹⁵. Accanto a questa Direttiva, va menzionata la Direttiva UE 2019/789 sul diritto d'autore e sui diritti connessi applicabili a determinate trasmissioni online¹⁶. Si tratta di due direttive che mirano a modernizzare le norme sul diritto d'autore per consentire ai consumatori e ai creatori di sfruttare al meglio il mondo digitale. La disciplina dettata mira a proteggere i titolari dei diritti, stimolando la creazione e la circolazione di un maggior numero di contenuti di alto valore, e, allo stesso tempo, mira a offrire agli utenti una maggiore scelta di contenuti, riducendo i costi di transazione e facilitando la distribuzione di programmi radiotelevisivi in tutta l'UE.

Considerato il carattere ampio e articolato della normativa dell'UE in materia di diritto d'autore e diritti connessi, i paragrafi che seguono mirano a fornire una visione di insieme del quadro normativo vigente, attraverso un'analisi della disciplina prevista dagli strumenti più rilevanti ai fini dello studio che si sta svolgendo. L'analisi segue un ordine cronologico, al fine di delineare le tendenze evolutive della normativa unionale in materia e al tempo stesso evidenziano gli elementi essenziali. Un'analisi approfondita è dedicata ad alcuni strumenti che hanno giocato, negli anni recenti, un ruolo cruciale nell'evoluzione della normativa unionale in materia, nel più ampio quadro della attuazione del mercato unico digitale e della *European Data Strategy*: la Direttiva 96/6 sulla tutela giuridica delle banche dati, la Direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale e la Direttiva 2019/1024 in materia di open data e riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

¹³ Si veda A. RAMALHO, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking. A Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonization*, Springer 2016; per una lettura critica, si veda J. CABAY, M. LAMBRECHT, "Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity", *Journal of intellectual property law & practice*, Vol.10(5), 2015, p. 359 ss.; si rinvia, inoltre, alla dottrina citata alle note 185 e 189. Una panoramica esaustiva del sistema di tutela del diritto d'autore nell'ambito dell'Unione Europea è disponibile all'interno del sito della Commissione europea, al seguente indirizzo: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-legislation>.

¹⁴ T. DREIER, "The Wittern project of a European copyright code"; in: C. GEIGER (a cura di), *Constructing European intellectual property*, Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

¹⁵ 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.

¹⁶ Direttiva (UE) 2019/789 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che stabilisce norme relative all'esercizio del diritto d'autore e dei diritti connessi applicabili a talune trasmissioni online degli organismi di diffusione radio-televisiva e ritrasmissioni di programmi televisivi e radiofonici e che modifica la direttiva 93/83/CEE del Consiglio.

4.3. La Direttiva sulla tutela giuridica dei programmi per computer

La Direttiva sulla tutela giuridica dei programmi per computer, del 1991¹⁷, ha costituito la prima misura adottata in materia di diritto d'autore all'interno del sistema di integrazione europea. La Direttiva, non più in vigore, in quanto abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/24/CE del 23 aprile 2009¹⁸, perseguiva l'obiettivo di armonizzare la legislazione degli Stati membri relativamente alla protezione dei programmi per computer, al fine di creare un ambiente normativo in grado di assicurare un livello minimo di sicurezza e tutela contro la loro riproduzione non autorizzata.

La premessa alla base della adozione della Direttiva del 1991 e della sua modifica, nel 2009, è stata il ruolo crescente dei programmi informatici in una vasta gamma di industrie e, di conseguenza, l'importanza fondamentale della tecnologia dei programmi per lo sviluppo industriale dell'Unione. Allo stesso tempo, l'evoluzione tecnologica ha fatto sì che, a fronte degli investimenti considerevoli di risorse umane, tecniche e finanziarie necessari per la creazione di programmi per computer, è divenuto possibile copiarli a un costo minimo. Ciò ha determinato l'esigenza di tutelare in maniera efficace queste opere, eliminando le differenze esistenti nelle legislazioni degli Stati membri, e gli effetti negativi di tali differenze sul funzionamento del mercato interno.

La tutela giuridica oggi riconosciuta in ambito europeo dalla normativa sui programmi informatici si applica a qualsiasi "forma di espressione di un programma per elaboratore"¹⁹ (art. 1). Non sono, invece, tutelati dal diritto d'autore le idee e i principi che sono alla base della logica, degli algoritmi e dei linguaggi di programmazione, compresi quelli alla base delle interfacce del programma informatico. Conformemente alle convenzioni internazionali sul diritto d'autore, è l'espressione di tali idee e principi ad essere tutelata dal diritto d'autore. Il termine "programma per elaboratore" comprende, tuttavia, anche il materiale preparatorio per la sua progettazione, dunque, tutti i lavori preparatori di progettazione per realizzare il programma, a condizione che siano di natura tale da consentire la realizzazione di un programma per elaboratore in una fase successiva. Per essere oggetto di tutela, il programma per computer deve essere "originale", ossia deve essere il "risultato della creazione intellettuale dell'autore"²⁰. In sostanza, la Direttiva 2009/24/CE impone agli Stati membri di tutelare i programmi informatici come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche.

Il riferimento al carattere di "originalità", requisito necessario a fini della tutela dei diritti in capo all'autore di un'opera dell'ingegno, e il concetto di "creazione intellettuale dell'autore" sono apparsi, per la prima volta, proprio nella direttiva per la tutela giuridica dei programmi informatici del 1991. Successivamente, nel percorso evolutivo della disciplina del diritto d'autore, tale criterio è stato chiarito e articolato con riferimento alle diverse tipologie di opere tutelate. La direttiva sulle

¹⁷ Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

¹⁸ Direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore. Si veda A. C. STRENC, "European Software Directive and European Software Patents", in H. VANHEES (a cura di) *IEL Intellectual Property*, Kluwer Law International, 2022, pp.28 ss.; A. SIROTTI GAUDENZ, *Il nuovo diritto d'autore. Dalla società dell'informazione al mercato unico digitale cit.*, Capitolo XI "Il software".

¹⁹ Direttiva 2009/24/CE, articolo 1.

²⁰ *Ibidem*

banche dati, del 1996, ad esempio, ha precisato che la protezione prevista dal diritto d'autore si estende solo alle banche dati che in ragione della modalità di selezione o della disposizione dei contenuti costituiscono una creazione intellettuale dell'autore²¹. I criteri applicabili per determinare l'idoneità alla protezione prevista dalla normativa europea in materia di diritto di autore sono stati oggetto di una ricca giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Tra il 2009 e il 2012, in cinque decisioni fondamentali, la Corte di Giustizia ha colto l'occasione per cesellare i contorni dello standard di originalità. Essa ha chiarito che ai sensi della normativa dell'UE sul diritto d'autore, lo standard di originalità richiesto è la "creazione intellettuale dell'autore"; in altri termini, le diverse tipologie di opere (es. programmi per computer, banche dati, fotografie) sono protette solo se sono da considerarsi originali, nel senso che costituiscono una creazione intellettuale del loro autore²². Più nel dettaglio, si ha una creazione intellettuale dell'autore quando gli autori possono esercitare autonomamente delle scelte e imprimere il proprio 'tocco personale' nell'opera creata. Per raggiungere il livello richiesto di originalità, è, dunque, necessario e sufficiente che gli autori facciano delle scelte libere e creative. Questo standard si applica trasversalmente a tutti gli ambiti trattati dalle direttive sul diritto d'autore²³.

Per quanto attiene alla titolarità dei diritti d'autore sui programmi, la Direttiva 2009/24/CE prevede che l'autore di un programma per computer è la persona fisica o il gruppo di persone fisiche che ha creato il programma o, qualora la legislazione degli Stati membri lo permetta, la persona giuridica, come una società o altra entità giuridica designata dalla legislazione nazionale come titolare del diritto. Laddove il programma sia creato congiuntamente da un gruppo di persone, esse sono congiuntamente titolari dei diritti esclusivi e qualora il programma sia creato da un lavoratore dipendente nell'ambito delle sue mansioni su istruzioni del suo datore di lavoro, il datore di lavoro gode dell'esercizio esclusivo di tutti i diritti economici sul programma creato, a meno che le disposizioni contrattuali non dispongano diversamente²⁴.

I diritti esclusivi riconosciuti al titolare dei diritti su un programma per computer includono, in primo luogo, il diritto alla riproduzione, permanente o temporanea, totale o parziale, del programma. Spetta, inoltre, solo all'autore il diritto di tradurre, adattare o modificare in qualsiasi altra maniera il programma nonché il diritto di distribuire al pubblico, in qualsiasi forma, compresa la locazione, il programma o copie dello stesso. La Direttiva, prevede, tuttavia, alcune deroghe alle attività riservate all'autore laddove tali atti siano necessarie all'uso del programma da parte

²¹ Direttiva 96/9/Ce, articolo 3, si veda *infra* para. 3.2.8 e 3.2.9.

²² Si veda, in particolare, Causa C-5/08, *Infopaq International A/S vs. Danske Dagblades Forening Infopaq International*, Sentenza della Corte (Quarta Sezione) del 16 luglio 2009, para. 37, 38, 45 - 50; causa C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany vs. Ministerstvo kultury*, Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 22 dicembre 2010, para. 45 - 50; Causa C-403/08, *Football Association Premier League Ltd e altri vs. QC Leisure e altri (C-403/08)* e *Karen Murphy vs. Media Protection Services Ltd (C-429/08)* - cause riunite, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 4 ottobre 2011, 97, 153-159; Causa C-145/10, *Eva-Maria Painer vs. Standard VerlagsGmbH e altri*, Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 1° dicembre 2011, para. 87-92; Causa C-604/10, *Football Dataco Ltd e altri contro Yahoo! UK Ltd e altri*, Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 1° marzo 2012, para. 29-32. Si veda G. NOTO LA DIEGA, "I programmi per elaboratore e i confini del diritto d'autore: la corte di giustizia nega la tutela a funzionalità, linguaggio di programmazione e formato dei file di dati", *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2013, XI, p. 69 ss., accessibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2392466>

²³ Causa C-5/08, *Infopaq International cit.*, para. 35.

²⁴ Articolo 2, para. 3.

del legittimo acquirente, in maniera conforme alla sua destinazione, ovvero alla correzione di errori.

4.4. La Direttiva concernente la durata della protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi

La prima direttiva concernente l'armonizzazione della durata della protezione dei diritti d'autore e di alcuni diritti connessi è stata adottata nel 1993²⁵; la materia è stata, poi, oggetto di importanti modifiche introdotte con la Direttiva 2006/116/CE²⁶, a sua volta modificata dalla direttiva 2011/77/UE che ha esteso la durata della protezione di alcuni diritti.

Come si è visto, la Convenzione di Berna per la tutela delle opere letterarie e artistiche e la Convenzione internazionale per la protezione degli artisti, interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione (Convenzione di Roma) contemplano soltanto durate di protezione minime, lasciando agli Stati contraenti la facoltà di tutelare i diritti in questione per periodi più lunghi. In conseguenza del fatto che alcuni Stati membri si erano avvalsi della facoltà di estendere la durata della protezione prevista dalle convenzioni internazionali e del fatto che alcuni Stati membri non avevano aderito alla convenzione di Roma, si era creata una difformità tra le legislazioni nazionali che disciplinavano la durata della protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi, suscettibile di ostacolare la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi, ma anche di falsare le condizioni della concorrenza nel mercato unico. Pertanto, "nella prospettiva del buon funzionamento del mercato interno"²⁷, è emersa la necessità di armonizzare le legislazioni degli Stati membri in modo da rendere la durata della protezione uguale in tutta l'Unione.

Ai sensi dell'articolo 1 della Direttiva 2006/116/CE, i diritti d'autore su opere letterarie ed artistiche, come definite dall'articolo 2 della convenzione di Berna, durano tutta la vita dell'autore e sino al termine del settantesimo anno dopo la sua morte. Questa durata della protezione si estende anche alle fotografie che sono opere originali, ossia che costituiscono il risultato della creazione intellettuale dell'autore²⁸. La Direttiva estende, dunque, il periodo di protezione minimo di cinquant'anni dopo la morte dell'autore contemplato dalla Convenzione di Berna e concepito per proteggere i diritti dell'autore e della prima generazione dei suoi discendenti. Questa durata non è più considerata sufficiente per tutelare due generazioni, in seguito all'allungamento della vita media nell'UE.

Il termine di 70 anni di protezione per un'opera letteraria o artistica è indipendente dal momento in cui l'opera è stata resa lecitamente accessibile al pubblico e decorre dalla morte dell'autore dell'opera, o dalla morte dell'ultimo autore sopravvissuto nel caso di un'opera in proprietà. Se l'opera è anonima o se è stata realizzata sotto

²⁵ Direttiva 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi.

²⁶ Direttiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi. Si veda G. MINERO, "The Term Directive" in STAMATOUDI, P. TORREMANS (a cura di) *EU Copyright Law... cit.*, p. 180 ss..

²⁷ *Ibidem*, considerando 3.

²⁸ Ferma restando la possibilità per gli Stati membri di Gli Stati membri, tuttavia, possono prevedere la protezione di altre fotografie.

uno pseudonimo, il termine decorre dalla data in cui l'opera è stata resa lecitamente accessibile al pubblico. La definizione del momento a partire dal quale decorre il termine di protezione è più complessa con riferimento ai film o alle opere audiovisive: esso è fissato alla data della morte dell'ultimo sopravvissuto tra il regista principale; l'autore della sceneggiatura; l'autore dei dialoghi; il compositore di musica appositamente creata per l'uso nel film o nell'opera audiovisiva.

Con riferimento ai diritti connessi, invece, l'articolo 3 stabilisce che "i diritti degli artisti interpreti o esecutori scadono cinquant'anni dopo l'esecuzione". La durata della protezione è calcolata caso per caso dalla data dell'esecuzione, dalla pubblicazione, dalla comunicazione o dalla sua fissazione (per i fonogrammi). La durata di protezione degli artisti e dei produttori di fonogrammi è stata estesa dalla direttiva 2011/77/UE, in alcuni casi; la durata della protezione dei diritti d'autore per esecutori di registrazioni sonore è estesa da 50 a 70 anni dopo la loro registrazione, e per gli autori di musica, quali compositori e parolieri, a 70 anni dopo la morte dell'autore. Il termine di 70 anni è divenuto uno standard internazionale per la protezione delle registrazioni sonore. Attualmente 64 paesi in tutto il mondo proteggono le registrazioni sonore per 70 anni o più. Per quanto attiene al calcolo della durata, la protezione inizia contemporaneamente in tutti i paesi dell'UE; essa viene calcolata a partire dal 1° gennaio dell'anno successivo all'evento che l'ha generata.

4.5. La Direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione

La Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione è stata adottata nel 2001. Il testo finale della Direttiva è il risultato di oltre tre anni di approfondimento e discussione in seno alle istituzioni europee e rappresenta un esempio pregnante di un processo di codecisione, in cui il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno dato, tutti sullo stesso piano, un input decisivo al processo decisionale. L'obiettivo perseguito mediante questo strumento, oggetto di modifiche successive nel 2017 e nel 2019, è quello di stimolare creatività e innovazione, garantendo uno spazio di interazione sicuro, all'interno del mercato dell'UE, per favorire gli scambi transfrontalieri di beni e servizi protetti dal diritto d'autore²⁹. Questa direttiva ha rivestito un ruolo centrale nell'evoluzione del regime della proprietà intellettuale dell'UE; essa ha costituito la base, negli anni, di una serie di documenti e consultazioni molto importanti, come il Libro Verde sul diritto d'autore nell'economia della conoscenza (2008)³⁰. Nell'ambito delle istituzioni comunitarie è stato avviato un dibattito strutturato e a lungo termine sulle politiche in materia

²⁹ C. GEIGER, F. SCHÖNHERR, I. STAMATOUDI, P. TORREMANS AND S. KARAPAPA, "The Information Society Directive" in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS (a cura di) *EU copyright law cit.*, p. 279 ss.; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. Dalla società dell'informazione al mercato unico digitale cit.*, Cap. III; B. LINDNER, *Copyright in the Information Society. A Guide to National Implementation of the European Directive*, Edward Elgar Publishing, 2019: si veda in particolare T. SHAPIRO, "Directive 2001/29/EC on copyright in the information society", Parte II, e S. ERCOLANI, "Italy", Capitolo 17, sull'attuazione della direttiva in Italia; G. FINOCCHIARO, "L'equilibrio titolare/users nel diritto d'autore dell'Unione Europea" *cit.*, p. 505 ss..

³⁰ CE, Libro Verde "Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza", COM(2008) 466 definitivo, 16.7.2008. Il Libro Verde ha inteso promuovere un dibattito sui migliori mezzi per assicurare la diffusione *on line* delle conoscenze per la ricerca, la scienza e l'istruzione, esponendo e discutendo varie questioni connesse al ruolo che il diritto d'autore svolge nella "economia della conoscenza".

di diritto d'autore, con riferimento ai diversi ambiti connessi alla partecipazione alla società dell'informazione, quali l'editoria scientifica, la conservazione digitale del patrimonio culturale europeo, le opere orfane, l'accesso alle opere protette e i bisogni particolari delle persone affette da disabilità. In tale contesto, è emerso con decisione il ruolo della legislazione in materia di diritto d'autore e le sue potenzialità a beneficio di una varietà di soggetti: istituzioni sociali, musei, motori di ricerca, soggetti affetti da disabilità, istituti di insegnamento. L'attenzione si è focalizzata su diverse aree di intervento: da un lato, assicurare che la creatività sia premiata e che la diversità culturale europea possa prosperare nel mondo digitale; dall'altro, offrire a cittadini e consumatori gli strumenti giuridici per accedere a una vasta gamma di contenuti attraverso reti digitali, ovunque, in qualsiasi momento. Allo stesso tempo, si è reso necessario promuovere condizioni di parità per i nuovi modelli di business e soluzioni innovative per la distribuzione di contenuti creativi all'interno dell'Unione Europea.

La Direttiva 2001/29/CE da esecuzione a due trattati internazionali conclusi nel dicembre 1996, il Trattato OMPI sul diritto d'autore e il Trattato sulle interpretazioni, le esecuzioni ed i fonogrammi (i cosiddetti "trattati su Internet"). Essa persegue l'obiettivo di adattare la normativa in materia di diritto d'autore agli sviluppi tecnologici e in particolare alla cd. "società dell'informazione", senza rinunciare a garantire un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale. A tal fine, la Direttiva armonizza i diritti fondamentali concessi agli autori e ai detentori di diritti connessi: il diritto di riproduzione, il diritto alla comunicazione al pubblico e il diritto di distribuzione (Capo II). Con riferimento al diritto di riproduzione, i paesi dell'UE sono tenuti a riconoscere 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, a una serie di soggetti: gli autori, con riferimento agli originali e alle copie delle loro opere; gli artisti interpreti o esecutori, con riferimento alle fissazioni delle loro prestazioni artistiche; i produttori di fonogrammi, con riferimento alle loro riproduzioni fonografiche; i produttori delle prime fissazioni di una pellicola, con riferimento all'originale e alle copie delle loro pellicole; gli organismi di diffusione radiotelevisiva, con riferimento alle fissazioni delle loro trasmissioni (siano esse effettuate su filo o via etere – senza filo, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite).

Gli Stati membri dell'UE devono, inoltre, riconoscere agli autori il diritto di comunicazione al pubblico, vale a dire, il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (via internet). Analogamente, gli Stati membri devono riconoscere il diritto esclusivo di mettere a disposizione del pubblico le proprie opere, agli artisti interpreti o esecutori, con riferimento alle fissazioni delle loro prestazioni artistiche; ai produttori di fonogrammi, con riferimento alle loro riproduzioni fonografiche; ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, con riferimento all'originale e alle copie delle loro pellicole; agli organismi di diffusione radiotelevisiva, con riferimento alle fissazioni delle loro trasmissioni, indipendentemente dal metodo di trasmissione. È importante evidenziare che il diritto di comunicazione di opere al pubblico e il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico.

Infine, la direttiva stabilisce un'unica norma, valida in tutta l'UE, che riconosce agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi "distribuzione al pubblico" delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo. Tale diritto si esaurisce all'interno dell'Unione laddove la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nell'UE di un'opera sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso.

Un aspetto molto rilevante regolamentato dalla Direttiva 2001/29/CE concerne la disciplina delle eccezioni e limitazioni, che, come si è visto, gioca un ruolo cruciale nel bilanciamento dei diritti d'autore con altri diritti. La Direttiva stabilisce un elenco esaustivo di eccezioni e limitazioni, al fine di consentire l'utilizzo di contenuti protetti in circostanze specifiche. È prevista, innanzitutto, una eccezione obbligatoria al diritto di riproduzione per determinati atti di riproduzione temporanea che sono parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico (copie temporanee) e il cui scopo è consentire un utilizzo legittimo o la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, di un'opera o di altri materiali. Tutte le altre eccezioni e limitazioni relative ai diritti di riproduzione e comunicazione sono facoltative, dunque, gli Stati membri dell'Unione possono decidere di prevederle o meno nella propria legislazione in materia, e riguardano principalmente il pubblico dominio.

Nel dettaglio, gli Stati membri hanno la facoltà di introdurre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione in una serie di ipotesi previste dall'articolo 3 della Direttiva: a) *Reprografia*: le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; b) *Uso privato*: le riproduzioni effettuate da una persona fisica per uso privato su qualsiasi supporto e purché effettuate per fini né direttamente né indirettamente commerciali, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; c) *Atti di riproduzione specifici*: gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono a un vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto; d) *Registrazioni effimere*: le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni; e) *Trasmissioni realizzate da istituzioni sociali*: le trasmissioni realizzate da istituzioni sociali e le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguono uno scopo non commerciale, quali ospedali o prigioni, purché i titolari dei diritti ricevano un equo compenso. È importante rimarcare che per tre di tali eccezioni, reprografia (a), uso privato (b) e trasmissioni realizzate da istituzioni sociali (e) i titolari dei diritti devono ricevere un equo compenso.

Altre eccezioni e limitazioni facoltative sono previste con riferimento ai diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico. Esse possono essere introdotte dagli Stati membri nei casi seguenti: a) *Finalità illustrativa*: utilizzo per finalità esclusivamente illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, purché si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore (salvo in caso di impossibilità), e nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito; b) *Soggetti con disabilità*: utilizzo a favore di soggetti con disabilità, purché l'uso sia collegato alla disabilità, non abbia carattere commerciale e si limiti a quanto richiesto dalla specifica disabilità; c) *Articoli di attualità pubblicati*: riproduzione a

mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica politica o religiosa o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, sempreché si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore, o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore; d) Citazioni: citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera già messa legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, ove possibile, la fonte, incluso il nome dell'autore, e che le citazioni si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico; e) Pubblica sicurezza: impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario; f) Discorsi pubblici: discorsi politici o estratti di conferenze aperte al pubblico o opere simili e materiali protetti, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempreché si indichi, ove possibile, la fonte, incluso il nome dell'autore; g) Cerimonie ufficiali: utilizzo durante cerimonie religiose o cerimonie ufficiali organizzate da un'autorità pubblica; h) Opere collocate in luoghi pubblici: utilizzo di opere realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici, quali opere di architettura o di scultura; i) Inclusione occasionale: in caso di inclusione occasionale di opere o materiali di altro tipo in altri materiali; j) Pubblicizzazione di opera d'arte: utilizzo per pubblicizzare un'esposizione al pubblico o una vendita di opere d'arte, nella misura in cui ciò sia necessario alla promozione dell'avvenimento; k) Parodia: utilizzo a scopo di caricatura, parodia o pastiche; l) Dimostrazioni o riparazioni di attrezzature: utilizzo collegato a dimostrazioni o riparazioni di attrezzature; m) Scopo di ricostruzione: utilizzo di un'opera d'arte consistente in un edificio o un disegno o il progetto di un edificio con lo scopo di ricostruire quest'ultimo; n) Singoli individui: quando l'utilizzo abbia come scopo la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali dedicati situati nei locali di biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono a un vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto, di opere o altri materiali contenuti nella loro collezione e non soggetti a vincoli di vendita o di licenza; o) Utilizzi analogici previsti dalle legislazioni nazionali: utilizzo in altri casi di scarsa rilevanza in cui la legislazione nazionale già prevede eccezioni o limitazioni, purché esse riguardino solo utilizzi analogici e non incidano sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Unione, fatte salve le altre eccezioni e limitazioni.

Le eccezioni e limitazioni al diritto di distribuzione sono accordate alle eccezioni relative alla riproduzione: quando gli Stati membri possono disporre un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione, essi possono anche disporre un'eccezione o limitazione al diritto di distribuzione nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa.

La Direttiva richiama, infine, la Convenzione di Berna e le condizioni generali cui è subordinata l'applicazione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore (il c.d. *Three-Step Test*): le eccezioni e le limitazioni sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali, che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale

dell'opera o degli altri materiali protetti e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare.

Un altro aspetto rilevante della disciplina dei diritti d'autore nella società dell'informazione affrontato dalla Direttiva è quello della protezione giuridica. I paesi dell'UE devono prevedere un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione delle "misure tecnologiche" per la protezione delle opere o di altri materiali, realizzata da persone consapevoli di perseguire tale obiettivo, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli. In questo contesto, per "misure tecnologiche" si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore. Analogamente, gli Stati membri devono prevedere misure di protezione giuridica a tutela delle informazioni sul regime dei diritti, contro chiunque compia consapevolmente, senza averne diritto, atti di rimozione o alterazione delle informazioni elettroniche sul regime dei diritti, ovvero atti di distribuzione, diffusione per radio o televisione, comunicazione o messa a disposizione del pubblico di opere o di altri materiali protetti, dai quali siano state rimosse le informazioni elettroniche sul regime dei diritti.

4.6. La Direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale

Nel quadro generale della disciplina unionale in materia di diritto d'autore, un ruolo importante è anche giocato dalle regole volte a garantire il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Considerato che, in assenza di misure efficaci che assicurino il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, l'innovazione e la creazione sono scoraggiate e gli investimenti si contraggono, è necessario garantire l'effettiva applicazione del diritto sostanziale in materia di proprietà intellettuale in tutta l'Unione. In questa prospettiva, gli strumenti per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale rivestono un'importanza cruciale per il funzionamento del mercato interno.

La Direttiva 2004/48/CE richiede a tutti gli Stati membri di introdurre le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale³¹. Tali misure, procedure e mezzi di ricorso devono essere equi, non inutilmente complessi o costosi e non comportare termini irragionevoli né ritardi ingiustificati. L'obiettivo è creare nell'ambito dell'UE strumenti di tutela omogenei per i titolari dei diritti di proprietà intellettuale (siano essi diritti d'autore o diritti correlati, marchi, brevetti, disegni, ecc.), in caso di violazione delle normative vigenti. Le misure, le procedure e i mezzi ricorso previsti dagli Stati membri devono essere, pertanto, efficaci, proporzionati e dissuasivi e devono essere applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi. Tale insieme di misure si riferisce a: misure per la conservazione delle prove, diritto di informazione, misure provvisorie e cautelari, misure correttive, ingiunzioni, misure alternative, risarcimento del danno e spese legali e pubblicazione delle decisioni giudiziarie.

³¹ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Si veda I. STAMATOUDI, O. VRINSIN, "The Enforcement Directive", in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS (a cura di) *EU copyright law cit.*, p. 381 ss.; M. ROSENMEIER, K. SZKALEJ, S. WOLK, *EU Copyright Law Subsistence, Exploitation and Protection of Rights ... cit.*, Capitolo 9, "Copyright Infringement and Enforcement of Rights".

4.7. La Direttiva su taluni utilizzi consentiti di opere orfane

Al fine di favorire l'accessibilità al materiale protetto da diritti d'autore, è stata adottata la Direttiva 2012/28/UE che disciplina alcuni utilizzi consentiti di opere orfane, da parte di biblioteche, istituti di istruzione e musei accessibili al pubblico, nonché archivi, istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro ed emittenti di servizio pubblico (aventi sede negli Stati membri), al fine di conseguire gli obiettivi connessi alla loro missione di interesse pubblico³².

Le "opere orfane" sono opere che sono protette dal diritto d'autore o da diritti connessi, i cui autori o titolari di altri diritti sull'opera non sono noti o non possono essere individuati o contattati al fine di ottenere il permesso di utilizzare l'opera (art. 2). La direttiva si applica a diverse categorie di opere: opere pubblicate sotto forma di libri, riviste, quotidiani, altre pubblicazioni conservate nelle collezioni di biblioteche, istituti di istruzione, musei accessibili al pubblico, archivi o di istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro; opere cinematografiche o audiovisive e fonogrammi conservati nelle collezioni delle suddette organizzazioni; opere cinematografiche o audiovisive e fonogrammi prodotti da emittenti di servizio pubblico (fino al 31 dicembre 2002 e che siano conservati nei loro archivi).

Si tratta, dunque, di opere che fanno parte delle collezioni detenute da organizzazioni che perseguono obiettivi culturali di interesse pubblico in tutta l'UE e che erano sprovviste di metodi e regole comuni volte a rendere legalmente possibile la loro digitalizzazione e visualizzazione online. Obiettivo della Direttiva è, in sintesi, promuovere la digitalizzazione e il legittimo accesso transfrontaliero online alle opere orfane presenti nelle collezioni di biblioteche, scuole, università, musei, archivi, istituti per la tutela del patrimonio audiovisivo ed emittenti pubbliche. Queste organizzazioni hanno la missione di interesse pubblico di preservare, restaurare, riprodurre e garantire l'accesso online alle proprie collezioni, per motivi culturali ed educativi. Ad esse sarà, dunque, consentito l'uso delle opere orfane per tali scopi, a condizione che sia condotta una "ricerca diligente" del titolare dei diritti sulle opere. Al fine di stabilire se un'opera costituisce un lavoro "orfano", le organizzazioni menzionate devono, infatti, effettuare in buona fede, una ricerca accurata volta a individuare e/o localizzare l'autore del materiale coperto dai diritti o altri titolari dei diritti, consultando le fonti appropriate per la categoria di opere in questione³³.

³² Direttiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane. Si veda U. SUTHERSANEN, M. FRABBONI, "The Orphan Works Directive", in I. STAMATOUDI, P. TORREMANNS (a cura di) *EU copyright law cit.*, p. 479 ss..

³³ S. SCHROFF, M. FAVALE, A. BERTONI, "The Impossible Quest – Problems with Diligent Search for Orphan Works", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 48, 2017, p. 286 ss.. L'articolo presenta una interessante analisi empirica delle condizioni in cui è possibile effettuare una "ricerca diligente" in alcuni Stati membri dell'UE, selezionati come casi di studio: Regno Unito, Paesi Bassi e Italia, Paesi che hanno recepito la direttiva. Per ogni Stato sono stati individuati i requisiti richiesti e/o utilizzati per una ricerca diligente al fine di individuare i titolari di diritti d'autore; in sostanza, quali sono le fonti e le banche dati autorevoli da consultare e, soprattutto, in che misura queste sono liberamente accessibili online. In questo modo, l'analisi fornisce spunti di riflessione sulle due questioni principali che interessano le istituzioni culturali: quanta certezza giuridica offre l'attuazione e qual è l'onere pratico di una ricerca diligente. L'analisi rivela che i Paesi analizzati hanno dato significati diversi al termine "diligente". Nel Regno Unito le linee guida adottate rendono improbabile che una ricerca non sia considerata diligente ma l'onere di ricerca è alto. D'altra parte, Italia e soprattutto i Paesi Bassi hanno un onere di ricerca più leggero, ma in assenza di indicazioni chiare e definite, la probabilità di una violazione accidentale dovuta al mancato rispetto dello standard di diligenza è maggiore. Ne deriva la difficoltà per le istituzioni culturali di ottenere i diritti per le loro collezioni rispettando pienamente i requisiti della legislazione che può essere superata solo attraverso l'adozione di interventi legislativi, linee guida ufficiali o giurisprudenza per stabilire un diverso valore legale delle fonti per una ricerca diligente, con vari gradi di opzionalità a seconda della rilevanza e dell'accessibilità dei dati.

La Direttiva prevede il mutuo riconoscimento dello status di lavoro “orfano”; dunque, opere considerate “opere orfane” in uno Stato membro, sono considerate come tali in tutti gli Stati membri. Esse possono essere utilizzate e consultate in conformità alle previsioni della direttiva in tutti gli Stati membri. Tuttavia, gli Stati sono tenuti ad assicurare che il titolare del diritto su di un'opera considerata orfana abbia, in ogni momento, la possibilità di porre fine a tale status dell'opera, per quanto riguarda i diritti a lui spettanti, e che ottenga un equo compenso per l'utilizzo che è stato fatto.

Gli usi consentiti delle opere orfane sono indicati nell'articolo 6 della direttiva: gli Stati membri hanno l'obbligo di prevedere un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione e al diritto di mettere a disposizione del pubblico l'opera, (previsti rispettivamente agli articoli 2 e 3 della direttiva 2001/29/CE) per garantire che le biblioteche, gli istituti scolastici e i musei, gli archivi, le istituzioni sul patrimonio cinematografico o audio e i servizi pubblici di radiodiffusione possano utilizzare le opere orfane contenute nelle loro raccolte secondo due possibili modalità: messa a disposizione del pubblico; atti di riproduzione, a fini di digitalizzazione, messa a disposizione, indicizzazione, catalogazione, conservazione o restauro. Tali utilizzi sono consentiti unicamente per scopi connessi con le loro missioni di interesse pubblico, in particolare la conservazione, il restauro e la concessione dell'accesso a fini culturali e formativi di opere e fonogrammi contenuti nella propria collezione. Le organizzazioni interessate dalla Direttiva possono generare entrate nel corso di detti utilizzi al solo scopo di coprire i costi sostenuti per la digitalizzazione delle opere orfane e per la messa a disposizione del pubblico delle stesse. Esse, inoltre, devono indicare in qualsiasi utilizzo dell'opera orfana il nome degli autori e degli altri titolari dei diritti che sono stati individuati.

4.8. La tutela giuridica delle banche dati e il suo ruolo nel contesto della European Data Strategy

L'Unione europea ha instaurato un sistema articolato, e del tutto peculiare, per la protezione giuridica delle banche dati, che si basa su due tipologie di diritti: il diritto d'autore e il cd. diritto “sui generis”. La disciplina in materia è stata introdotta mediante la Direttiva 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati³⁴, che è stata oggetto negli anni successivi di due valutazioni, una nel 2005 e una nel 2018. Scopo principale della seconda valutazione, condotta nell'ambito del cd. terzo pacchetto dati (*Third Data Package*) è stato quello di valutare l'efficacia, l'efficienza, la pertinenza e la coerenza del sistema di protezione delineato dalla direttiva. In particolare, il processo ha riguardato il diritto sui generis, analizzando la sua idoneità alla realizzazione degli scopi perseguiti nel nuovo ambiente giuridico, economico e tecnologico. Per quanto interessa evidenziare ai fini del presente studio, uno degli obiettivi perseguiti mediante il processo di

³⁴ Direttiva 96/9/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati. Si veda E. DERCLAYE, “The Database Directive” in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS (a cura di) *EU copyright law cit.*, p. 216 ss.; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. Dalla società dell'informazione al mercato unico digitale cit.*, Capitolo XII, “Le banche dati e le opere multimediali”; A. DE ROBBIO, “Forme di tutela giuridica per le banche dati tra diritto d'autore e diritto sui generis”, *AIDA informazioni* n.3-4, 2000; P. DAL POGGETTO, “La protezione giuridica delle banche dati mediante il diritto d'autore ed il diritto sui generis”, *Informatica e diritto*, 1997/1, p. 159 ss.; J.H. REICHMANN, P.SAMUELSON, “Intellectual Property: Rights in Data?”, *Vanderbilt Law Review*, 1997, p. 51ss..

valutazione è stato quello di analizzare se la disciplina dettata è idonea a garantire un equilibrio tra i diritti dei proprietari delle banche dati e le esigenze degli utenti, valutando la eventuale necessità di apportare modifiche in questa prospettiva³⁵. Alcune modifiche alla disciplina in materia di banche dati sono state introdotte mediante la Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che ha modificato le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

In aggiunta, nella Strategia europea sui dati (*European Data Strategy*)³⁶, la Commissione ha affermato che intende rivedere nuovamente la direttiva sulle banche dati al fine di favorire e rendere più agevole la condivisione e il commercio dei dati generati dalle macchine e dei dati generati nel contesto della diffusione dell'*Internet of Things* (IoT). In particolare, si pone l'esigenza di fare maggiore chiarezza sullo *status* di tali dati e banche dati ai sensi del diritto "sui generis" disciplinato dalla direttiva. La Strategia europea sui dati mira, infatti, a creare un mercato unico dei dati che garantisca la competitività globale dell'Europa e la sovranità sui dati: da un lato, garantendo la disponibilità di un vasto 'capitale' di dati da utilizzare in ambito economico e sociale, dall'altro, mantenendo il controllo da parte delle aziende e degli individui che generano i dati. In questo ambito, il 23 febbraio 2022, la Commissione ha proposto un regolamento sulle norme armonizzate in materia di accesso e uso equo dei dati (*Data Act*)³⁷. La proposta di regolamento costituisce un pilastro fondamentale della Strategia sui dati e persegue l'obiettivo di rendere l'Europa leader in una società guidata dai dati. L'idea di base è che la creazione di un mercato unico per i dati ne consentirà la libera circolazione all'interno dell'UE e tra i vari settori, a vantaggio di imprese, ricercatori e amministrazioni pubbliche.

Ai fini della Direttiva 96/9/CE, per banca dati si intende una "raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti e individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo"³⁸. Come precisato sin dal primo paragrafo dell'articolo 1, le banche dati, così definite, rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva "qualunque ne sia la forma"³⁹. A differenza di quanto previsto nella proposta originale, la direttiva protegge le banche dati accessibili "mediante mezzi elettronici o in altro modo", dunque, non solo le banche dati di tipo multimediale, che raccolgono e presentano (on-line o su CD-ROM) opere, informazioni ed altri materiali organizzati attraverso procedure elettroniche in grado di renderli facilmente accessibili e consultabili dall'utente, ma anche le banche dati tradizionali, in formato carta-

³⁵ E. DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases. A Comparative Analysis*, Edward Elgar Publishing, 2008; M. LEISTNER, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, September 7, 2018, accessibile al seguente indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3245937>; J. P. QUINTAIS "The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look", *European Intellectual Property Review* 2020/1, p. 28 ss.

³⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Una strategia europea per i dati, COM (2020) 66 final, 19.02.2020.

³⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022)68 final, 2022/0047(COD), 23.02.2022. La Proposta rivede alcuni aspetti della Direttiva sulle banche dati, creata negli anni '90 per proteggere gli investimenti nella presentazione strutturata dei dati. In particolare, chiarisce che i database contenenti dati provenienti da dispositivi e oggetti dell'*Internet of Things* (IoT) non devono essere soggetti a una protezione legale separata. In questo modo, si mira a garantire l'accesso e l'utilizzo dei dati.

³⁸ Direttiva 96/9/Ce, articolo 1.2.

³⁹ *Ibidem*, art. 1.1.

ceo, come gli elenchi telefonici, e le banche dati ibride che utilizzano, ad esempio, i microfilm.

Il concetto di banca dati è, tuttavia, innegabilmente collegato all'utilizzo di sistemi informatici; il termine è nato con lo sviluppo delle tecnologie informatiche ed è invalso nel linguaggio corrente allo scopo di indicare la possibilità di rielaborare o riorganizzare i dati informativi in modo tale da consentire il rapido ottenimento di un'informazione esauriente. In virtù di tale loro connotazione tecnologica, le banche dati costituiscono un autonomo oggetto di disposizioni soprattutto per ciò che concerne gli standard tecnici cui adeguarsi, sia in termini di accessibilità delle informazioni, sia in termini di sicurezza da accessi non consentiti. Tale elemento non assume, comunque, rilevanza ai fini del riconoscimento della tutela offerta dalla Direttiva 96/6/Ce.

Gli elementi che caratterizzano il concetto di banca dati sono, in primo luogo, la presenza di un insieme di elementi informativi indipendenti (dati, opere, informazioni, notizie). L'accento è posto sul contenuto informativo a prescindere dalla tipologia di tali elementi, dal fatto, cioè, che si tratti di 'dati' (insuscettibili di utilizzazione se non in forma aggregata o contestualizzata), ovvero 'informazioni' (aventi un contenuto informativo autonomo). L'espressione "altri elementi" mira a includere nella definizione contenuti informativi di varia tipologia, diversi dai dati e dalle opere, come, ad esempio, registrazioni sonore e riproduzioni fotografiche non originali che potrebbero essere protetti da diritti correlati. Il Memorandum esplicativo della Direttiva descrive, infatti, i contenuti del database come 'informazioni' in senso lato, chiarendo, tuttavia, che il concetto di banca dati non comprende raccolte di oggetti fisici, come francobolli o libri.

Gli elementi di una di banca dati (opere, dati o altri elementi informativi) devono essere, come si è detto, indipendenti; ciò significa che i materiali in essa contenuti devono essere separabili l'uno dall'altro senza che il loro valore informativo, letterario, artistico, musicale o qualunque altro valore ne venga influenzato. Di conseguenza, un'opera letteraria, una composizione musicale o una registrazione sonora non costituiscono una banca dati, anche se possono essere concepiti come una raccolta di immagini, parole, note o suoni. In tal modo, si è inteso evitare una sovrapposizione tra il diritto riconosciuto nella direttiva e le altre norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi.

Altro aspetto che caratterizza il concetto di banca dati è il metodo o il criterio di organizzazione degli elementi informativi, che consente di inquadrare tali raccolte quali fenomeni unitari ed autonomamente considerabili⁴⁰. I singoli elementi informativi raccolti nella banca dati devono essere "sistematicamente o metodicamente disposti". Ciò non significa che detti materiali debbano essere immagazzinati fisicamente in maniera organizzata: una raccolta di dati non organizzati, archiviata su un disco rigido, si potrebbe qualificare come un banca dati se combinata con un *software* di gestione che consente il recupero dei dati secondo determinati criteri o esigenze informative. La Direttiva 96/9/Ce, tuttavia, non protegge il *software* che determina il funzionamento del database in

⁴⁰ Da ciò consegue, secondo parte della dottrina giuridica, che le banche dati possono farsi rientrare nel più generale concetto di archivio inteso come "raccolta organizzata di informazioni", G. RODIO, *Banche dati e pubblica amministrazione*, Cacucci Ed. Bari, 2000, p. 25 ss.; A. LOIODICE, "Informatica, banche dati e diritto all'informazione" in LOIODICE A., RODIO G., *Diritto e Informatica*, Milella Lecce, 1988.

quanto tale; i programmi per computer sono protetti, come si è visto, da un'apposita direttiva⁴¹.

I profili di tutela previsti dalla Direttiva sono due: una tutela riconosciuta sulla base del diritto d'autore e una tutela "sui generis" che assicura la protezione dell'investimento (finanziario e professionale) per la costituzione della banca dati.

La tutela basata sul diritto d'autore è accordata quando le banche dati "per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore"⁴². Laddove ricorra questa condizione, la banca dati è tutelata dal diritto d'autore in quanto tale, come 'opera creativa'. Questo regime di protezione si applica esclusivamente alla banca dati nel suo insieme e non si estende alle opere e ai materiali che la banca dati contiene, lasciando impregiudicati i diritti (d'autore) eventualmente esistenti su tali contenuti. Analogamente, come in precedenza evidenziato, la tutela riconosciuta dalla Direttiva 96/9/CE in base al diritto d'autore non si applica al programma informatico utilizzato nella creazione e gestione della banca dati.

L'autore di una banca di dati⁴³ gode, per quanto concerne la forma espressiva di tale banca tutelabile mediante il diritto d'autore, di diritti esclusivi sulla riproduzione, la modifica, la distribuzione al pubblico e la comunicazione, la presentazione o dimostrazione in pubblico dell'intera banca dati o di parti della stessa. Nel dettaglio, l'articolo 5 della Direttiva 96/6/CE riconosce all'autore: il diritto di eseguire o autorizzare la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, della banca dati, con qualsiasi mezzo e in qualsivoglia forma; il diritto di eseguire o autorizzare la traduzione, l'adattamento, una diversa disposizione e ogni altra modifica della banca dati; il diritto di eseguire o autorizzare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale o di copie della banca di dati nonché qualsiasi comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico.

Tali diritti sono soggetti ad una deroga di portata generale a beneficio dell'utente legittimo della banca dati, che può eseguire tutti gli atti elencati, senza l'autorizzazione dell'autore, nella misura in cui essi sono necessari per l'accesso al contenuto della banca di dati e l'impiego normale di quest'ultima. Tale limitazione, di carattere obbligatorio, è volta a realizzare un bilanciamento tra i diritti esclusivi dell'autore e quelli degli utenti. La Direttiva non fornisce una definizione della nozione di "utente legittimo"; dalla formulazione della disposizione si può dedurre che l'utilizzo della banca dati è legittimo quando l'utente utilizza la banca dati, o parte di questa, con il consenso del titolare dei diritti o compiendo atti consentiti dalla legge attraverso le limitazioni a tali diritti.

La Direttiva prevede, infatti, una serie di limitazioni ai diritti esclusivi dell'autore della banca dati, che hanno, tuttavia, carattere facoltativo; di conseguenza, gli Stati membri possono introdurle nei propri ordinamenti giuridici, ma non sono tenuti a farlo. Tali possibili limitazioni riguardano, in primo luogo, l'impiego per finalità di-

⁴¹ Art. 1.3. Direttiva 96/9/Ce "La tutela della presente direttiva non si applica ai programmi per elaboratori utilizzati per la costituzione o il funzionamento di banche di dati accessibili grazie a mezzi elettronici". I programmi sono tutelati dalla direttiva 2009/24/CE del 23 aprile 2009; si veda *supra* paragrafo 4.3.

⁴² Direttiva 96/9/CE, articolo 3. Si veda, per un approfondimento, l'analisi della giurisprudenza della CGUE condotta al paragrafo seguente.

⁴³ L'autore di una banca di dati è la persona fisica o il gruppo di persone fisiche che l'ha creata o, qualora la legislazione dello Stato membro interessato lo consenta, la persona giuridica individuata da tale legislazione come titolare del diritto (art. 4).

dattiche o di ricerca scientifica, sempreché si indichi la fonte e nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito. Altre ipotesi previste sono: la riproduzione per fini privati di una banca di dati non elettronica, l'impiego per fini di sicurezza pubblica o per effetto di una procedura amministrativa o giurisdizionale, eventuali altre deroghe al diritto d'autore tradizionalmente contemplate dal diritto interno. Le limitazioni eventualmente previste nella legislazione degli Stati membri devono, evidentemente, essere conformi alla convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche; esse sono, pertanto, soggette al cosiddetto "test in tre passaggi". (*Three-Step Test*). Il test pone un triplice vaglio al superamento del quale è sottoposta la conformità delle limitazioni al diritto d'autore: le limitazioni ai diritti esclusivi degli autori delle banche dati devono trovare applicazione solo nei casi specificamente individuati, non possono in alcun caso tradursi in un indebito pregiudizio ai legittimi interessi del titolare del diritto e non possono entrare in conflitto con il normale impiego della banca di dati⁴⁴.

Alla protezione prevista dal diritto d'autore, la Direttiva ha, poi, affiancato un nuovo diritto c.d. "*sui generis*" riconosciuto al "costitutore" di una banca di dati, qualora il conseguimento, la verifica o la presentazione del contenuto della banca dati abbia comportato "un investimento *rilevante* sotto il profilo qualitativo o quantitativo"⁴⁵. Il diritto *sui generis* è volto, dunque, a tutelare e remunerare non la creatività dell'autore bensì l'investimento del "costitutore" della banca dati, laddove questo sia "rilevante" in termini di tempo, denaro e lavoro. Esso protegge i risultati dell'investimento finanziario e/o professionale effettuato ai fini della classificazione metodica e sistematica di dati, informazioni, opere indipendenti, ed è riconosciuto a prescindere dalla tutelabilità della banca dati o del suo contenuto a norma del diritto d'autore, vale a dire, indipendentemente dal fatto che la banca dati abbia di per sé carattere creativo.

A tale scopo, al "costitutore" della banca dati è riconosciuto il diritto di vietare operazioni di estrazione o reimpiego non autorizzati della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, ad opera dell'utente o del concorrente. Laddove, per attività di 'estrazione' e 'reimpiego' si intendono rispettivamente, 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, ed ogni qualsivoglia forma di messa a disposizione al pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca dati mediante distribuzione di copie, noleggio o trasmissione effettuata con qualsiasi mezzo e in qualsiasi forma⁴⁶. In sostanza, i diritti esclusivi riconosciuti al costitutore di una banca dati, i diritti di estrazione e reimpiego sono, nei loro tratti fondamentali, simili ai diritti d'autore di riproduzione e comunicazione al pubblico⁴⁷.

Come rilevato dalla CGUE nel caso *The British Horseracing Board e altri*, questi diritti devono essere interpretati in maniera estensiva: l'uso di espressioni quali "con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma" e "qualsiasi forma di messa a dispo-

⁴⁴ Il c.d. *Three-Step Test*, è assunto un ruolo centrale nella prassi internazionale e nel dibattito dottrinale in materia di diritto d'autore. Esso, come si è visto, ha fatto la sua prima apparizione nel 1967 a seguito della revisione della Convenzione di Berna del 1886, per poi consolidarsi in virtù del suo recepimento in altre importanti convenzioni internazionali, *in primis* l'Accordo TRIPS, e nel diritto dell'Unione europea.

⁴⁵ Articolo 7, corsivo aggiunto.

⁴⁶ Articolo 7, para. 2 a) e b) della Direttiva.

⁴⁷ E. DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases.cit*, p. 51.

sizione del pubblico” dimostra che il legislatore comunitario ha voluto conferire un senso ampio alle nozioni di estrazione e di reimpiego. Alla luce dell’obiettivo perseguito dalla Direttiva 96/6/Ce, queste nozioni devono essere quindi interpretate nel senso che si riferiscono a “qualsiasi operazione consistente, rispettivamente, nell’appropriazione e nella messa a disposizione del pubblico, senza il consenso del costituente della banca dati, dei risultati del suo investimento, privando così quest’ultimo dei redditi che dovrebbero consentirgli di ammortizzare il costo di tale investimento”⁴⁸. Tali diritti sono di natura economica e in quanto tali possono essere trasferiti, ceduti o essere oggetto di licenza contrattuale.

Analogamente al diritto d’autore, i diritti *sui generis* sono limitati nei confronti del legittimo utente (art. 8) del database e per speciali finalità (art. 9). La prima limitazione prevede che l’estrazione e il riutilizzo di parti non sostanziali del database non costituiscano un’infrazione⁴⁹. L’uso del database accessibile pubblicamente da un utente legittimo è, tuttavia, limitato dalle condizioni previste dal test in tre passaggi (Three-Step Test). L’utente legittimo di una banca dati messa a disposizione del pubblico non può eseguire operazioni che siano in contrasto con la normale gestione della banca di dati o che arrechino un eccessivo pregiudizio ai legittimi interessi del costituente della stessa. Egli, inoltre, non può arrecare pregiudizio al titolare del diritto d’autore o di un diritto connesso relativo ad opere contenute in tale banca.

La tutela *sui generis* è, dunque, volta a prevenire l’estrazione sleale e il reimpiego non autorizzato della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca dati, indipendentemente dal suo carattere di originalità e, dunque, dalla sua tutelabilità ai sensi del diritto d’autore. Il riconoscimento di una tutela all’investimento sostenuto per la costituzione delle banche dati rappresenta un’innovazione fondamentale: la raccolta delle informazioni, l’archiviazione, le strutture tecniche da utilizzare, il personale specializzato nell’elaborazione dei dati, ecc. costituiscono una fonte di investimento notevole in termini di mezzi finanziari, tempo e lavoro, riconosciuto come meritevole di tutela giuridica, laddove ricorra la condizione della “rilevanza”.

Anche con riferimento al diritto *sui generis*, tuttavia, la Direttiva prevede alcune limitazioni, facoltative, quali: l’estrazione per finalità didattiche o di ricerca scientifica, purché si indichi la fonte e nei limiti dello scopo non commerciale perseguito; l’estrazione per fini privati del contenuto di una banca di dati non elettronica; e l’estrazione e/o il reimpiego per fini di sicurezza pubblica o per una procedura amministrativa e giurisdizionale.

Per quanto attiene alla durata dei diritti d’autore sulla banca dati in quanto opera frutto della creatività del suo autore, e sui materiali in essa contenuti, si applicano le regole generali sulla durata dei diritti d’autore. La durata dei diritti *sui generis* su una banca dati non originale è, invece, di 15 anni a partire dalla data in cui è stata completata la costituzione della banca dati⁵⁰. Tale termine, tuttavia, ricomincia a decorrere qualora la banca dati sia oggetto di modifica sostanziale, valutata in ter-

⁴⁸ Causa C-203/02, *The British Horseracing Board and Others The British Horseracing Board Ltd e altri vs. William Hill Organization Ltd*, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 9 novembre 2004, para. 51.

⁴⁹ Art. 8(1): Il costituente di una banca di dati messa in qualsiasi modo a disposizione del pubblico non può impedire all’utente legittimo della stessa di estrarre e reimpiegare parti non sostanziali, valutate in termini qualitativi o quantitativi, del contenuto di tale banca di dati per qualsivoglia fine.

⁵⁰ M.C. CARDARELLI “Il diritto *sui generis*: la durata», *AIDA Informazioni*, 1997, p. 64 ss.

mini qualitativi o quantitativi; in sostanza, ogni modifica che permetta di ritenere che si tratti di un nuovo investimento sostanziale, valutato in termini qualitativi o quantitativi, consente di attribuire alla banca derivante da tale investimento una propria specifica durata di protezione. In questo modo, soprattutto per le banche dati digitali oggetto di aggiornamento continuo, la Direttiva ha di fatto introdotto per i diritti del costituente di una banca dati una forma di tutela potenzialmente senza limiti temporali.

Il diritto d'autore e il diritto *sui generis* costituiscono due diritti indipendenti aventi oggetto e presupposti di applicazione differenti; le due forme di protezione previste dalla Direttiva 96/9/CE possono, tuttavia, coesistere in relazione alla medesima banca dati. Due tipologie diverse di diritti d'autore possono, innanzitutto, coesistere sulla medesima banca dati, in ragione della tipologia di banca dati e dei dati in essa raccolti: i diritti d'autore sui singoli materiali contenuti nella banca dati e il diritto d'autore sulla banca dati in quanto tale, nel suo complesso. Ai diritti d'autore, può sommarsi un diritto *sui generis* a tutela del sostanziale investimento effettuato per la realizzazione della banca dati, laddove tale investimento abbia carattere "rilevante"⁵¹. I due livelli di protezione non sono, tuttavia, interdipendenti, vale a dire che i diritti *sui generis* possono essere concessi anche senza soddisfare i requisiti di protezione del diritto d'autore e viceversa⁵². Sono numerose le questioni concettuali e le difficoltà applicative che discendono dal sistema a due livelli di protezione introdotto dalla Direttiva sulle banche dati, sebbene i due regimi di protezione, diritto d'autore e diritto *sui generis*, differiscano nell'oggetto stesso della protezione. Basti pensare che i diritti legati alle due forme di tutela, laddove esse fossero cumulate, potrebbero essere potenzialmente detenute da distinte entità giuridiche.

4.8.1. La tutela giuridica delle banche dati e dei diritti correlati nella giurisprudenza della CGUE

Con l'adozione della Direttiva 96/9/CE, la protezione giuridica delle banche dati è entrata a far parte del sistema giuridico dell'Unione Europea, di conseguenza, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) è stato affidato il compito di interpretare e chiarire la disciplina dettata alla luce di una realtà sociale, economica e tecnologica in forte evoluzione⁵³.

Nello svolgere questo ruolo cruciale, la Corte ha tenuto conto dei due obiettivi perseguiti dal legislatore europeo mediante la Direttiva. Il primo, come si è visto, è armonizzare il frammentario panorama giuridico esistente negli Stati membri

⁵¹ Una questione complessa riguarda le banche dati pubbliche, in relazione alle quali si pone la questione di chiarire se è possibile riconoscere alle amministrazioni pubbliche la titolarità dei diritti esaminati per la tutela delle proprie banche dati. Per quanto attiene al diritto d'autore, sotto il profilo soggettivo, la normativa italiana, ad esempio, prevede espressamente che le amministrazioni pubbliche possano essere titolari di un diritto d'autore "sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese" (l'art. 11 della L. 633/41). Sotto il profilo oggettivo, l'unico criterio utilizzabile per stabilire se una tutela sia accordabile è il criterio della creatività nella "scelta o disposizione del materiale". Si tratta, tuttavia, di un criterio che si rivela, nei fatti, di difficile applicazione alle banche dati delle amministrazioni pubbliche, che sono create in base a finalità di interesse pubblico. Alle banche dati pubbliche, per le loro caratteristiche, è più facile riconoscere, in linea di principio, la tutela *sui generis*.

⁵² Articolo 7, paragrafo 4.

⁵³ Per un'analisi critica di ampio respiro del ruolo della CGUE nello sviluppo della normativa europea in materia di diritto d'autore, si veda M. FAVALE, M. KRETSCHMER, P.C. TORREMANS, "Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice", *The Modern Law Review*, 2016/1, p. 31 ss.. Si rinvia, poi, alla dottrina citata *supra* note 222 e 223.

per la protezione delle banche dati e, in tal modo, promuovere il funzionamento del mercato interno. Il secondo obiettivo, perseguito soprattutto attraverso il diritto *sui generis* riconosciuto ai costitutori delle banche dati, è quello di incentivare gli investimenti in moderni sistemi di archiviazione e di elaborazione delle informazioni, introducendo un meccanismo ulteriore di tutela nell'ordinamento di tutti gli Stati membri, alcuni dei quali proteggevano i diritti sulle banche dati in maniera ritenuta insufficiente.

Attraverso la elaborazione di una linea coerente di giurisprudenza, la CGUE ha, innanzitutto, gradualmente chiarito e sviluppato il concetto stesso di banca dati; ha, poi, affrontato le incertezze e i problemi applicativi legati alla protezione delle banche dati attraverso il diritto d'autore e definito il campo di applicazione del diritto *sui generis*, approfondendo tutta una serie questioni concernenti i limiti della protezione⁵⁴.

Il punto di partenza della giurisprudenza evolutiva della CGUE è rappresentato, dunque, dalla definizione di "banca dati" di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva 96/6/Ce. La Corte ha stabilito un criterio interpretativo di carattere generale, osservando come da diversi elementi risulti la volontà del legislatore comunitario di conferire alla nozione di banca di dati "una portata ampia, svincolata da considerazioni di ordine formale, tecnico o materiale"⁵⁵; essa ha evidenziato, altresì, che da vari elementi della Direttiva 96/6/Ce emerge che la nozione di banca di dati deriva la sua specificità da un "criterio funzionale"⁵⁶. Nello specifico, come emerge dai considerando 9, 10 e 12 della direttiva, la tutela giuridica istituita è volta a incentivare la creazione di sistemi di memorizzazione e gestione di dati, al fine di contribuire allo sviluppo del mercato delle informazioni in un contesto caratterizzato da una crescita esponenziale della massa di informazioni prodotte e elaborate ogni anno in tutti i settori di attività.

Altro elemento fondamentale del concetto di banca dati che la Corte è intervenuta a delineare è il criterio di "indipendenza" degli elementi in essa contenuti⁵⁷. Partendo dalla premessa che la qualifica di banca di dati è subordinata all'esistenza di una raccolta di "elementi indipendenti", la CGUE ha chiarito che ciò significa che gli elementi informativi che compongono la banca dati devono essere "separabili gli uni dagli altri senza che il valore del loro contenuto informativo, letterario, artistico, musicale o di altro genere venga ad essere per questo intaccato"⁵⁸. In questa prospettiva, la CCUE ha ulteriormente chiarito che il valore del contenuto informativo di un elemento di una raccolta non è alterato qualora, suc-

⁵⁴ Particolarmente rilevanti sono quattro sentenze, sovente citate nel presente paragrafo, che hanno delineato gli elementi fondamentali della tutela giuridica delle banche dati nell'Unione europea, cui si fa riferimento come la "tetralogia del database": i casi C-203/02, *The British Horseracing Board v William Hill* (2004); C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd v Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)* (2004); C-338/02 *Fixtures Marketing Ltd v Svenska Spel AB* (2004); C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd v Oy Veikkaus Ab* (2004).

⁵⁵ CGUE, Causa C-444/02, *Fixtures Marketing Ltd vs. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 9 novembre 2004) par. 20, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal *Monomeles Protodikeio Athinon* (Grecia). Si veda anche Causa C-30/14, *Ryanair Ltd vs. PR Aviation BV*, Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 15 gennaio 2015, para. 22, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da *Hoge Raad der Nederlanden* (Paesi Bassi).

⁵⁶ Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 27; Causa C-490/14, *Freistaat Bayern vs. Verlag Esterbauer GmbH*, Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 29 ottobre 2015, par. 16.

⁵⁷ Si ricorda che, ai sensi della definizione di cui all'articolo 1 della Direttiva 96/6/Ce, per banca dati si intende una raccolta di opere, dati o altri elementi *indipendenti* sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo (corsivo aggiunto).

⁵⁸ Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 29.

cessivamente all'estrazione dalla raccolta in questione, tale elemento rivesta un "valore informativo autonomo"⁵⁹. La CGUE ribadisce che la Direttiva 96/9 mira a incentivare la creazione di banche dati, attraverso la tutela giuridica riconosciuta, in quanto esse consentono di conferire un valore aggiunto agli elementi informativi che ne fanno parte attraverso la collocazione degli stessi in modo sistematico o metodico e individualmente accessibile, contribuendo allo sviluppo del mercato delle informazioni. Un elemento informativo incluso in una raccolta aumenta, dunque, di valore per la sua collocazione in quest'ultima; allo stesso modo, la sua estrazione da detta raccolta può dar luogo a una riduzione corrispondente di valore, la quale non altera, tuttavia, la sua qualificazione come "elemento indipendente" ai sensi dell'articolo 1 paragrafo 2 della Direttiva 96/9, purché tale elemento conservi un valore informativo autonomo. In altri termini, l'estrazione di un elemento dalla banca dati in cui è compreso può comportare una riduzione del suo valore informativo ma, nella misura in cui tale elemento conserva un valore informativo autonomo, ciò non esclude che esso possa rientrare nella nozione di "elementi indipendenti"⁶⁰. La Corte si è spinta anche oltre e ha affermato che non solo un dato individuale ma anche "una combinazione di dati" può costituire un "elemento indipendente" ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva 96/9/Ce⁶¹. Pertanto, nulla osta a che una combinazione di dati, quali, ad esempio i dati geografici contenuti in una mappa topografica, possano essere considerati un "elemento indipendente" ai sensi di detta disposizione, a condizione che l'estrazione di tali dati dalla carta topografica non pregiudichi il valore del loro contenuto informativo come in precedenza chiarito⁶². In proposito, emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte che il "valore informativo autonomo" di un elemento estratto da una banca dati deve essere stimato tenendo conto del valore dell'informazione, non per l'utente di riferimento della stessa, ma per qualsiasi terzo interessato all'elemento estratto⁶³.

⁵⁹ Causa C-490/14, *Freistaat Bayern cit.*, para. 22. Si veda anche Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 33; Causa C-604/10 *Football Dataco Ltd e altri vs. Yahoo! UK Ltd e altri*, Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 1° marzo 2012, para. 26.

⁶⁰ Causa C-490/14, *Freistaat Bayern cit.*, para. 23. Ciò implica, nel caso di specie, il diritto dell'utente legittimo di estrarlo e reimpiegalo per qualsivoglia fine nel rispetto delle condizioni fissate dalla Direttiva 96/9/Ce: parti non sostanziali, valutate in termini qualitativi o quantitativi, del contenuto; operazioni che non siano in contrasto con la normale gestione della banca dati, azioni che non arrechino un eccessivo pregiudizio ai legittimi interessi del costituente della stessa.

⁶¹ Causa C-490/14, *Freistaat Bayern cit.*, para. 20. Si vedano anche Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 35; e Causa C-604/10 *Football Dataco Ltd e altri*, para. 26.

⁶² Causa C-490/14, *Freistaat Bayern cit.*, para. 18-21. Nel caso di specie, il Land di Baviera, che pubblica, tramite l'Ufficio regionale del catasto e delle informazioni geografiche, carte topografiche che coprono tutto il proprio territorio, riteneva che la Verlag Esterbauer (casa editrice austriaca specializzata in raccolte di carte escursionistiche), avesse illegittimamente utilizzato le sue carte topografiche riprendendone i dati alla base per costituire proprie carte. A tal riguardo, la Corte ha rilevato che le carte topografiche, come le carte di cui trattasi, sono utilizzate come prodotti di base a partire dai quali, mediante estrazione selettiva di loro elementi, ne vengono costituiti altri. In particolare, la Verlag Esterbauer ha estratto, via digitalizzazione, dalle carte topografiche del Land di Baviera dati geografici relativi a itinerari per ciclisti, ciclisti di mountain bike e pattinatori in linea.

⁶³ *Ibidem*, para. 27-29. Pertanto, i dati di una raccolta che sono sfruttati economicamente in modo autonomo, quali i dati estratti dalla Verlag Esterbauer dalle carte topografiche del Land di Baviera, costituiscono "elementi indipendenti" di una banca dati, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva 96/9/Ce, nella misura in cui, successivamente alla loro estrazione, forniscono informazioni rilevanti per i clienti della società che se ne serve. In tali circostanze, la CGUE risponde alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva 96/9/Ce deve essere interpretato nel senso che i dati geografici che terzi estraggano da una carta topografica per la costituzione e la commercializzazione di un'altra carta conservano, successivamente alla loro estrazione, un valore informativo sufficiente per essere qualificati come "elementi indipendenti" di una banca dati. Si veda, in questo senso, anche la Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 34. In tale sentenza, la Corte ha dichiarato che i dati relativi a un incontro di calcio che erano stati estratti, da parte di una società di organizzazione di giochi d'azzardo, da una raccolta creata dagli organizzatori di un campionato di calcio e contenente informazioni su tutta la serie di incontri del campionato, avevano un valore autonomo in quanto fornivano informazioni rilevanti per i terzi interessati, vale a dire i clienti della società di organizzazione dei giochi di azzardo.

La qualifica di una raccolta come banca di dati presuppone, infine, che gli elementi indipendenti costitutivi di tale raccolta siano “disposti in maniera sistematica o metodica e siano individualmente accessibili in un modo o nell’altro”. Senza richiedere che questa disposizione sistematica o metodica sia fisicamente visibile⁶⁴, questa condizione richiede, piuttosto, che la raccolta figuri su un supporto fisso, di qualsiasi natura, e che contenga uno strumento che consente la localizzazione di ogni elemento indipendente contenuto nel suo ambito; tale strumento può essere un processo di tipo elettronico, elettromagnetico, elettroottico, ovvero un altro mezzo, quale un sommario, un indice delle materie, un piano o un metodo di classificazione particolare. Questa condizione permette di distinguere la banca dati ai sensi della direttiva, caratterizzata da un mezzo che consente di ritrovare nel suo ambito ciascuno dei suoi elementi costitutivi, da un insieme di elementi che fornisce informazioni ma che è privo di qualsiasi mezzo di elaborazione dei singoli elementi che lo compongono⁶⁵.

Definito l’oggetto della tutela prevista dalla Direttiva 96/6/Ce, la CGUE ha approfondito i meccanismi di tutela da essa previsti e l’interazione tra loro, perseguendo l’obiettivo di realizzare un equilibrio tra i diritti della persona fisica o giuridica che ha creato la banca dati e i diritti degli utenti legittimi della stessa⁶⁶.

La protezione offerta dalle norme in materia di diritto d’autore si applica, ai sensi dell’art. 3(1), alle banche dati che in ragione della scelta o della disposizione dei loro contenuti costituiscono “una creazione dell’ingegno propria del loro autore”. La Corte ha, dunque, analizzato il requisito richiesto dal legislatore comunitario ai fini della applicazione di questa tutela, evidenziando, in primo luogo, che la nozione di “creazione dell’ingegno propria del suo autore” rinvia al criterio di “originalità” e che non sono applicabili criteri diversi da questo per valutare se una banca dati possa godere di tutela in base al diritto d’autore⁶⁷. Il criterio della creazione intellettuale dell’autore implica, dunque, un test di originalità. In uno dei casi maggiormente rilevanti portati dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, il caso *Football Dataco*, già citato in precedenza, la Corte ha ritenuto che il criterio di originalità è da ritenersi soddisfatto quando, mediante la scelta o la disposizione dei materiali in essa contenuti, il suo autore “esprime la sua capacità creativa con originalità effettuando scelte libere e creative”⁶⁸; egli imprime, in altri termini, il “suo tocco personale”⁶⁹. Al contrario, il criterio *de quo* non è soddisfatto quando la costituzione della banca di dati è dettata da considerazioni di carattere tecnico, da regole o vincoli che non lasciano margine per la libertà creativa. È opportuno ribadire che il criterio di originalità, e la conseguente protezione riconosciuta in base

⁶⁴ In base al ventunesimo ‘considerando’ della Direttiva 96/6/Ce, non è necessario che i materiali contenuto nella banca dati siano stati memorizzati fisicamente in forma organizzata.

⁶⁵ Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 30-31.

⁶⁶ Causa C-30/14, *Ryanair Ltd cit.*, para. 40, “[l]’impianto sistematico generale della direttiva 96/9, ... (omissis) ... poggia su un equilibrio tra, da un lato, i diritti del soggetto che crea una banca dati e, dall’altro, i diritti degli utenti legittimi di una banca siffatta, ossia dei terzi autorizzati da detto soggetto ad utilizzare la banca”.

⁶⁷ Causa C-604/10 *Football Dataco Ltd e altri cit.*, para. 38 e 40. Si veda anche per analogia il Caso C-5/08, *Infopaq International A/S vs. Danske Dagblades Forening*, sentenza della Corte (Quarta sezione) del 16 luglio 2009, para. 35, 37 e 38; Caso C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany vs. Ministerstvo kultury*, Sentenza della Corte (Terza sezione) del 22 dicembre 2010, para. 45; Caso C-145/10, *Eva-Maria Painer vs. Standard VerlagsGmbH e altri*, sentenza della Corte (Terza Sezione) del 1° dicembre 2011, para. 87.

⁶⁸ Causa C-604/10 *Football Dataco Ltd e altri cit.*, para. 38. Si veda anche per analogia il Caso C-5/08, *Infopaq cit.*, para. 45, e il Caso C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace cit.*, para 50.

⁶⁹ Caso C-145/10, *Eva-Maria Painer cit.*, para 92.

al diritto d'autore, si applicano alla selezione e alla disposizione dei materiali, dunque, alla struttura della banca dati; come già evidenziato, la protezione riconosciuta in base al diritto d'autore non si estende ai singoli materiali che costituiscono il suo contenuto. Dall'analisi della giurisprudenza della CGUE emerge, inoltre, chiaramente che il requisito di originalità non è soddisfatto dall'investimento effettuato in termini di abilità professionale e di lavoro nella costruzione di una banca dati. Se il lavoro e l'abilità professionale del creatore della banca dati non esprimono originalità nella selezione o nella disposizione dei materiali, essa non è oggetto di protezione in base al diritto d'autore. Gli sforzi intellettuali e gli investimenti nella produzione della banca dati, se "sostanziali", possono, invece, dare origine alla protezione *sui generis* che, come si approfondirà in seguito, consente di proteggere il contenuto della banca dati (dati aggregati, opere o altri materiali). In proposito, sembra opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte riguardante le ipotesi di violazione dei diritti d'autore; la CGUE ha stabilito che può verificarsi una violazione solo laddove un soggetto ponga in essere una attività non autorizzata con riferimento a un elemento dell'opera protetta che esprime la creazione intellettuale dell'autore⁷⁰. Di conseguenza, la riproduzione, la modifica, la distribuzione o comunicazione al pubblico di una parte dei materiali di una banca dati, senza utilizzare la medesima selezione o disposizione dei contenuti, ossia la caratteristica che determina l'originalità della banca dati (tutelabile mediante il diritto d'autore), non comporta una violazione del diritto d'autore sulla banca dati, ma può comportare una violazione del diritto *sui generis* sulla stessa e/o dei diritti d'autore sui singoli materiali.

Un altro elemento della disciplina dettata dalla Direttiva 96/6/Ce che ha suscitato incertezze interpretative e applicative è la condizione cui è subordinata la protezione offerta dal diritto *sui generis*, vale a dire un "investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo". È stato sottolineato, in dottrina, come l'investimento, pur costituendo la base per il riconoscimento del diritto *sui generis* al costituente, debba essere distinto dall'oggetto della protezione che sarebbe "*the ideal intangible good of the database*"⁷¹. Sorprendentemente, la CGUE ha fornito pochissime indicazioni sulla questione della 'rilevanza' dell'investimento. La direttiva stessa non fornisce indizi interpretativi precisi; essa si limita ad affermare che "La creazione di una banca dati richiede l'investimento di considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie" (considerando 7) e a precisare che "l'investimento può consistere nel fornire fondi e/o spese di tempo, fatica ed energia" (considerando 40). Sembra, pertanto, che la rilevanza dell'investimento sia lasciata alla valutazione

⁷⁰ Caso C-5/08, *Infopaq cit.*. Il caso riguardava l'applicazione della Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in particolare la riproduzione di brevi estratti di articoli di giornale. Con riferimento agli articoli di giornale, la Corte rileva come la creazione intellettuale del loro autore risulti dalla modalità con cui è presentato il soggetto nonché dall'espressione linguistica. Quanto agli elementi di tali opere che sono oggetto di tutela, la Corte osserva che gli articoli di giornale sono composti da parole le quali, isolatamente considerate, non rappresentano, in quanto tali, una creazione intellettuale dell'autore che le impiega. È solo mediante la scelta, la disposizione e la combinazione di tali parole che si consente all'autore di esprimere il proprio spirito creativo in maniera originale ottenendo un risultato che costituisce una creazione intellettuale. Le parole in quanto tali non rappresentano, quindi, elementi che beneficiano di tutela, tuttavia, non può escludersi che talune frasi isolate, o addirittura talune parti di frasi, siano idonee a trasmettere al lettore l'originalità di un articolo di giornale, comunicando a chi legge un elemento che è in sé stesso espressione della creazione intellettuale dell'autore di tale articolo. Simili frasi o simili parti di frase possono quindi beneficiare della tutela prevista dall'art. 2, lett. a), della direttiva (para. 44 - 47) e atti di riproduzione di simili frasi e parti non può essere realizzato senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore interessati, a meno che non rientri in una delle eccezioni di cui alla Direttiva in parola (para 74).

⁷¹ S. RIEGER, *Der rechtliche Schutz wissenschaftlicher Datenbanken*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, pag. 129.

ad hoc dai tribunali nazionali. In numerose sentenze la Corte ha ribadito che l'investimento collegato alla costituzione della banca di dati può consistere nell'impiego di risorse o di mezzi umani, finanziari o tecnici, e che deve essere rilevante sotto il profilo quantitativo o qualitativo, limitandosi ad aggiungere che "la valutazione quantitativa fa riferimento a mezzi quantificabili numericamente e la valutazione qualitativa a sforzi non quantificabili, quali uno sforzo intellettuale o un dispendio di energie"⁷².

La giurisprudenza della Corte si è, invece, soffermata su altri elementi cui è subordinata la concessione della tutela alla luce del diritto *sui generis*, vale a dire, le attività di "conseguimento", "verifica" e "presentazione" del contenuto della banca dati. La CGUE ha chiarito il contenuto di queste attività e, quindi, quali elementi è necessario tenere in considerazione al fine di valutare la rilevanza dell'investimento con riferimento a tali attività. Nella interpretazione della nozione di investimento collegata al "conseguimento" del contenuto di una banca di dati è invalsa una interpretazione restrittiva. La Corte ha chiarito che rientrano in questa nozione "i mezzi destinati alla ricerca di elementi indipendenti esistenti e alla loro riunione" nella banca dati. Sono, invece, esclusi i mezzi per la "creazione" di elementi indipendenti, i quali non possono essere presi in considerazione per valutare il carattere rilevante dell'investimento collegato alla costituzione della banca dati⁷³. A fondamento di questa interpretazione, la Corte ricorda l'obiettivo della tutela conferita dal diritto *sui generis*, che non è la creazione di materiali che possano essere raccolti successivamente in una banca dati bensì "incentivare la creazione di sistemi di archiviazione e di elaborazione delle informazioni esistenti", la cosiddetta "*databaseness*"⁷⁴. La giurisprudenza della CGUE ha, così, stabilito una distinzione rigorosa tra l'investimento volto all'"ottenimento" degli elementi/della banca dati, ossia le risorse utilizzate per cercare materiali indipendenti esistenti e raccogliergli nel database, e quello volto alla creazione dei singoli elementi, ossia le risorse utilizzate per la creazione in quanto tale di materiali indipendenti.

In tale contesto, la Corte ha, poi, chiarito che il fatto che la costituzione di una banca dati sia collegata all'esercizio di un'attività principale nell'ambito della quale sono creati gli elementi contenuti nella banca dati stessa, non esclude, di per sé, il beneficio della tutela conferita dal diritto *sui generis*. Questa prote-

⁷² *Ex multis*, Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 44.

⁷³ Causa C-203/02, *The British Horseracing Board and Others The British Horseracing Board Ltd e altri vs. William Hill Organization Ltd*, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 9 novembre 2004, para. 31. Si veda anche Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 40-42; Causa C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd vs. Oy Veikkaus Ab*, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 9 novembre 2004, para. 34-36, riguardante la nozione di investimento collegato al conseguimento, alla verifica o alla presentazione del contenuto di una banca di dati, con riferimento ai calendari di campionati di calcio e alle scommesse; C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd vs. Svenska Spel AB*, Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 9 novembre 2004, para. 24-26.

⁷⁴ Questo approccio è basato sulla formulazione dei *consideranda* 19 e 39 della Direttiva. Secondo il trentanovesimo considerando della direttiva, l'obiettivo del diritto *sui generis* è garantire una tutela contro l'appropriazione dei risultati ottenuti dall'investimento finanziario e professionale effettuato dal soggetto che ha "ottenuto e raccolto il contenuto" di una banca di dati. Come rilevato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, pur con leggere differenze terminologiche, tutte le versioni linguistiche di questo considerando si pongono a favore di un'interpretazione che esclude dalla nozione di conseguimento la creazione degli elementi contenuti nella banca dati (para. 41-46). *Ibidem*, para. 32. Analogamente, in base al considerando 19, la compilazione di varie registrazioni di esecuzioni musicali su CD non rappresenta un investimento sufficientemente rilevante per beneficiare del diritto *sui generis*. Il considerando fornisce, quindi, un ulteriore argomento a sostegno della interpretazione della Corte, in quanto ne deriva "che i mezzi impiegati per la creazione stessa delle opere o degli elementi che figurano nella banca di dati, all'occorrenza su un CD, non sono equiparabili ad un investimento collegato al conseguimento del contenuto della detta banca di dati e non possono quindi essere presi in considerazione per valutare il carattere rilevante dell'investimento collegato alla costituzione di tale banca di dati". *Ibidem*, para. 33. Si veda, E. DERCLAYE, "Database Directive", in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, (a cura di) *EU Copyright Law cit.*, p. 323.

zione è, tuttavia, subordinata alla condizione che il costituente dimostri che il conseguimento degli elementi della banca dati, la loro verifica o la loro presentazione, hanno dato luogo a un investimento che sia non solo rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo ma anche “autonomo rispetto ai mezzi impiegati per la creazione di questi elementi”⁷⁵. In alcune sentenze relative all’acquisizione delle informazioni relative agli incontri di calcio, la CGUE ha ritenuto che la raccolta dei dati relativi a ciascun incontro nei vari campionati sia indissolubilmente legata all’organizzazione stessa dei campionati, dunque, alla creazione dei dati contenuti nella banca dati (il calendario di un campionato di calcio). Di conseguenza, essa ha valutato che non fosse possibile individuare un investimento autonomo, volto alla disposizione degli elementi creati all’interno della banca dati (o alla loro verifica e presentazione) e che, pertanto, tale banca dati non fosse idonea alla protezione tramite i diritti *sui generis* del creatore del database⁷⁶.

In sintesi, in linea generale, le banche dati contenenti esclusivamente dati generati dal creatore della banca dati come sottoprodotto della sua attività principale non possono essere protette dai diritti *sui generis*. Tale protezione può essere riconosciuta solo se il creatore della banca dati dimostra l’esistenza di un investimento, volto all’ottenimento, alla verifica o alla presentazione dei contenuti, che, oltre ad essere rilevante, sia autonomo, ossia sia separabile dall’investimento effettuato per generare i contenuti. L’investimento separabile sarà riscontrabile, ad esempio, quando i dati vengono creati in modo non organizzato e devono essere sostenuti dei costi aggiuntivi per il loro ottenimento o presentazione.

La Corte ha, inoltre, approfondito la nozione d’investimento collegato alla “verifica” del contenuto della banca dati, che comprende “risorse utilizzate, al fine di assicurare l’affidabilità delle informazioni contenute nella banca dati e per monitorare l’accuratezza dei materiali raccolti” tanto all’atto della costituzione della banca dati quanto durante il suo funzionamento⁷⁷. Esso include, pertanto, la correzione di record duplicati, l’eliminazione di errori di battitura e l’aggiornamento del contenuto e tutte le attività volte a garantire l’affidabilità dei contenuti a lungo termine. Il processo di verifica può essere considerato un investimento rilevante anche quando gli elementi della banca dati non cambiano. È opportuno ribadire che, alla luce di quanto sin qui detto, i costi di verifica sostenuti durante la creazione non possono essere inclusi nella valutazione della natura rilevante dell’investimento. Il diritto *sui generis* è riconosciuto solo a tutela dell’investimento finalizzato alla verifica di un set di dati esistente; mentre non è rilevante se si tratta di un set di dati creato dal produttore o ottenuto con altri mezzi.

Un investimento collegato alla “presentazione” del contenuto di una banca dati riguarda, secondo la giurisprudenza della CGUE, le risorse intese a conferire alla banca dati la sua “funzione di gestione dell’informazione”, dunque, le risorse destinate alla disposizione sistematica o metodica degli elementi in essa contenuti

⁷⁵ Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 45; si veda anche la Causa C-338/02, *Svenska Spel AB cit.*, para. 29-30.

⁷⁶ Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 47-51. Ad analoghe conclusioni la Corte è giunta nei casi C-203/02 *The British Horseracing Board cit.*, C-444/02, *OPAP cit.*, C-338/02, *Svenska Spel cit.*, e C-46/02, *Oy Veikkaus cit.*

⁷⁷ Causa C-46/02, *Oy Veikkaus Ab cit.*, para. 37; Si veda anche, Causa C-203/02, *The British Horseracing cit.*, para. 34; Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 43; C-338/02, *Svenska Spel AB cit.*, para. 27.

nonché all'organizzazione della loro accessibilità individuale⁷⁸. Si tratta di una nozione che fa riferimento alla struttura o all'organizzazione dei contenuti e al modo in cui sono comunicati all'utente, così come alle risorse che assicurano la funzione di trattamento delle informazioni della banca dati.

4.9. La direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale

Il 17 maggio 2019 la versione ufficiale della nuova Direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'UE (Copyright in the Digital Single Market Directive – Direttiva CDSM). Ciò segna la fine di un lungo e controverso processo legislativo e l'inizio di quello che sarà sicuramente un controverso processo di attuazione nazionale⁷⁹.

La direttiva CDSM è una delle più lunghe dell'*acquis* unionale in materia di diritto d'autore, con 86 considerando e 32 articoli; è suddivisa in cinque titoli: disposizioni generali (I), misure per adeguare le eccezioni e le limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero (II), misure per migliorare le pratiche in materia di licenze e garantire un accesso più ampio ai contenuti (III), misure per realizzare un mercato ben funzionante per i diritti d'autore (IV) e disposizioni finali (V). La base giuridica della Direttiva è individuata nell'art. 114 TFUE riguardante l'adozione delle misure necessarie all'instaurazione e al funzionamento del mercato (art. 26 TFUE) e del mercato unico digitale. L'articolo 1 definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione delle norme previste dalla Direttiva, chiarendo che esse sono volta alla ulteriore armonizzazione del diritto dell'Unione applicabile al diritto d'autore e ai diritti connessi nell'ambito del mercato interno, con particolare attenzione agli "utilizzi digitali e transfrontalieri dei contenuti protetti". Il diritto d'autore è sovente ritenuto uno dei principali ostacoli giuridici allo sviluppo delle imprese digitali e del mercato digitale all'interno dell'Unione. Come analizzato più diffusamente nel paragrafo iniziale dedicato all'evoluzione della normativa unionale in materia, in particolare, la persistente frammentazione derivante dalle differenze delle normative interne degli Stati membri impatta negativamente sugli scambi e sui diritti economici dei cittadini dell'Unione⁸⁰.

⁷⁸ Causa C-46/02, *Oy Veikkaus Ab cit.*, para. 37; Si veda anche, Causa C-203/02, *The British Horseracing cit.*, para. 34; Causa C-444/02, *OPAP cit.*, para. 43; C-338/02, *Svenska Spel AB cit.*, para. 27. Si pensi, ad esempio, alla creazione di un indice o di un thesaurus o di un'interfaccia utente non banale.

⁷⁹ 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. La proposta di direttiva è stata presentata dalla Commissione, nel settembre 2016. Il processo ha seguito la procedura legislativa ordinaria, che pone il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea su un piano di parità, il che significa che all'interno di ciascuna istituzione ha avuto luogo un processo separato per la valutazione della proposta. In seno al Consiglio, il 25 maggio 2018 è stato raggiunto un accordo su una versione modificata della proposta, che definisce la posizione del Consiglio e fornisce le basi per il suo mandato negoziale. Al Parlamento europeo, cinque commissioni sono state coinvolte nelle discussioni, che si sono concluse con il voto della commissione JURI (Affari giuridici), che ha approvato una versione di compromesso il 20 giugno 2018. Dopo alcune resistenze, il testo è finalmente arrivato alla fase dei negoziati del trilatero, conclusi il 13 febbraio 2019. Il testo di compromesso finale è stato approvato dal Parlamento europeo il 26 marzo e approvato dal Consiglio il 15 e 17 aprile a maggioranza qualificata. La Direttiva non modifica le norme esistenti nell'*acquis* sul copyright, con alcune eccezioni, indicate all'articolo 24, che introduce modifiche alla Direttiva 96/9/CE sulle banche dati e alla Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione c.d. Direttiva InfoSoc (Information Society Directive).

⁸⁰ Si veda G. M. RUOTOLO, "A Season in the Abyss. Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale" in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2019, p. 368 ss.; I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, "The Digital Single Market Directive", in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, (a cura di) *EU Copyright Law cit.*, p. 651 ss.; J.P. QUINTAIS, "The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look", in *European Intellectual Property Review*, 1/2020, accessibile al seguente indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3424770>; G. MORGESE, "La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore" in *La Comunità Internazionale*, 4/2014, p. 569 ss..

A ciò si aggiungono le diffuse lamentele di autori e creatori di contenuti protetti per la scarsa remunerazione derivante dal riutilizzo dei loro lavori nell'ambiente digitale e la richiesta di rafforzare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale contro utilizzi indebiti e abusi resi possibile dalle nuove tecnologie ICT nel contesto della rete internet. In proposito, è importante ricordare, come evidenziato nel Capitolo 2, che sovente le norme in materia di diritto d'autore sono divenute strumento per lo sfruttamento delle opere e dei materiali protetti da parte di grandi imprese, piuttosto che strumento per la tutela degli interessi morali ed economici degli autori e creatori⁸¹. D'altro canto, il dibattito dottrinale che ha accompagnato l'adozione della Direttiva ha sollevato complesse questioni legate alla compatibilità della disciplina prevista con norme di diritto internazionale e della stessa Unione europea, tra le quali, in primo luogo, alcuni diritti culturali di cui all'art. 27 DUDU e art. 15 PIDESC, ma anche il diritto alla libertà di espressione e informazione (art. 19 DUDU, art. 19 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici – ICCPR, art. 10 CEDU e art. 11 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE – CDFUE), la proprietà intellettuale (art. 17 CDFUE, art. 1 Protocollo 1 CEDU), il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 CDFUE, art. 8 CEDU, art. 12 DUDU) il diritto alla libertà di impresa (art. 16 CDFUE)⁸². È opportuno, tuttavia, ricordare che i diritti d'autore sono anch'essi diritti fondamentali, tutelati dall'articolo 27 DUDU e dall'art. 15 PIDESC, come analizzato nel dettaglio al paragrafo 2.3 e che la CDFUE prevede all'articolo 17, par. 2, la tutela della proprietà intellettuale, fornendo la base giuridica del relativo diritto derivato. Ciò rende impossibile utilizzare un criterio gerarchico nell'operazione di bilanciamento⁸³.

La Direttiva 2019/790 si pone, come evidenziato, all'intersezione tra sistema unionale per le tutela dei diritti d'autore e disciplina del mercato digitale, innovandoli entrambi. In questa sede si intende approfondire alcuni elementi della disciplina dettata dalla Direttiva, che rivestono maggiore rilevanza rispetto alle tematiche del presente lavoro, dunque, quelle disposizioni che mirano a bilanciare il rafforzamento della dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambiente digitale con la tutela dell'interesse generale alla diffusione della conoscenza in ambiti quali l'istruzione, la ricerca scientifica, la protezione del patrimonio culturale, la rete internet.

4.9.1. L'adeguamento delle le eccezioni e limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero: il text and data mining e gli atti di riproduzione per la conservazione del patrimonio culturale

Il titolo II della direttiva detta misure che mirano ad adeguare le eccezioni e le limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero, con l'obiettivo di garantire un più ampio accesso. In questo ambito la Direttiva opera in due direzioni: amplia il numero e il contenuto delle eccezioni, estendendone l'ambito di applicazione a nuovi utilizzi resi possibili dall'evoluzione tecnologica, in aggiunta, inter-

⁸¹ Si veda, in proposito l'analisi svolta al Capitolo 2, paragrafi 2.3 e 2.4.

⁸² Si veda M. SENFTLEBEN, C. ANGELOPOULOS, G. FROSIO, V. MOSCON, M. PEGUERA, O-A ROGNSTADF, *The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform*, accessibile al seguente indirizzo www.jura.uni-frankfurt.de.

⁸³ Si veda G.M. RUOTOLO, "The EU 2019 copyright directive: balancing the protection of authors, publishers and suppliers of sharing services with fundamental rights", in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 465 ss., Osservatorio su Diritti Umani e Commercio Internazionale 2/2019, accessibile al seguente indirizzo https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2021/12/1_paragrafo_1_comm_int.pdf.

viene sul carattere facoltativo di alcune eccezioni, che determina una non uniformità di disciplina tra gli Stati membri e, di conseguenza una incertezza giuridica, che incidono negativamente sul funzionamento del mercato unico digitale. La direttiva semplifica l'uso di materiale protetto da diritto d'autore per scopi diversi, principalmente legati all'accesso alla conoscenza, introducendo eccezioni obbligatorie al diritto d'autore per favorire: l'estrazione di testo e di dati a favore degli organismi di ricerca e degli istituti di tutela del patrimonio culturale per scopi di ricerca scientifica (art. 3); l'estrazione di testo e di dati da parte di altri utenti, finalizzata a promuovere l'utilizzo dei dati e lo sviluppo dell'intelligenza artificiale (art. 4); l'utilizzo digitale di opere per finalità illustrativa ad uso didattico (art. 5); la riproduzione di opere a materiali da parte di istituti per la conservazione del patrimonio culturale per fini di conservazione (art. 6).

Come evidenziato nei *consideranda* della Direttiva, nei settori della ricerca, dell'innovazione, dell'istruzione e della conservazione del patrimonio culturale, le tecnologie digitali consentono nuovi tipi di utilizzi non chiaramente contemplati dalle vigenti norme dell'Unione sulle eccezioni e sulle limitazioni. La natura facoltativa delle eccezioni e delle limitazioni di cui alle direttive 96/9/CE (banche dati), 2001/29/CE (diritti d'autore e connessi nella società dell'informazione) e 2009/24/CE (tutela giuridica dei programmi per computer) può avere un impatto negativo sul funzionamento del mercato interno. Ciò riguarda in particolare gli utilizzi transfrontalieri, sempre più importanti nell'ambiente digitale. Pertanto, le eccezioni e le limitazioni previste dalla normativa dell'Unione, con riferimento a finalità di ricerca scientifica, attività didattica e conservazione del patrimonio culturale sono state riesaminate alla luce di tali nuovi utilizzi. In controtendenza rispetto a quanto previsto dall'acquis comunitario in materia⁸⁴, sono state introdotte limitazioni o *eccezioni obbligatorie* per l'uso di tecnologie di estrazione di testo e di dati per finalità di ricerca scientifica (art. 3), per l'estrazione di testo e dati in generale (art. 4), per l'utilizzo di opere e altri materiali in attività didattiche digitali e transfrontaliere (art. 5) e per la conservazione del patrimonio culturale (art. 6).

In particolare, gli articoli 3 e 4 contengono eccezioni relative alla "estrazione di testo e dati" (*Text and Data Mining – TDM*), definito all'articolo 2 come "qualsiasi tecnica di analisi automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni, inclusi modelli, tendenze e correlazioni". Il TDM presuppone, in molti casi, l'elaborazione e la copia delle informazioni estratte, e tali attività rientrano, in linea generale, tra i diritti esclusivi degli autori e richiedono la preventiva autorizzazione. Non è chiaro se tali attività rientrassero in qualche eccezione o limitazione prevista dalla normativa unionale in materia di diritti di autore; la questione è stata, anzi, oggetto di analisi e discussione da parte delle Istituzioni unionali⁸⁵. Considerato, tuttavia, che la rilevanza di questa attività non era ancora emersa ai tempi dell'adozione della Direttiva InfoSoc e che il sistema unionale per la tutela dei diritti di autore prevede un sistema chiuso di ec-

⁸⁴ F. MEZZANOTTE, "Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE", in *Annali Italiani del Diritto d'Autore della Cultura e dello Spettacolo (AIDA)*, 2016, accessibile al seguente indirizzo https://www.academia.edu/37029710/Le_eccezioni_e_limitazioni_al_diritto_d'autore_UE&nav_from=b8d33932-a0ac-4fc4-9fc2-6aa961b61a60&rw_pos=0; ID, "Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE (parte II: le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)", in *AIDA* 2017, accessibile al seguente indirizzo https://www.academia.edu/37029721/Le_eccezioni_e_limitazioni_al_diritto_d'autore_UE_parte_II_%20le_libere_utilizzazioni_nell_ambiente_digitale_&nav_from=aba6d13d-42aa-4b51-81d4-5b0e8da8eda0&rw_pos=0.

⁸⁵ È stata una delle questioni oggetto della Consultazione lanciata dalla Commissione europea il 5 dicembre 2013.

cezioni, senza una clausola aperta per il “*fair use*” o il “*fair dealing*”, sembra improbabile, o comunque discutibile, che le operazioni di *text and data mining* rientrassero in una delle eccezioni già vigenti. culturale di effettuare *text and data mining*⁸⁶. L'articolo 3 prevede, dunque, una eccezione per le estrazioni di testo e di dati, per scopi di ricerca scientifica, da parte di organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale, da opere o altri materiali cui essi hanno lecitamente accesso, purché siano rispettate una serie di condizioni di sicurezza⁸⁷. La nozione di accesso lecito va intesa nel senso di comprendere l'accesso ai contenuti sulla base di una politica di accesso aperto o di accordi contrattuali, quali abbonamenti, tra i titolari dei diritti e gli organismi di ricerca o gli istituti di tutela del patrimonio culturale, o mediante altri mezzi giuridici. Ad esempio, nel caso degli abbonamenti sottoscritti da organismi di ricerca o istituti di tutela del patrimonio culturale, dovrebbe ritenersi che le persone a essi collegate abbiano lecitamente accesso. È naturalmente incluso anche l'accesso a contenuti gratuitamente disponibili online.

Secondo quanto previsto dal considerando 5), le eccezioni e le limitazioni vigenti nel diritto dell'Unione devono continuare ad applicarsi, anche per quanto riguarda l'estrazione di testo e di dati e le attività nei settori dell'istruzione e della conservazione del patrimonio culturale, a condizione che non restringano l'ambito d'applicazione delle eccezioni o limitazioni obbligatorie previste dalla nuova direttiva, cui gli Stati membri devono dare attuazione nel diritto nazionale. Le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, pertanto, sono state modificate.

Le eccezioni e le limitazioni previste dalla Direttiva 2019/790 tendono al raggiungimento di un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi degli autori e degli altri titolari di diritti, da un lato, e degli utilizzatori, dall'altro. Esse, ovviamente, in linea con la Convenzione di Berna, sono applicabili solo in taluni casi specifici che non siano in contrasto con il normale sfruttamento delle opere o altri materiali e non arrechino indebitamente pregiudizio ai legittimi interessi dei titolari dei diritti. Date la natura e la finalità dell'eccezione, che è limitata alle entità che effettuano ricerca scientifica, il pregiudizio potenzialmente arrecato ai titolari dei diritti da detta eccezione dovrebbe essere minimo. Pertanto, gli Stati membri non dovrebbero prevedere un compenso per i titolari dei diritti per quanto concerne gli utilizzi contemplati dalle eccezioni relative all'estrazione di testo e di dati introdotte dalla direttiva (considerando 17).

L'articolo 3 è applicabile agli organismi di ricerca e alle istituzioni per la protezione del patrimonio culturale solo con riferimento alle attività di TDM condotte per fini di ricerca scientifica; è una eccezione obbligatoria ma dall'ambito di applicazione

⁸⁶ Si veda per un'analisi dettagliata, I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, “The Digital Single Market Directive”, in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, (a cura di) *EU Copyright Law cit.*, p. 651 ss., in particolare p. 657 - 672; C. GEIGER, F. SCHONHERR, “Limitations to Copyright in the Digital Age”, in A. SAVIN, J. TRZASKOWSKI (a cura di) *Research Handbook on EU Internet Law*, Edward Elgar, 2014, p. 110 ss..

⁸⁷ L'articolo 2 definisce “Organismo di ricerca”: un'università, comprese le relative biblioteche, un istituto di ricerca o qualsiasi altra entità il cui obiettivo primario sia condurre attività di ricerca scientifica oppure condurre attività didattiche che includano altresì attività di ricerca scientifica:

- a) senza scopo di lucro o reinvestendo tutti gli utili nella propria attività di ricerca scientifica,
- o
- b) con una finalità di interesse pubblico riconosciuta da uno Stato membro, in modo che non sia possibile l'accesso su base preferenziale ai risultati generati da detta ricerca scientifica da parte di un'impresa che esercita un'influenza determinante su tale organismo. La nozione di “Istituto di tutela del patrimonio culturale”, include, invece, una biblioteca accessibile al pubblico, un museo, un archivio o un istituto per il patrimonio cinematografico o sonoro. Come chiarito nel considerando 13, rientrano in questo concetto anche gli istituti di istruzione e gli organismi di ricerca.

limitato. Nella realtà contemporanea, vi sono molte altre tipologie di ricerca e molte altre tipologie di persone fisiche e giuridiche che svolgono attività di TDM, che sono ampiamente utilizzate da enti pubblici e privati per diversi scopi, inclusi servizi governativi, decisioni complesse di affari, lo sviluppo di nuove tecnologie o applicazioni. Nella misura in cui tali enti non sono organismi di ricerca o istituzioni per la protezione del patrimonio culturale che svolgono le attività di TDM per fini di ricerca scientifica, essi sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'eccezione prevista dall'articolo 3.

Il successivo articolo 4 consente le attività di text and data mining per qualsiasi obiettivo, indipendentemente dal fatto che sia per fini commerciali o meno. La disposizione in parola prevede, infatti, che gli Stati membri dispongano una eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione dell'autore di una banca dati, al diritto di vietare operazioni di estrazione del costituente di una banca dati (art. 5, lett. a), e art. 7, para. 1, Direttiva 96/9/CE), al diritto di riproduzione come definito dall'art. 2 della Direttiva InfoSoc, al diritto di riproduzione, di traduzione, di adattamento, di adeguamento e apportare ogni altra modifica di un programma per elaboratore (art.4, para. 1, lett. a) e b), Direttiva 2009/24/CE), "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". Lo scopo è quello di dare certezza giuridica in relazione a quegli atti che potrebbero non soddisfare le condizioni dell'eccezione per copia temporanea e transitoria di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della Direttiva InfoSoc. La disposizione mira a incoraggiare l'innovazione nel settore pubblico e in quello privato e fissa le condizioni cui è subordinata la sua applicazione. La eccezione/limitazione 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" (ad es. metadati e termini e condizioni di un sito web o di un servizio). La disposizione non pregiudica l'applicazione dell'eccezione TDM a fini scientifici di cui all'articolo 3. Tuttavia, le eccezioni in tema di TDM hanno, da un lato, portata limitata, dall'altro, soffrono di limitazioni che possono escludere molte applicazioni importanti in questo ambito, considerato che i titolari dei diritti rimangono liberi di disciplinare mediante licenze le utilizzazioni delle loro opere e degli aspetti che non rientrano nell'ambito limitato di applicazione dell'eccezione obbligatoria di cui all'articolo 3⁸⁸.

Il successivo articolo 5 contiene un'eccezione relativa all'utilizzo di opere e altri materiali in attività didattiche digitali e transfrontaliere. Gli Stati membri sono tenuti a prevedere un'eccezione o una limitazione per l'utilizzo digitale di opere e altri materiali esclusivamente per "finalità illustrativa ad uso didattico", nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito. L'eccezione/limitazione è, tuttavia subordinata a due condizioni. In primo luogo, l'utilizzo deve avvenire "sotto la responsabilità di un istituto di istruzione, nei suoi locali o in altro luogo o in un ambiente digitale sicuro, accessibile solo agli alunni o stu-

⁸⁸ P. B. HUGENHOLTZ, "The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)", Luglio 2019, *Kluwer Copyright Blog*, accessibile al seguente indirizzo: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>; P. SAMUELSON, "The EU's Controversial Digital Single Market Directive – Part II: Why the Proposed Mandatory Text- and Data-Mining Exception Is Too Restrictive", Luglio 2018, *Kluwer Copyright Blog*, accessibile al seguente indirizzo: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/07/12/eus-controversial-digital-single-market-directive-part-ii-proposed-mandatory-text-data-mining-exception-restrictive/>.

denti e al personale docente di tale istituto”. La ratio della disposizione risiede nel fatto che l’uso deve avere luogo sotto la responsabilità di un istituto di istruzione; per il resto, il campo di applicazione della previsione è piuttosto ampio. Nelle diverse ipotesi, la reale limitazione risiede nel fatto che l’utilizzo deve essere proporzionale, in quanto è possibile solo nella dimensione in cui esso sia necessario a illustrare le attività didattiche. La seconda condizione richiede che l’utilizzo sia accompagnato dall’indicazione della fonte, compreso il nome dell’autore, tranne quando ciò risulti impossibile. La disposizione ha lo scopo di aggiungere certezza giuridica con riferimento alle attività di insegnamento digitale rispetto alle eccezioni già previste dalla Direttiva sulle banche dati e la Direttiva InfoSoc. Quest’ultima Direttiva *consente* agli Stati membri di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di riproduzione, comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente esclusivamente per finalità illustrative ad uso didattico; analogamente, la Direttiva 96/9/CE consente l’uso di una banca dati e l’estrazione di una parte sostanziale del suo contenuto per finalità illustrative ad uso didattico. L’ambito di applicazione di tali eccezioni o limitazioni agli utilizzi digitali, tuttavia, non è chiaro. Vi è mancanza di certezza anche circa l’applicabilità di tali eccezioni o limitazioni all’insegnamento online e a distanza; l’attuale quadro giuridico, inoltre, non prevede la dimensione transfrontaliera. Ritenendo che questa situazione di incertezza potrebbe ostacolare lo sviluppo delle attività di insegnamento su supporto digitale e di apprendimento a distanza (considerando 19), la Direttiva 2019/790 prevede l’introduzione di una nuova eccezione o limitazione *obbligatoria* volta a garantire che gli istituti di istruzione godano di piena certezza giuridica nel momento in cui utilizzano opere o altri materiali in attività didattiche digitali, incluse quelle online e transfrontaliere.

Tuttavia, l’applicazione in pratica di questa eccezione/limitazione può essere limitata. Ai sensi del paragrafo 2, infatti, gli Stati membri possono prevedere che l’eccezione/limitazione non si applichi, o non si applichi per determinati utilizzi, o per alcuni tipi di opere o altri materiali, ove siano facilmente reperibili sul mercato licenze che autorizzino gli atti consentiti in deroga dal paragrafo 1 e che rispondano alle necessità e specificità degli istituti di istruzione. In sostanza, gli Stati membri possono sostituire l’eccezione/limitazione con un adeguato sistema di licenze che tenga conto delle esigenze degli istituti di ricerca, purché tali licenze siano facilmente reperibili sul mercato e che gli istituti interessati siano a conoscenza della loro esistenza. Questa disposizione rappresenta un elemento controverso e trova origine nel fatto che i citati sistemi di licenze sono già utilizzati in alcuni paesi e non vi è la volontà politica di superarli. Di certo la condizione che questi sistemi di licenze risponda alle esigenze degli Istituti di ricerca dovrebbe implicare che le licenze siano rese disponibili a prezzi accessibili.

L’articolo affronta anche i profili di diritto internazionale privato. L’utilizzo in virtù della eccezione/limitazione può avvenire al di là dei confini dei singoli Stati membri, ove le eccezioni/limitazioni possono essere leggermente differenti. Il paragrafo 3 stabilisce che in queste ipotesi tutti gli utilizzi sono considerati come aventi luogo esclusivamente nello Stato membro in cui ha sede l’istituto di istruzione. In tal

modo, evita l'applicazione delle eccezioni e limitazioni di ciascun paese (Regolamento (CE) n.864/2007)⁸⁹, che risulterebbe oneroso e complesso.

Infine, questa eccezione può essere soggetta a un equo compenso: gli Stati membri sono liberi di prevedere un eventuale equo compenso per i titolari dei diritti a fronte dell'utilizzo delle loro opere o altri materiali nell'ambito dell'eccezione o limitazione per finalità illustrative a uso didattico. Nel determinare il livello di equo compenso, essi dovrebbero tenere debitamente conto dell'obiettivo di bilanciare gli scopi didattici e gli interessi dei titolari dei diritti. In ogni caso, l'equo compenso non dovrebbe tradursi in oneri amministrativi per gli istituti di insegnamento (considerando 24).

L'ultima eccezione prevista dal Titolo II riguarda gli atti di riproduzione realizzati per finalità di conservazione del patrimonio culturale. Ai sensi dell'articolo 6, gli Stati membri sono tenuti a introdurre una eccezione per consentire agli istituti di tutela del patrimonio culturale di "realizzare copie di qualunque opera o altri materiali presenti in modo permanente nelle loro raccolte"; l'eccezione mira a consentire la realizzazione di copie con lo strumento, il mezzo o la tecnologia conservativa adeguata, in qualsiasi formato o su qualsiasi supporto purché tali attività perseguano obiettivi di conservazione di tali opere o materiali e siano necessarie rispetto al conseguimento di tali obiettivi⁹⁰.

La ratio di questo articolo risiede nella diversità di approcci adottati dagli Stati membri con riferimento agli atti di riproduzione a fini di conservazione realizzati dagli istituti di tutela del patrimonio culturale; diversità di approcci che ostacola la cooperazione transfrontaliera, producendo un impatto negativo sulla conservazione del patrimonio culturale europeo. La condivisione dei mezzi di conservazione e la creazione di reti transfrontaliere di tali istituti per la conservazione del patrimonio culturale mira, invece, a favorire la trasmissione del patrimonio culturale europeo alle future generazioni ma anche a migliorare il funzionamento del mercato unico digitale, attraverso un uso più efficiente delle risorse.

L'ambito di applicazione della disposizione è estremamente ampio ed è delineato dal riferimento a "qualunque opera o altri materiali presenti in modo permanente nelle loro raccolte". L'accento è posto sulla condizione della "permanenza" dell'opera o del materiale nella raccolta dell'Istituto, come confermato dalle considerazioni introduttive. Il considerando 29 chiarisce che è opportuno ritenere che un'opera o altri materiali siano presenti in modo permanente nella raccolta di un istituto di tutela del patrimonio culturale laddove essi siano di proprietà di tale istituto o siano stabilmente in suo possesso, ad esempio a seguito di un trasferimento di proprietà, di un accordo di licenza, di obblighi di deposito legale o di accordi di custodia permanente. La disposizione include, inoltre, gli atti di terzi che agiscono per conto e sotto la responsabilità dell'istituzione beneficiaria.

Un netto limite è, tuttavia, fissato dalla finalità delle attività, la conservazione delle opere o dei materiali per far fronte, ad esempio, all'obsolescenza tecnologica o al degrado dei supporti originari o per assicurare tali opere o materiali. Le copie o le

⁸⁹ Regolamento (CE) N. 864/2007 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, cd. "Roma II".

⁹⁰ Si veda P. TORREMANS, "Copyright Infringement, Exceptions and Limitations and Access to Shared Cultural Heritage Across Borders", in A. WALLACE and R. DEAZLEY (a cura di), *Display at Your Own Risk: An experimental exhibition of digital cultural heritage*, 2016, accessibile al seguente indirizzo <https://displayatyourownrisk.org/torremans/>.

altre attività rilevanti per il diritto d'autore finalizzate a scopi diversi restano subordinate all'autorizzazione del titolare dei diritti, a meno che l'atto non sia consentito da altre eccezioni. Alcune attività di digitalizzazione o diffusione di opere fuori commercio da parte di queste istituzioni sono facilitate dal nuovo regime negli articoli da 8 a 11, analizzati di seguito.

L'articolo 7, che chiude il Titolo II, ribadisce l'obbligatorietà delle eccezioni previste dagli articoli 3, 5 e 6, stabilendo che qualsiasi disposizione contrattuale in contrasto con esse è inapplicabile. D'altra parte, la disposizione chiarisce anche che le eccezioni e limitazioni previste dal titolo II sono soggette a due disposizioni della Direttiva InfoSoc che ne restringono il campo di applicazione (articolo 7, paragrafo 2). In primo luogo, il test in tre fasi di cui all'articolo 5, paragrafo 5, della Direttiva 2001/29/CE, test che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha l'abitudine di interpretare rigorosamente. In secondo luogo, l'uso delle misure tecnologiche, di cui all'articolo 6 della medesima Direttiva, rimane impregiudicato dalla Direttiva del 2019⁹¹. Tali misure tecnologiche di protezione comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti destinati a impedire o limitare atti che non siano Stati autorizzati dai titolari dei diritti considerati dalla direttiva. L'uso dell'opera o del materiale protetto è controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero è limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie. I titolari dei diritti sulle opere e sul materiale possono adottare misure volontarie, scegliendo i mezzi appropriati per consentire ai beneficiari delle eccezioni e delle limitazioni previste dalla direttiva di poterne fruire.

In sintesi, nonostante gli aspetti positivi, il regime sopra menzionato presenta notevoli criticità: la combinazione e interazione delle sue regole con il catalogo facoltativo (e parzialmente sovrapposto) della Direttiva InfoSoc aggiunge una notevole complessità al sistema di eccezioni nella legislazione UE sul diritto d'autore, al di là dei dichiarati e lodevoli intenti di semplificazione e armonizzazione. Ancora una volta, inoltre, molto è affidato agli Stati membri e alla loro volontà e capacità di implementare le nuove disposizioni.

4.9.2. Le misure sulle licenze volte a garantire un più ampio accesso ai contenuti: le procedure di concessione e le licenze collettive

Il Titolo III della direttiva è composto da quattro capi. Il primo capo, articoli da 8 a 11, definisce un quadro giuridico per la digitalizzazione e la diffusione, anche transfrontaliera, delle opere e degli altri materiali fuori commercio⁹², da parte degli istituti per la tutela del patrimonio culturale. Il quadro giuridico delineato consente a tali istituti di rendere disponibili on line tali opere/materiali, senza dover gestire i relativi diritti secondo un approccio tradizionale, vale a dire per ciascuna singola

⁹¹ Difatti, nel considerando 7, viene sottolineato che: "La protezione delle misure tecnologiche di cui alla direttiva 2001/29/CE rimane essenziale per garantire la tutela e l'esercizio effettivo dei diritti riconosciuti agli autori e agli altri titolari di diritti nel quadro del diritto dell'Unione. È opportuno mantenere tale protezione assicurando, nel contempo, che l'uso di dette misure non impedisca di beneficiare delle eccezioni e delle limitazioni previste dalla presente direttiva".

⁹² Ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 8, "Un'opera o altro materiale è da considerarsi fuori commercio quando si può supporre in buona fede che l'intera opera o altro materiale non sia disponibile al pubblico attraverso i consueti canali commerciali dopo aver effettuato uno sforzo ragionevole per determinare se sia disponibile al pubblico".

opera⁹³. La nozione di “opere fuori commercio” è piuttosto ampia e flessibile se paragonata a quella di opere orfane ai sensi della Direttiva 2012/28/UE; in particolare, vi rientrano tutte le tipologie di opere, non solo le opere letterarie, incluse le fotografie, i software, i fonogrammi, le opere audiovisive e opere d’arte uniche, anche quando non siano mai state disponibili in commercio (considerando 37). Ciò che rileva è che le opere /i materiali siano presenti in modo permanente nelle collezioni degli istituti per la tutela del patrimonio culturale che hanno interesse a digitalizzarle e renderle accessibili on line.

Nell’ipotesi in cui un istituto per la protezione del patrimonio culturale intenda digitalizzare e rendere accessibili le opere/i materiali fuori commercio che rientrano stabilmente nella sua collezione, la Direttiva impone agli Stati di prevedere due meccanismi. Nel primo caso (previsto dall’articolo 8 paragrafo 1), gli Stati membri sono tenuti a prevedere nel proprio ordinamento giuridico la possibilità che gli organismi di gestione collettiva concludano contratti di licenza, non esclusiva, e a fini non commerciali, per l’uso di opere/materiali fuori commercio, con gli istituti di tutela del patrimonio culturale, indipendentemente dal fatto che tutti i titolari dei diritti interessati dalla licenza abbiano conferito un mandato specifico all’organismo di gestione collettiva. Questa possibilità è subordinata al rispetto di alcune condizioni; innanzitutto, l’organismo di gestione collettiva deve essere sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti nel pertinente tipo di opere/materiali e nella tipologia di diritti oggetto della licenza; in secondo luogo, le condizioni della licenza devono garantire parità di trattamento a tutti i titolari di diritti.

Il secondo meccanismo (previsto dall’articolo 8 paragrafo 2) è utilizzabile per i tipi di opere o altri materiali per i quali non esistono organismi di gestione collettiva che soddisfino le condizioni indicate. In queste ipotesi, gli Stati membri sono tenuti a prevedere una eccezione o una limitazione c.d. di *fallback* (di riserva) che consenta agli istituti di tutela del patrimonio culturale di mettere a disposizione on line, a fini non commerciali, opere o altri materiali fuori commercio presenti in modo permanente nella loro raccolta, a condizione che sia indicato il nome dell’autore o di qualsiasi altro titolare di diritti individuabile, laddove possibile, e che tali opere o materiali siano messi a disposizione su siti web non commerciali. È evidente che il primo meccanismo può essere utilizzato solo nei paesi in cui esistono organismi di gestione collettiva dei diritti e laddove tali organismi siano interessati a fornire queste licenze, che rappresentano una forma di “*Extended Collective Licensing*”⁹⁴, considerato che anche coloro che non sono membri dell’organizzazione sono in-

⁹³ Si veda P. KELLER, “What will DSM directive change for cultural heritage institutions?”, *Europeana Foundation*, June, 2019, accessibile al seguente indirizzo https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Explainer_%20What%20will%20the%20DSM%20directive%20change%20for%20cultural%20heritage%20institutions_%20090619.pdf; T. SYNODINOU, “The new Copyright Directive: Out of commerce work (article 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitization and copyright law without cutting it off?” Part I and Part II, in *Kluwer Copyright Blog*, 2019, accessibili al seguente indirizzo <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-i/>.

⁹⁴ Si veda I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, “The Digital Single Market Directive” *cit.*, p. 703 e *infra* in questo paragrafo. Secondo il considerando 32 “Le disposizioni sulle licenze collettive di opere o altri materiali fuori commercio introdotte dalla presente direttiva potrebbero non costituire una soluzione per tutti i casi in cui gli istituti di tutela del patrimonio culturale incontrano difficoltà nell’ottenere tutte le autorizzazioni necessarie da parte dei titolari dei diritti per l’utilizzo di opere o altri materiali fuori commercio, ad esempio ove non esistano prassi di gestione collettiva dei diritti per un dato tipo di opera o altri materiali, o ove il pertinente organismo di gestione collettiva non sia sufficientemente rappresentativo per la categoria di titolari e di diritti in questione. In questi particolari casi, è opportuno che gli istituti di tutela del patrimonio culturale possano rendere disponibili online in tutti gli Stati membri, in virtù di un’eccezione o una limitazione armonizzata al diritto d’autore e ai diritti connessi, le opere o altri materiali fuori commercio presenti in modo permanente nelle loro raccolte. (...)”.

clusi. Perché il meccanismo entri in funzione e realizzi lo scopo perseguito, quello di favorire la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione al pubblico o la messa a disposizione del pubblico delle opere e dei materiali in questione, entrambe le parti coinvolte, l'organismo collettivo e l'istituto culturale, devono essere d'accordo sui termini della licenza. È implicito che l'organismo collettivo è tenuta a operare nel rispetto degli standard europei previsti dalla Direttiva sulla gestione collettiva dei diritti d'autore⁹⁵.

I meccanismi giuridici introdotti dalle disposizioni della direttiva sulle opere fuori commercio (articoli 8-11) si discostano dall'oneroso approccio adottato nella direttiva sulle opere orfane, il quale prevede una ricerca diligente opera per opera. Essi mirano a realizzare un equilibrio innovativo tra gli interessi degli autori e del pubblico, promuovendo strumenti di licenza collettiva che facilitino la messa a disposizione online di set di opere fuori commercio da parte delle istituzioni per la tutela del patrimonio culturale. È stato osservato che esse, cercando un punto di compromesso tra approcci consolidati e nuovi nel diritto d'autore europeo, rappresentano la consacrazione di un modello normativo alternativo, che attua la separazione tra proprietà ed esercizio del diritto d'autore⁹⁶.

Per quanto attiene all'ambito di applicazione territoriale delle licenze, ai sensi del paragrafo 6 dell'articolo 8, gli Stati membri provvedono a che le licenze 'collettive' in questione siano richieste da un organismo di gestione collettiva rappresentativo per lo Stato membro in cui ha sede l'istituto di tutela del patrimonio culturale. Tuttavia, l'articolo 9, "utilizzi transfrontalieri", prevede che gli Stati membri dovrebbero assicurare che una licenza concessa a norma dell'articolo 8 possa consentire l'utilizzo di opere o altri materiali oggetto del contratto da parte dell'istituto di tutela del patrimonio culturale, in qualsiasi Stato membro. Anche questa disposizione è volta a favorire la digitalizzazione e l'accessibilità delle opere e materiali, considerato che i siti web degli istituti per il patrimonio culturale sono accessibili in tutti i paesi dell'Unione. Gli Stati sono, quindi, spronati a favorire l'applicazione extraterritoriale degli accordi di licenza, evitando di prevedere requisiti o procedure ulteriori. Secondo quanto affermato nella Direttiva, gli istituti di tutela del patrimonio culturale e gli organismi di gestione collettiva, parti di un contratto, dovrebbero rimanere liberi di concordare elementi quali l'ambito di applicazione territoriale, il canone della licenza e gli utilizzi consentiti. In questa prospettiva, la Direttiva evidenzia come, nonostante gli utilizzi oggetto di tali licenze non devono essere a fini di lucro, la digitalizzazione delle raccolte può comportare notevoli investimenti e le licenze concesse nell'ambito del meccanismo in questione dovrebbero consentire agli istituti di tutela del patrimonio culturale di coprire i costi, da un lato, della licenza, dall'altro, della digitalizzazione e della diffusione delle opere o dei materiali oggetto della stessa (considerando 40). Diversamente, nell'ipotesi di utilizzi di opere o altri materiali in virtù dell'eccezione o della limitazione prevista dall'articolo 8, paragrafo 2, si ritiene che essi abbiano luogo esclusivamente nello Stato membro in cui ha sede l'istituto di tutela del patrimonio culturale.

⁹⁵ Direttiva 2014/26/EU del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 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.

⁹⁶ Si veda T. SYNODINOU, "The new Copyright Directive: Out of commerce work..." *cit. supra*.

La Direttiva prevede che i titolari dei diritti, in qualunque momento e in modo semplice ed efficace, possano escludere le loro opere o altri materiali dal meccanismo di concessione delle licenze (art. 8 paragrafo 1) o dall'applicazione dell'eccezione o limitazione (art. 8 paragrafo 2). Ciò è possibile, in casi generali o specifici, compreso dopo la conclusione di un accordo di licenza o dopo l'inizio dell'utilizzo dell'opera o del materiale. Al fine di esercitare il suo diritto di *opt-out*, tuttavia, l'autore deve essere a conoscenza del fatto che una sua opera o materiale sarà pubblicato all'interno del sito di un istituto per la protezione del patrimonio culturale. A tal fine, la Direttiva prevede, all'articolo 10, alcune disposizioni riguardanti le "misure di pubblicità", ovvero disposizioni volte a garantire che le informazioni riguardanti le opere e i materiali oggetto di una licenza concessa a norma dell'articolo 8, paragrafo 1⁹⁷, o utilizzati in virtù dell'eccezione o della limitazione di cui all'articolo 8, paragrafo 2, siano rese accessibili in modo permanente, semplice ed efficace, unitamente alle informazioni riguardanti il diritto degli autori di escludere le proprie opere e materiali dall'applicazione di tali meccanismi. Nel dettaglio, le informazioni devono essere pubblicate non appena sono disponibili e ove opportuno e, comunque, almeno sei mesi prima che le opere o gli altri materiali siano distribuiti, comunicati o messi a disposizione del pubblico, in un portale unico online pubblico, allestito e gestito dall'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO).

Il Capo II del Titolo III riguarda, invece, le misure volte ad agevolare la concessione di licenze collettive. L'articolo 12, in particolare, riguarda la concessione di licenze collettive con effetto esteso: esso prevede che gli Stati *possono* introdurre "sistemi di licenze collettive estese" (*Extended Collective Licensing – ECL*)⁹⁸, andando oltre il caso relativamente ristretto delle opere fuori commercio, sin qui analizzato. La disposizione, dunque, fornisce una base giuridica, *consentendo*, ma non imponendo, agli Stati di introdurre norme interne volte a favorire le licenze collettive, attraverso il riconoscimento di effetti estesi. Nel dettaglio, nella versione prevista dall'articolo 12, le licenze rilasciate da organizzazioni di gestione collettiva si applicano anche a opere di titolari di diritti non rappresentati da queste ultime. Gli Stati possono applicare tali sistemi di licenze estese solamente in "settori di utilizzo ben definiti, quando l'ottenimento delle autorizzazioni da parte dei titolari dei diritti su base individuale è generalmente oneroso e poco pratico tanto da rendere improbabile lo svolgimento della necessaria operazione di concessione della licenza". Tra le garanzie richieste dalla Direttiva per le licenze collettive estese vi sono i requisiti di sufficiente rappresentatività delle organizzazioni, di parità di trattamento, di *opt-out*, e gli obblighi di informazione nei confronti dei titolari dei diritti.

La disposizione mira a consentire una remunerazione più facile del lavoro dell'autore e ad aumentare l'accessibilità da parte degli utilizzatori. Sebbene non sia limitata alle istituzioni culturali, questa disposizione potrebbe essere di grande interesse per le istituzioni culturali, in quanto potrebbe consentire la digitalizzazione di intere collezioni indipendentemente dal loro status di copyright (cioè opere fuori commercio e in commercio) con un unico accordo di licenza. Un limite rilevante delle licenze consentite dall'articolo 12, tuttavia, è che si applicano solo a livello

⁹⁷ Si pensi, ad esempio, alle informazioni concernenti le parti di una licenza, i territori interessati, gli utilizzi consentiti.

⁹⁸ ECL (*Extended Collective Licensing*) è una forma di gestione collettiva dei diritti sviluppata specificamente per l'uso di massa, dove non è possibile negoziare direttamente con i singoli detentori del copyright a causa del loro numero.

nazionale. Ciò significa che le opere concesse in licenza possono essere messe a disposizione degli utenti solo nel territorio nazionale e che le istituzioni culturali dovrebbero geo-bloccare l'accesso alle collezioni rese disponibili online sulla base di una licenza ECL⁹⁹. Il limitato ambito di applicazione territoriale dell'articolo 12 rappresenta una criticità per le istituzioni culturali interessate a utilizzarlo per rendere accessibili le loro collezioni digitalizzate. La disposizione prevede, tuttavia, la presentazione di una relazione della Commissione sull'uso nell'Unione dei meccanismi di concessione di licenze di cui all'articolo 12, riguardante, tra gli altri aspetti, la loro efficacia nell'agevolare la diffusione dei contenuti culturali. Questo potrebbe offrire una occasione per sviluppi futuri.

Merita, infine, di essere menzionato l'articolo 14, il quale contiene una disposizione che non era presente nella proposta della Commissione ma è stata introdotta durante il processo legislativo. La disposizione riguarda le opere delle arti visive e obbliga gli Stati membri a prevedere che qualsiasi materiale derivante dalla riproduzione di opere delle arti visive per le quali sia scaduto il termine di protezione non è più coperto da copyright o diritti connessi, vale a dire che è entrato in pubblico dominio. Come chiarisce il considerando 53, questa disposizione mira principalmente a consentire la circolazione di "riproduzioni fedeli" di questi tipi di lavori/materiali. Tuttavia, ciò si applica solo nella misura in cui i materiali risultanti dalle riproduzioni in questione non siano di per sé originali, nel senso che costituiscano "una creazione intellettuale dell'autore". In altre parole, una copia integrale del materiale di dominio pubblico non soddisfa lo standard di originalità. Altrettanto importante, è il fatto che la disposizione porta avanti la codificazione legislativa, e l'allineamento alla giurisprudenza della CGUE, dello standard di originalità, che è ora riconosciuto in relazione ai materiali risultanti da atti di riproduzione di opere d'arte visiva, laddove, in passato, ciò accadeva esclusivamente in relazione a software, banche dati e fotografie. Questo è, inoltre, il primo caso in cui una norma nell'*acquis* unionale sul copyright menziona esplicitamente il pubblico dominio.

4.9.3. Le opere delle arti visive di dominio pubblico

Una novità molto rilevante è contenuta all'art. 14 della Direttiva (UE) 2019/790. Questa disposizione dedicata alle "Opere delle arti visive di dominio pubblico" prevede che "Gli Stati membri provvedono a che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore". Si tratta di una disposizione dotata di un ambito di applicazione ampio e rilevante, che comprende potenzialmente tutte le riproduzioni fotografiche digitali di beni culturali.

La *ratio* della disposizione è chiarita dal considerando 53 della Direttiva, il quale, ribadito che la scadenza della durata di protezione di un'opera comporta la sua entrata nel dominio pubblico e la scadenza dei diritti che il diritto d'autore su di essa, afferma che, nel settore delle arti visive, la circolazione di "riproduzioni fedeli" di opere di dominio pubblico "favorisce l'accesso alla cultura e la sua promozione

⁹⁹ Si veda P. KELLER, "What will DSM directive change for cultural heritage institutions? cit., p. 5.

e l'accesso al patrimonio culturale". Di conseguenza, nell'ambiente digitale, la protezione di tali riproduzioni attraverso il diritto d'autore o diritti connessi è incompatibile con la scadenza della protezione del diritto d'autore delle opere.

Per chiarire l'ambito di applicazione e la portata della novità introdotta, che ha destato grande attenzione già durante il processo di adozione della Direttiva, si può partire dalla nozione di "opere delle arti visive". La Direttiva non contiene una definizione, né essa è presente in altre Direttive in materia di diritto d'autore. La Convenzione di Berna non contiene questa espressione; tuttavia, essa include tra le opere oggetto di tutela diverse opere che potrebbero essere parte di questa categoria: disegni, dipinti, sculture, incisioni, litografie, opere di architettura, opere fotografiche, opere di arte applicata, mappe, bozzetti. Parte della dottrina ritiene che essa includa "ogni opera d'arte che può essere fruita visivamente"¹⁰⁰ e che una elencazione esemplificativa del suo contenuto sia rinvenibile al n. 3 dell'Allegato della Direttiva 2012/28/UE sulle opere orfane che fa riferimento per le "opere visive" a "gli oggetti d'arte, la fotografia, le illustrazioni, il design, l'architettura, le bozze di tali opere e di altro materiale riprodotto in libri, riviste, quotidiani e rotocalchi o altre opere".

Le opere delle arti visive che rientrano nell'ambito di applicazione della disposizione sono quelle "in dominio pubblico", ossia quelle per cui sia scaduta la protezione garantita del diritto d'autore o dai diritti connessi. In sostanza, la Direttiva attua il principio sancito dal considerando n. 49 della Direttiva 2019/1024 sul riutilizzo dell'informazione: "il principio secondo cui i materiali 'in dominio pubblico' dovrebbero rimanere tali una volta digitalizzati"; senza, quindi, che l'atto di riproduzione faccia sorgere una tutela autoriale che non esiste più sull'opera originale.

Un altro elemento posto in evidenza è che la disposizione si applica esclusivamente alle "riproduzioni fedeli" e, infatti, l'articolo fa salva l'ipotesi in cui la riproduzione sia dotata del carattere di originalità necessario a qualificarla come opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore¹⁰¹. Di conseguenza, una riproduzione che costituisca il "risultato della creazione intellettuale dell'autore", rimarrà coperta dal diritto d'autore¹⁰². Al fine dell'individuazione dell'ambito di applicazione della disposizione, il criterio "principale" sarebbe, pertanto, il carattere "fedele" della riproduzione¹⁰³.

Ciò che preme in questa sede evidenziare è come l'articolo 14, dettando il regime giuridico dei materiali derivanti da riproduzioni di opere delle arti visive in 'pubblico dominio', porti l'attenzione sul tema della fruizione dei beni culturali. Tema complesso e articolato che, come dimostrato, si pone all'intersezione tra tutela autoriale, disciplina della proprietà pubblica (e della proprietà in generale) e riutilizzo delle informazioni del settore pubblico.

¹⁰⁰ G. SCIULLO, "‘Pubblico dominio’ e ‘Dominio pubblico’ in tema di immagine dei beni culturali: note sul recepimento delle Direttive (UE) 2019/790 e 2019/1024", *Aedon*, 1/2021, p. 2.

¹⁰¹ La Direttiva, dunque, restringe la tutela autoriale delle riproduzioni fotografiche di opere delle arti visive in dominio pubblico alla sola tipologia delle "opere" fotografiche. Le altre tipologie di riproduzione fotografica di un'opera "delle arti visive", in "pubblico dominio" non saranno assistite da nessuna protezione di tipo autoriale, neppure in termini di diritti connessi.

¹⁰² CGUE, Caso C-05/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, Sentenza della Corte, 16.07.2009, para. 6 e 45.

¹⁰³ Si veda I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, "The Digital Single Market Directive", in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, (a cura di) *EU Copyright Law cit*, p. 720.

4.9.4. *L'utilizzo di contenuti protetti da parte di piattaforme di condivisione di contenuti online*

L'articolo 17 della Direttiva introduce una importante novità, disciplinando l'attività dei gestori di piattaforme online di condivisione di grandi quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore (ad esempio, YouTube). La pratica di caricare materiali sulle piattaforme online che forniscono un servizio di condivisione dei contenuti è molto diffusa nella realtà dell'internet 2.0; non vi sono dubbi sul fatto che la grande maggioranza dei materiali caricati dagli utenti sono coperti da diritti d'autore; è stato, invece, sinora, poco chiaro su che ricadesse la responsabilità della violazione di questi diritti. L'utente che carica una copia del materiale protetto sulla piattaforma viola di diritto di riproduzione dell'autore/creatore; d'altra parte, è l'operatore della piattaforma che comunica al pubblico il materiale protetto caricato dall'utente. È possibile ritenere che l'operatore rimanga neutrale rispetto alla violazione compiuta dall'utente e che, quindi sia su quest'ultimo che ricade la responsabilità della violazione? Oppure è necessario ritenere l'operatore della piattaforma responsabile della sua attività, che è quella più dannosa da punto di vista dell'autore/creatore? La disposizione fornisce finalmente una risposta a questa questione a lungo dibattuta e stabilisce che l'attività dei "prestatori di servizi di condivisione di contenuti online"¹⁰⁴, ossia mettere a disposizione la piattaforma e consentire l'accesso al pubblico alle opere e ai materiali protetti caricati dagli utenti, costituisce un atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico, come definito dalle norme in materia di diritto d'autore dell'UE. In sostanza, afferma che gli operatori di tali piattaforme, consentendo agli utenti l'accesso a opere e materiali protetti, compiono atti giuridicamente rilevanti per il diritto d'autore; atti che non beneficiano della limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE (direttiva e-commerce) per i meri *hosting* passivi. Viene, in tal modo introdotta una presunzione assoluta: che il prestatore di servizi sappia che rendere disponibile la piattaforma comporterà operazioni di caricamento vietate da parte dei suoi utenti¹⁰⁵. La Direttiva stabilisce, di conseguenza, che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online deve ottenere un'autorizzazione dai "titolari dei diritti"¹⁰⁶ al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali caricate dagli utenti sulla piattaforma, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza. La licenza può essere ottenuta direttamente dal titolare dei diritti ma vi è la possibilità di accordi di licenza collettivi. Inoltre, sebbene l'autorizzazione sia necessaria, questa non deve necessariamente consistere in un accordo di licenza, espressamente citato a titolo esemplificativo.

¹⁰⁴ Ai sensi dell'articolo 2, punto 6) della Direttiva si intende per "prestatore di servizi di condivisione di contenuti online": un prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro. I prestatori di servizi quali le enciclopedie online senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo di e condivisione di software open source, i fornitori di servizi di comunicazione elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati online, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale non sono prestatori di servizi di condivisione di contenuti online ai sensi della presente direttiva.

¹⁰⁵ K. GRISSE, "After the storm – Examining the Final Version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790", in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, p. 887 ss, p. 890; G. M. RUOTOLO, "A Season in the Abyss. Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e ..." *cit.*, pp. 385-391.

¹⁰⁶ Si veda in proposito la pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE, CGUE, Case C-301/15, *Marc Soulier and Sara Doke v. Premier Ministre et Ministre de la Culture et de la Communication*, Sentenza 16.11.2016, para. 33 e 34.

Come chiarito dal considerando 62, la disposizione riguarda i servizi che hanno come uno degli scopi principali quello di memorizzare e consentire agli utenti di caricare e condividere un gran numero di contenuti, *al fine di trarne profitto*, direttamente o indirettamente, “organizzandoli e promuovendoli per attirare un pubblico più vasto, anche classificandoli e ricorrendo a promozioni mirate al loro interno”. Non comprendono, pertanto, prestatori di servizi cloud da impresa a impresa, di servizi cloud che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale, di mercati online la cui attività principale è la vendita al dettaglio online. Sono, altresì, esclusi i prestatori di servizi quali le piattaforme di sviluppo e di condivisione di software open source, i repertori scientifici o didattici senza scopo di lucro e le enciclopedie online senza scopo di lucro (come Wikipedia).

Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, l’operatore della piattaforma beneficia di un meccanismo di mitigazione della responsabilità. I prestatori di servizi di condivisione di contenuti online non sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico di opere e materiali protetti dal diritto d’autore, laddove essi dimostrino di aver compiuto i “massimi sforzi” per ottenere un’autorizzazione, nonché di aver compiuto, “secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi” per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali per i quali abbiano ricevuto preventivamente dai titolari dei diritti le informazioni pertinenti e necessarie¹⁰⁷. In ogni caso, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online non sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione e messa a disposizione al pubblico, laddove dimostrino, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, di aver agito tempestivamente per disabilitare l’accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o i materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro (obblighi di *stay down*). La Direttiva pone a carico degli operatori l’onere della prova; tuttavia, la disposizione va interpretata e applicata alla luce del principio di proporzionalità: per valutare se il prestatore di servizi si sia conformato a tutti questi obblighi, rilevano il tipo di materiali caricati dagli utenti, la dimensione del servizio offerto, la disponibilità di strumenti adeguati contro le violazioni. Sarebbe, ad esempio, inverosimile aspettarsi che il fornitore di servizi di una piattaforma molto ampia e diffusa contatti singolarmente i titolari dei diritti; i “massimi sforzi” potrebbero consistere nel prendere contatto con le maggiori etichette e i principali organismi di gestione collettiva. In questa prospettiva, le previsioni dell’articolo 12 sulle licenze collettive estese potrebbero giocare un ruolo significativo.

L’articolo prevede, tuttavia, un regime meno oneroso per i prestatori di servizi che operano da poco sul mercato (paragrafo 6). I prestatori di servizi di condivisione di contenuti online i cui servizi sono disponibili al pubblico nell’Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro sono tenuti esclusivamente al rispetto del primo obbligo descritto (compiere massimi sforzi per ottenere un’autorizzazione dai titolari dei diritti) e all’obbligo di agire tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione, per disabilitare l’accesso alle opere o ai materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o

¹⁰⁷ Per evitare che nei loro servizi siano disponibili opere e altri materiali non autorizzati, i titolari dei diritti dovrebbero fornire ai prestatori di servizi le informazioni pertinenti e necessarie tenendo conto, tra l’altro, della tipologia di opere e materiali (considerando 66).

materiali. Solo se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'ulteriore caricamento di opere pertinenti (obblighi di *stay down*). Questa disposizione è volta ad evitare effetti indesiderati della disciplina introdotta. Il regime di responsabilità a carico degli operatori, infatti, si traduce in nuovi oneri che potrebbero essere insostenibili per i nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, comportando una difficoltà di accesso al mercato digitale e una riduzione della concorrenza.

La disciplina dettata non esclude, ovviamente, la possibilità da parte degli utenti di caricare liberamente e senza alcuna restrizione le opere e i materiali che non violino il diritto d'autore o i diritti connessi. Laddove esistono accordi di licenza tra i titolari dei diritti e i gestori delle piattaforme, gli atti di condivisione degli utenti saranno coperti dalle licenze, a condizione che l'uso dei contenuti non avvenga per finalità commerciali. In altri casi, le opere o i materiali caricati possono essere oggetto di un'eccezione o limitazione. In proposito, il paragrafo 7 non introduce nuove eccezioni o limitazioni ma si limita a richiamare quanto previsto dalla Direttiva InfoSoc (Direttiva 2001/29/UE). Esso ribadisce che gli utenti in ogni Stato membro, quando caricano e mettono a disposizione contenuti, possono avvalersi delle eccezioni o limitazioni esistenti: pertanto, possono caricare contenuti per utilizzi specifici con finalità di citazione, critica, rassegna, caricatura, parodia o pastiche¹⁰⁸. Come sottolineato nel considerando 70, "ciò è particolarmente importante al fine di raggiungere un equilibrio tra i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare la libertà di espressione e la libertà delle arti, e il diritto di proprietà, inclusa la proprietà intellettuale". Il sistema delineato dall'articolo 17 è in linea con la natura dei diritti d'autori come diritti non assoluti, soggetti a eccezioni e limitazioni volti ad assicurare il loro bilanciamento con altri diritti¹⁰⁹. Come affermato dalla CGUE, si tratta di un esercizio di bilanciamento che deve tenere nella necessaria considerazione tutti gli interessi coinvolti e questo bilanciamento deve avvenire nel quadro del sistema unionale in materia di diritto d'autore¹¹⁰. La Corte ha escluso la creazione di ulteriori limitazioni ed eccezioni; piuttosto, è necessario adottare una interpretazione "flessibile" delle eccezioni esistenti che consenta il rispetto di tutti gli interessi rilevanti e di tutti i diritti fondamentali in gioco, come libertà di espressione e diritto di impresa¹¹¹. In tale contesto, trova applicazione il *three-step test* previsto dalle Convenzioni internazionali in materia e recepito nell'ordinamento unionale. Resta il fatto che, nel si-

¹⁰⁸ Va menzionato che l'articolo 25 della Direttiva "Relazione con eccezioni e limitazioni previste da altre direttive", posto in chiusura del documento, che sancisce la facoltà per gli Stati membri dell'Unione di prevedere eccezioni o limitazioni, sulle materie oggetto della direttiva sul copyright del 2019, di portata maggiore di quelle da essa previste, purché esse siano compatibili con quelle previste dalla direttiva sulle banche dati e dalla direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (InfoSoc).

¹⁰⁹ Si noti che la Direttiva non comporta l'identificazione di singoli utenti o il trattamento di dati personali, e che fa salve le disposizioni della Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati - GDPR).

¹¹⁰ Si veda, *ex multis*, CGUE, Case C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH v. Repubblica federale di Germania*, 29.07.2019, para. 51, in cui la Corte, richiamando la propria giurisprudenza in materia, sottolinea come la finalità delle eccezioni e limitazioni previste dalla Direttiva 2001/29/UE è "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...".

¹¹¹ Si veda I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, "The Digital Single Market Directive", in I. STAMATOUDI, P. TORREMANS, (a cura di) *EU Copyright Law cit.*, p. 745 e la giurisprudenza ivi citata.

stema delineato dall'articolo 17, emerge una "scelta valoriale (...) in favore della proprietà intellettuale"¹¹². Il legislatore UE ha ristretto il margine d'apprezzamento della giurisprudenza nella valutazione caso per caso di tale bilanciamento.

L'articolo chiarisce, infine, al paragrafo 8, che il sistema delineato non implica un obbligo generale di monitoraggio in capo ai provider di servizi. Il paragrafo 4 comporta esclusivamente un obbligo di monitoraggio delle opere e materiali caricati in specifici ambiti segnalati dal titolare dei diritti. In questa prospettiva, è previsto un meccanismo di condivisione delle informazioni. I prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono tenuti a fornire ai titolari dei diritti, su richiesta, informazioni adeguate sul funzionamento delle loro prassi; laddove, poi, siano stati conclusi accordi di licenza tra i prestatori di servizi e i titolari dei diritti, i primi sono tenuti a fornire, a questi ultimi, informazioni sull'utilizzo dei contenuti oggetto degli accordi.

Nonostante i sistemi di bilanciamento posti in essere nel sistema unionale, in generale, e nella Direttiva, in particolare, può verificarsi il caso che opere e materiali non siano rese accessibili al pubblico sulla piattaforma quando invece dovrebbero esserlo: l'utente che carica il contenuto può beneficiare di una eccezione o limitazione e il provider può non saperlo, oppure la richiesta di non rendere il contenuto disponibile può essere stata fatta in violazione delle norme sul diritto di autore (ad esempio, perché avanzata da un soggetto che non è il titolare del diritto). La Direttiva prevede, pertanto, che "un meccanismo di reclamo e ricorso celere ed efficace" sia disponibile agli utenti in caso di controversie in merito alla disabilitazione dell'accesso a determinate opere o materiali o alla loro rimozione (paragrafo 9). I reclami presentati nell'ambito di tale meccanismo devono essere trattati senza indebito ritardo e le decisioni volte a disabilitare l'accesso o a rimuovere i contenuti caricati devono essere soggette a verifica umana. Il funzionamento del meccanismo è favorito dall'obbligo dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online "di informare i loro utenti, nei loro termini e condizioni, della possibilità di utilizzare opere e altri materiali conformemente alle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore e ai diritti connessi previste dal diritto dell'Unione".

Le "Disposizioni finali", chiariscono i rapporti tra la direttiva sul copyright e alcuni dei documenti che l'hanno preceduta in materia di diritto d'autore. In sostanza, così come il titolare dei diritti d'autore o diritti connessi deve poter richiedere la rimozione di un contenuto per evitare danni ai suoi interessi, allo stesso modo, deve poter accedere ad un meccanismo per ripristinare l'accesso al fine di tutelare i propri interessi¹¹³.

4.10. Informazione del settore pubblico e diritti d'autore: la direttiva 2019/1024 relativa a open data e riutilizzo dell'informazione del settore pubblico

Gli enti pubblici, nello svolgimento dei loro compiti istituzionali, producono, raccolgono, riproducono, rendono disponibili e diffondono una vasta gamma di documenti, informazioni, e dati, in numerosi ambiti di attività, e in svariati formati

¹¹² VG.M. RUOTOLO, "A Season in the Abyss ..." *cit.* p. 392.

¹¹³ J. P. QUINTAIS, G. FROSIO, S. VAN GOMPEL, P. B. HUGENHOLTZ, M. HUSOVEC, B. J. JÜTTE, M. SENFTLEBEN, *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics*, Novembre 2019, accessibile al seguente indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484968.

(cartaceo, digitale, elettronico). L'insieme di questi materiali informativi è, evidentemente, funzionale alla realizzazione degli obiettivi istituzionali perseguiti; essa rappresenta la base di conoscenze che consente agli enti pubblici di adottare le decisioni in materia di sviluppo e di valutarne l'efficacia, *ex post*. Tuttavia, negli ultimi anni, il patrimonio informativo in possesso degli enti pubblici, comunemente oggi chiamato "Informazione del Settore Pubblico" (*Public Sector Information* in inglese), ha assunto un ruolo crescente sotto diverse prospettive¹¹⁴.

In primo luogo, con l'affermarsi di modelli innovativi di *governance* pubblica, basati su principi di trasparenza, partecipazione della società civile e responsabilità, è emersa l'esigenza di rendere accessibile queste informazioni, al fine di consentire a individui e gruppi della società civile di esercitare un controllo diffuso sull'operato degli enti pubblici, di partecipare attivamente alla vita pubblica e di difendere i propri diritti. Ciò ha condotto alla affermazione di un vero e proprio diritto alle informazioni; un diritto autonomo, su cui si basa una società libera e democratica¹¹⁵. L'idea sottesa è che gli enti pubblici raccolgono, detengono, elaborano dati e informazioni non per sé stessi ma nell'interesse pubblico, per conto dei cittadini, con fondi pubblici; di conseguenza, le informazioni devono essere soggette al principio di "*maximum disclosure*", il quale implica una presunzione di accessibilità che può essere oggetto di limitazioni solo in conformità con le condizioni stabilite dagli strumenti internazionali per la tutela dei diritti umani¹¹⁶.

Contestualmente, l'intensa evoluzione tecnologica ha fatto emergere il valore economico delle ingenti quantità di informazioni prodotte e possedute dagli enti pubblici, valore che aumenta esponenzialmente via via che le nuove tecnologie consentono di elaborare e analizzare enormi quantità di dati e informazioni, segnando il passaggio dalla società dell'informazione alla società dei *big data*. Questi dati e informazioni possono essere utilizzati per creare servizi a valore aggiunto e contribuire al funzionamento del governo e delle strutture democratiche della società nel suo insieme ma anche allo sviluppo economico. L'informazione del settore pubblico è, dunque, emersa, in ambito europeo, come un elemento essenziale nello sviluppo del mercato interno, e poi del mercato unico digitale.

Al fine di sfruttare il valore del patrimonio informativo pubblico, gli enti pubblici possono vendere i dati alle imprese che li riutilizzano ma le analisi economiche mostrano che rendere questi dati disponibili gratuitamente o a costi molto bassi genera benefici economici, e di conseguenza sociali, molto più significativi¹¹⁷. Nel

¹¹⁴ Non esiste ad oggi una definizione condivisa di "Public Sector Information", si veda C. SAPPÀ, "Selected Intellectual Property Issues and PSI Re-Use", in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2012, p. 445 ss., p. 449.

¹¹⁵ Il considerando 5 della Direttiva 2019/1024 ricorda che "L'accesso all'informazione è un diritto fondamentale. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...) stabilisce che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione che include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera". Sia consentito rinviare, in proposito, a V. ROSSI, "Government Transparency and the Right of Access to Information: Evolving International and European Standards and their Implementation in the Italian Legal System", in *Italian Yearbook of International Law*, 2018, p. 181 ss..

¹¹⁶ Le restrizioni all'accesso devono essere definite in modo inequivocabile dalla legge ed essere conformi al rigoroso test di necessità e proporzionalità al fine di proteggere un interesse pubblico prevalente o interesse privato da un danno "so-stanziale". In breve, "la relazione tra diritto e restrizione e tra norma ed eccezione non deve essere invertita" (*General Comment n. 34 cit.*).

¹¹⁷ Si veda CE, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the re-use of public sector information*, COM(2018) 234 final, 25.4.2018 (SWD/2018/127 final); *Commission Staff Working Document, Evaluation Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the re-use of public sector information* COM(2018) 234 final, 25.4.2018 (SWD(2018) 145 final).

concetto di “informazione del settore pubblico” rientrano, ad esempio, le banche di dati territoriali, ambientali, metereologici, sul traffico; tutti oggi usiamo *app* che sfruttano questi dati e sono numerosi i casi in cui il loro riutilizzo è stato oggetto di controversie sul piano nazionale e internazionale¹¹⁸. Anche i dati e le informazioni elaborati e posseduti da istituti di ricerca e didattici o dalle istituzioni culturali, dunque le informazioni sui beni culturali, quali le descrizioni e riproduzioni delle opere d’arte dei musei, rientrano nel concetto di informazione del settore pubblico. Si è posta, di conseguenza, la questione di stabilire se, e in che misura, tale patrimonio informativo debba essere, oltre che accessibile, riutilizzabile.

Secondo la definizione fornita dall’articolo 2 della Direttiva 2019/1024 si intende per “riutilizzo”, l’uso, da parte di persone fisiche o giuridiche, di “documenti”¹¹⁹ in possesso di enti pubblici o di imprese pubbliche, a fini *commerciali o non commerciali* diversi dallo scopo iniziale nell’ambito dei compiti di servizio pubblico o dei servizi di interesse generale per i quali i documenti sono stati prodotti (para. 11). Il riutilizzo può essere attuato da un operatore di mercato, un privato cittadino, un imprenditore o un ente pubblico diverso da quello che detiene le informazioni, per usi molteplici che in parte oggi non è possibile ancora immaginare.

Tra i fattori che incidono sulla possibilità di riutilizzo dell’informazione del settore pubblico, figurano, da un lato, gli standard tecnologici, dall’altro, il quadro giuridico. Affinché l’informazione sia ‘riutilizzabile’ essa deve essere scaricabile, analizzabile, processabile; deve essere resa disponibile in formato aperto e mediante sistemi tecnicamente interoperabili¹²⁰.

Con riferimento al quadro giuridico, nella prospettiva del presente lavoro interessa porre in evidenza che l’informazione del settore pubblico può comprendere opere o materiali coperti dal diritto d’autore e il riutilizzo implica attività di riproduzione, modifica e ulteriore comunicazione al pubblico che rientrano tra i diritti esclusivi degli eventuali titolari dei diritti.

La prassi statale in materia risulta molto frammentaria¹²¹, ma può essere raggruppata in tre 3 modelli dominanti. Nel primo modello, l’informazione del settore pubblico è soggetta a un regime di *public domain by law*: il legislatore decide di escludere l’informazione del settore pubblico dall’ambito di applicazione del diritto d’autore. Questo modello è stato adottato, ad esempio, negli Stati Uniti d’America. Il secondo modello, all’opposto, si basa su un’ampia estensione dei diritti d’autore sull’informazione del settore pubblico. Nell’ultimo modello, cd. “misto”, il legislatore individua quali informazioni non sono coperte da diritto d’autore, e sono, quindi, riutilizzabili e per quali scopi. Questo modello è alla base della normativa unionale in materia di Informazione del Settore Pubblico, basata su una progressiva riduzione delle barriere al riutilizzo: dalla Direttiva 2003/98/EC che mirava alla armonizzazione del quadro giuridico nei paesi membri (definendo le procedure per il

¹¹⁸ Si veda la giurisprudenza della CGUE in materia di banche dati citata al paragrafo 4.8.1.

¹¹⁹ È importante evidenziare l’ampiezza della nozione di “documento”, di cui al medesimo articolo para. 6), che include qualsiasi contenuto, a prescindere dal suo supporto (cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva), o qualsiasi parte di tale contenuto.

¹²⁰ C. SAPPÀ, “Access and Re-use of Public Sector Information in a copyright perspective” in I. STAMATOUDI, P. TORREMANNS, (a cura di) *EU Copyright Law cit.*, p.762 ss., p. 770.

¹²¹ Si veda, per un’analisi della disciplina negli Stati membri dell’Unione, C. SAPPÀ, R. POLČÁK, M. MYŠKA, J. HARAŠTA, “Legal Aspects of Public Sector Information: Best Practices in Intellectual Property”, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2014, p. 233 ss..

riutilizzo, limitando le tariffe applicabili e le licenze esclusive e proibendo la discriminazione), alla prima riforma mediante la Direttiva 2013/37/UE, fino all'ultima Direttiva 1024/2019 cd. Direttiva sugli open data.

La Direttiva 1024 stabilisce il principio generale secondo cui i "documenti" in possesso degli enti pubblici e delle imprese pubbliche degli Stati membri, che sono accessibili in virtù dei regimi di accesso dell'Unione e nazionali, sono anche riutilizzabili, a fini commerciali o non commerciali (art. 3)¹²². Essa collega, dunque, accessibilità e riutilizzabilità, definendo poi, nel dettaglio, quali contenuti rientrano nel suo ambito di applicazione, stabilendo condizioni e procedure per il riutilizzo, e individuando alcune eccezioni.

La disposizione prevede, già al secondo paragrafo, una deroga per i documenti detenuti da biblioteche (comprese le biblioteche universitarie), musei e archivi: tali materiali sono riutilizzabili, a fini commerciali o non commerciali, solo qualora il loro riutilizzo sia autorizzato da tali enti, sempre che essi siano titolari dei relativi diritti di proprietà intellettuale. Sono, invece, del tutto esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva i documenti in possesso di enti culturali diversi da biblioteche, musei e archivi. Con riferimento a questi altri tipi di istituzioni culturali, come le orchestre, i teatri lirici, le compagnie di ballo e i teatri, assume rilevanza la loro caratteristica di 'arti dello spettacolo' e il fatto che quasi tutto il loro materiale è soggetto a diritti di proprietà intellettuale di terzi. Sono, infatti, esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva "i documenti su cui terzi detengono diritti di proprietà intellettuale" (art. 1, par. 1, lett. c)).

Una delle novità più rilevanti della recente riforma riguarda, invece, il riutilizzo a fini commerciali o non commerciali dei dati della ricerca. Il considerando 28, premesso che è opportuno migliorare le condizioni di riutilizzo di determinati dati della ricerca, afferma che, nell'ambito delle politiche nazionali di accesso aperto, i dati della ricerca finanziata con fondi pubblici dovrebbero essere resi aperti come opzione predefinita. Coerentemente, l'articolo 10, prevede che gli Stati membri sono tenuti ad adottare politiche nazionali e misure volte a rendere i dati della ricerca finanziata con fondi pubblici apertamente disponibili, mediante politiche di "open access" indirizzate alle organizzazioni che svolgono attività di ricerca e alle organizzazioni che finanziano la ricerca"¹²³. La Direttiva dispone, inoltre, che il riutilizzo dei dati della ricerca è gratuito (art. 6, para. 6, lett.b)). L'articolo 10 dispone che tali dati sono riutilizzabili nella misura in cui tali ricerche sono finanziate con fondi pubblici e ricercatori, organizzazioni che svolgono attività di ricerca e organizzazioni che finanziano la ricerca li hanno già resi pubblici attraverso una banca dati gestita a livello istituzionale o su base tematica. Questa disposizione è volta ad evitare oneri amministrativi; gli Stati membri sono, tuttavia, liberi di estendere l'applicazione della direttiva ai dati della ricerca resi pubblici tramite infrastrutture di dati diverse dalle banche dati, tramite pubblicazioni ad accesso aperto, sotto forma di un file allegato a un articolo, un articolo relativo a dati della ricerca o un articolo pubblicato in una rivista di dati. I documenti diversi dai dati della ricerca continuano

¹²² Su accesso e riutilizzo si veda lo studio ACCESS INFO EUROPE; OPEN KNOWLEDGE FOUNDATION, *Beyond Access: Open Government Data and the Right to (Re)use Public Information*, 2011, accessibile al seguente indirizzo https://www.access-info.org/wp-content/uploads/Beyond_Access_7_January_2011_web.pdf.

¹²³ La Raccomandazione della Commissione del 25 aprile 2018 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione descrive tra l'altro gli elementi rilevanti delle politiche di accesso aperto.

a essere esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva. In questo contesto è, inoltre, necessario prendere debitamente in considerazione la tutela dei diritti di proprietà intellettuale di terzi, in conformità al principio "il più aperto possibile, chiuso il tanto necessario"¹²⁴.

Gli articoli successivi della Direttiva stabiliscono le procedure, le condizioni, modalità per il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Al fine di garantire l'effettiva riutilizzabilità, gli enti e le imprese pubbliche sono tenuti a mettere a disposizione i "documenti" che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva in qualsiasi *formato* o lingua preesistente e, ove possibile e opportuno, per via elettronica, in formati aperti, leggibili meccanicamente, accessibili, reperibili e riutilizzabili, insieme ai rispettivi metadati. A tal fine, gli Stati membri devono incoraggiare gli enti pubblici e le imprese pubbliche a produrre e mettere a disposizione i documenti secondo il principio dell'"apertura fin dalla progettazione e per impostazione predefinita". Nonostante, la disposizione precisi che ciò non comporta l'obbligo di adeguare i documenti o di crearne, è evidente che la sua attuazione implica significativi investimenti in tecnologie e infrastrutture.

Un altro principio generale è enunciato all'articolo 6 (para. 1): il riutilizzo di documenti è *gratuito*. Tale principio è attenuato dalla deroga di carattere generale secondo cui può essere autorizzato il recupero dei costi marginali sostenuti per la riproduzione, messa a disposizione e divulgazione dei documenti, nonché per l'anonimizzazione di dati personali o per le misure adottate per proteggere le informazioni commerciali a carattere riservato. Seguono una serie di eccezioni, anche rilevanti. È, inoltre, possibile, in via eccezionale, che enti pubblici "che devono generare proventi per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico" e aziende pubbliche stabiliscano delle tariffe, il cui importo deve essere calcolato in base a criteri oggettivi, trasparenti e verificabili. Ancora una volta, sono oggetto di eccezione anche le biblioteche, anche universitarie, i musei e gli archivi, i quali, oltre a decidere se autorizzare o meno il riutilizzo dei "documenti" da essi detenuti, non sono tenuti a consentirlo a titolo gratuito.

La Direttiva stabilisce, poi, il principio generale secondo cui il riutilizzo di documenti non è soggetto a *condizioni*. Quando il riutilizzo è subordinato a condizioni, queste devono essere obiettive, proporzionate, non discriminatorie e giustificate sulla base di un obiettivo di interesse pubblico: inoltre, non devono ridurre indebitamente le possibilità di riutilizzo ed essere utilizzate per limitare la concorrenza. In sintesi, dunque, gli enti pubblici possono autorizzare il riutilizzo incondizionato di documenti o imporre condizioni che rispettino le caratteristiche individuate, attraverso *licenze*, tendenzialmente nella forma di licenze standard. Le condizioni possono riguardare questioni quali l'uso corretto dei documenti, la garanzia di non alterazione e la citazione della fonte. Laddove si fa uso della licenza, gli Stati membri provvedono affinché *licenze standard* (adattabili) per il riutilizzo di documenti del settore pubblico, siano disponibili in formato digitale e incoraggiano tutti gli enti pubblici a ricorrervi.

Per favorire la libera utilizzazione da parte di tutti gli operatori potenziali sul mercato, anche transfrontaliera, la Direttiva stabilisce, infine, un divieto generale di

¹²⁴ Considerando n. 28.

accordi di esclusiva, che trova applicazione anche nel caso di accordi esistenti. L'eventuale necessità di un diritto esclusivo al fine dell'erogazione di un servizio d'interesse pubblico è soggetta a riesame periodico, con scadenza almeno triennale ed è soggetta ad obblighi di trasparenza e pubblicità. Ancora una volta, è prevista una eccezione nel settore culturale: le limitazioni riguardanti gli accordi in esclusiva non si applicano alla "digitalizzazione di risorse culturali", per le quali il periodo di esclusiva non eccede di norma i dieci anni. La *ratio* di questa eccezione è chiarita dal considerando 65, il quale sottolinea che le biblioteche, i musei e gli archivi detengono una notevole quantità di risorse di informazione del settore pubblico e che i progetti di digitalizzazione hanno moltiplicato la quantità di materiale digitale di dominio pubblico. Tali raccolte del patrimonio culturale e i relativi metadati possono costituire una base per i prodotti e servizi a contenuto digitale e hanno un enorme potenziale per il riutilizzo innovativo in settori quali la formazione e il turismo. Tuttavia, esistono numerosi accordi di cooperazione tra biblioteche, musei, archivi e soggetti privati che prevedono la digitalizzazione di risorse culturali garantendo diritti di esclusiva a partner privati. La prassi ha evidenziato che tali partenariati pubblico-privato possono agevolare un valido utilizzo delle opere culturali e nel contempo accelerano l'accesso dei cittadini al patrimonio culturale. Al fine di rispettare il principio secondo cui i materiali di dominio pubblico dovrebbero rimanere tali una volta digitalizzati, la durata di tali accordi è stata limitata nel tempo. Inoltre, nel caso di un diritto esclusivo, all'ente pubblico interessato è deve essere fornita a titolo gratuito una copia delle risorse culturali digitalizzate come parte di tale accordo; tale copia è resa disponibile per il riutilizzo al termine del periodo di esclusiva.

Una disposizione estremamente dibattuta è stata, poi, quella riguardante le "serie di dati di elevato valore": devono essere rese riutilizzabili alle condizioni previste dalla Direttiva, laddove rientrano nelle categorie tematiche di cui all'Allegato I¹²⁵.

4.10.1. L'informazione del settore pubblico nella prospettiva del diritto d'autore

La descrizione svolta ha messo in evidenza in che misura il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico è condizionata dalla esistenza di diritti d'autore e la necessità di analizzare congiuntamente le due discipline al fine della corretta e piena attuazione di entrambe. Molte opere e materiali creati da enti pubblici, di livello nazionale, regionale e locale, rientrano nella nozione di informazione del settore pubblico e, allo stesso tempo, sono potenzialmente oggetto di protezione da parte delle norme in materia di diritto d'autore.

Come esaminato nel dettaglio nel capitolo e nei paragrafi precedenti, la protezione dei diritti degli autori si applica, in maniera automatica, a una ampia gamma di opere artistiche, letterarie e scientifiche, inclusi i programmi per computer e le banche dati, indipendentemente dal loro formato o valore. Rientrano potenzialmente in questa protezione molte opere e altri materiali creati nell'esercizio di fun-

¹²⁵ Le serie elencate nell'Allegato I sono le seguenti: dati geospaziali; dati relativi all'osservazione della terra e all'ambiente; dati meteorologici; dati statistici; dati relativi alle imprese e alla proprietà delle imprese; dati relativi alla mobilità. L'articolo 13 prevede, poi, che la Commissione ha il potere di adottare atti delegati al fine di modificare l'Allegato I aggiungendovi nuove categorie tematiche di serie di dati di elevato valore per tener conto degli sviluppi tecnologici e di mercato.

zioni o servizi pubblici, quali, ad esempio, leggi, regolamenti, rapporti, studi, discorsi, fotografie, siti web, banche dati. Con riferimento a queste opere e materiali, è necessario, dunque, chiedersi se essi sono oggetto di tutela o se sono in regime di dominio pubblico. In questo paragrafo si concentrerà l'attenzione sulla misura e il modo in cui le norme in materia di diritto d'autore incidono sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. La tensione e interazione tra questi due regimi diversi e complementari nasce, in effetti, da due concezioni diverse: da un lato, le norme sul diritto d'autore e sui diritti connessi si basano sull'idea che un elevato controllo dei beni di proprietà intellettuale consenta la crescita economica; dall'altro, l'evoluzione della disciplina in tema di informazione del settore pubblico parte dall'assunto che il mercato possa trarre vantaggio dalla circolazione e dal riutilizzo di modelli basati sull'informazione.

In linea generale, possono verificarsi tre ipotesi¹²⁶. La prima ipotesi riguarda "documenti", detenuti da enti o aziende pubbliche, che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 1024/2019/UE (dunque sono informazioni del settore pubblico) ma che non sono coperti dal diritto d'autore: in quanto, ad esempio, sono in regime di dominio pubblico *ex lege*; o non rispondono ai requisiti richiesti per la tutela dei diritti d'autore, come i dati grezzi; o sono opere e altri materiali che sono ricaduti in regime di dominio pubblico in seguito allo scadere dei termini di durata dei diritti d'autore di natura economica. Questi materiali sono assoggettati, in linea di principio alla disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. La seconda ipotesi riguarda "documenti", detenuti da enti o aziende pubbliche, che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 1024/2019/UE (dunque sono informazioni del settore pubblico) e che sono coperti da diritti d'autore, il cui titolare è l'ente pubblico in possesso del documento (opere create in nome, per conto di un ente pubblico, con fondi pubblici). Anche questi materiali sono assoggettati, in linea di principio, alla disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, con il regime speciale previsto per enti pubblici (musei, biblioteche) o per alcune tipologie di "documenti" (dati della ricerca). La terza ipotesi riguarda "documenti", detenuti da enti o aziende pubbliche, che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 1024/2019/UE (dunque sono informazioni del settore pubblico) e che sono coperti da diritti d'autore, il cui titolare è, tuttavia, un soggetto terzo. Questi materiali sono esclusi, in linea di principio, dall'ambito di applicazione della disciplina sul riutilizzo.

È evidente che vi sono una serie di questioni giuridiche che vengono in rilievo e che numerose situazioni 'intermedie' possono verificarsi.

La prima questione rilevante riguarda la titolarità dei diritti d'autore delle opere e materiali prodotti o detenuti dagli enti pubblici, vale a dire, in genere, creati da persone fisiche impiegate in tali enti o da terze parti cui è stato affidato lo svolgimento di un lavoro; in entrambi i casi, l'opera o i materiali sono prodotti con fondi dell'ente pubblico. Tuttavia, possono verificarsi anche casi in cui l'opera o i materiali sono creati da un soggetto terzo e solo successivamente acquisiti da un ente pubblico¹²⁷. Premesso che il titolare dei diritti morali sull'opera o i materiali è sempre l'autore; la questione fondamentale riguarda i diritti di sfruttamento economico, il

¹²⁶ CRISTIANA SAPPA, Diritti di proprietà intellettuale e dati pubblici nell'ordinamento italiano" *cit.*, p. 194-196.

¹²⁷ C. SAPPA, "Access and Re-use of Public Sector Information in a copyright perspective" *cit.*, p. 776.

cui titolare può essere l'ente pubblico, l'autore o un soggetto terzo. La Convenzione di Berna e l'Accordo TRIPS non definiscono questi aspetti, né li affronta il regime unionale in materia. Le ipotesi meno problematiche sono, evidentemente, quelle in cui la titolarità dei diritti economici spetta all'ente pubblico, il quale, di conseguenza, prende le decisioni sull'accessibilità e il riutilizzo dell'opera o dei materiali, ed è tenuto a renderli riutilizzabili in conformità con la disciplina dettata dalla Direttiva 2019/1024. In alcuni casi, le norme sul diritto d'autore nazionali prevedono l'automatico trasferimento dei diritti d'autore economici all'ente pubblico committente, da parte del dipendente o dell'affidatario; in altri casi, ciò è previsto in apposite clausole dei contratti tra l'ente pubblico e il dipendente o l'affidatario, persona fisica o giuridica.

Laddove il titolare dei diritti d'autore economici sull'opera o i materiali in possesso dell'ente pubblico è un terzo, questa opera o materiali non possono essere resi riutilizzabili, come visto, ai sensi dell'articolo 1, para.2, lett. c) della Direttiva 2019/1024. In questi casi, ai fini del riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, possono assumere rilevanza le eccezioni e limitazioni previste dalle norme in materia di diritto d'autore, con riferimento a determinate tipologie di opere o materiali, per specifici utilizzi o finalità. Le convenzioni internazionali in materia prevedono numerose eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore, molte delle quali, tuttavia, sono facoltative e, dunque, variano da paese a paese. Una eccezione dotata di particolare rilevanza in questo ambito è prevista dall'articolo 2.4 della Convenzione di Berna, il quale riconosce agli Stati facoltà di determinare la protezione da riconoscere a testi ufficiali di natura legislativa, giudiziaria, ecc.: "*It shall be a matter for legislation in the countries (...) to determine the protection to be granted to official texts of a legislative, administrative and legal nature, and to official translations of such texts.*". La disposizione è deliberatamente generica e lascia agli Stati un ampio margine di discrezionalità nel decidere se introdurre l'eccezione e se applicarla restrittivamente o ad un ampio numero di enti pubblici e a quali tipologie dei documenti che essi producono e detengono. Questa eccezione ha trovato, ad esempio, attuazione nell'ordinamento italiano. La legge sul diritto d'autore italiana (Legge 633/1941) afferma all'art. 5 che "Le disposizioni di questa legge non si applicano ai testi degli atti ufficiali dello stato e delle amministrazioni pubbliche, sia italiane che straniere"¹²⁸.

Altre eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, previste nell'ambito del sistema unionale in particolare nell'articolo 5 della Direttiva InfoSoc (Direttiva 29/2001), possono essere rilevanti in specifiche ipotesi. È importante ricordare che eccezioni e limitazioni, in quanto *lex specialis* rispetto alla regola generale, sono interpretate restrittivamente, anche se, più di recente, va diffondendosi una esigenza di interpretazione più flessibile¹²⁹. Nel contesto dell'informazione del settore pubblico

¹²⁸ La dottrina giuridica maggioritaria ha sempre sostenuto che la norma andasse interpretata in senso restrittivo e che quindi fosse applicabile solo ai testi, lasciando fuori tutti quegli atti ufficiali che non sono in forma testuale, come appunto i dataset, le tabelle, le immagini, le mappe. Questa disposizione va, poi, coordinata con l'art. 11, in base al quale alle amministrazioni dello stato, alle provincie ed ai comuni spetta il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese. Per un approfondimento e una panoramica delle opinioni dottrinali in merito alla normativa italiana, si vedano: ANDERA SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Maggioli, 2018; C. SAPPÀ, "Diritti di proprietà intellettuale e dati pubblici nell'ordinamento italiano", *Informatica e Diritto*, 2011 1-2, p. 185 ss.; V. M. DE SANCTIS, *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Editoriale Scientifica, 2012; L. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi. Scritti. (Quaderni di AIDA)*, Giuffrè, 2003.

¹²⁹ Si veda in proposito quanto detto al paragrafo 4.9.4

sembrano, inoltre, particolarmente rilevanti alcune eccezioni obbligatorie introdotte dalla Direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (Direttiva 2019/790) analizzate in precedenza; si pensi alle eccezioni sul *text and data mining* e a quelle per scopi di ricerca e didattica. Un'altra eccezione molto rilevante è introdotta con riferimento alle *banche dati pubbliche* dall'art. 1.6 della Direttiva 2019/1024. Tale disposizione stabilisce che il diritto riconosciuto al costituente di una banca dati, di vietare operazioni consistenti nell'estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale dei dati in essa presenti, non va esercitato dagli enti pubblici "al fine di impedire il riutilizzo di documenti o di limitare il riutilizzo oltre i limiti stabiliti dalla direttiva". L'intento di questa disposizione è chiaramente quello di favorire l'accesso alle banche dati realizzate da enti pubblici coperte da diritto *sui generis*.

Un'altra possibile soluzione è ottenere l'autorizzazione dal terzo titolare dei diritti d'autore mediante un accordo di licenza. Tale soluzione può rivelarsi problematica sotto diversi profili: la ricerca del titolare dei diritti (si pensi anche alle opere orfane); l'eventualità che il titolare dei diritti economici sia diverso dal titolare dei diritti morali (solo i diritti economici sono trasferibili); la possibilità che vi siano più titolari dei diversi diritti economici (che sono autonomi e indipendenti tra loro); l'ammontare della tariffa richiesta dal titolare dei diritti che, se molto elevata, può di fatto impedire il riutilizzo dell'opera o dei materiali. La licenza precisa quali sono i diritti di sfruttamento economico che possono essere esercitati dagli utilizzatori e a quali condizioni. Naturalmente, al fine di favorire il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, soprattutto quando i titolari dei diritti di sfruttamento economico sono altri enti pubblici o aziende pubbliche, sarebbe importante l'utilizzo di licenze collettive e di licenze aperte, in particolare in ambiente digitale. In questa prospettiva, un ruolo cruciale è giocato dalle novità introdotte dalla Direttiva del 2019 che, come si è visto, stabilisce i principi generali in base ai quali il riutilizzo non deve essere soggetto a condizioni, deve essere gratuito, non deve discriminare tra usi commerciali e non commerciali, deve essere favorito mediante formati interoperabili.

4.10.2. Il caso italiano: il principio dell'open by default nel Codice dell'Amministrazione Digitale

Nei paragrafi precedenti, si è chiarito che il diritto d'autore è una tutela che si applica alle opere dotate di carattere creativo, in maniera automatica, dunque, indipendentemente da qualsiasi formalità. Pertanto, tutte le opere di carattere creativo sono soggette a diritti d'autore ("tutti i diritti riservati"), a meno che non siano in dominio pubblico (*ex lege*, per scadenza diritti o volontario) o non sia disponibile una licenza, che stabilisce quali diritti sono liberamente esercitabili e a quali condizioni.

Nel solco delle politiche e normative volte a favorire il libero accesso alla, e riutilizzo della, informazione del settore pubblico, un passo fondamentale nell'ordinamento italiano è stato rappresentato dall'inserimento del principio cd. di "*open by default*" attraverso la riformulazione dell'articolo 52 del D.Lgs. 82/2005 (cd. Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD). L'art. 52 del CAD dispone, infatti, che i dati e i documenti che le amministrazioni titolari "pubblicano, con qualsiasi

modalità, senza l'espressa adozione di una licenza" di cui alla normativa in tema di riutilizzo dell'informazione pubblica (D.Lgs. 36/2006)¹³⁰ "si intendono rilasciati come dati di tipo aperto", ad eccezione dei casi in cui la pubblicazione riguardi dati personali. La definizione di dati di tipo aperto è contenuta all'art. 1 co. 1 lett. 1bis e 1ter del CAD. Sono "dati di tipo aperto" i dati che presentano le seguenti caratteristiche: sono disponibili secondo i termini di una licenza o di una previsione normativa che ne permetta l'utilizzo da parte di chiunque, anche per finalità commerciali, in formato disaggregato; sono accessibili attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti, sono adatti all'utilizzo automatico da parte di programmi per elaboratori e sono provvisti dei relativi metadati; sono resi disponibili gratuitamente attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, oppure sono resi disponibili ai costi marginali sostenuti per la loro riproduzione e divulgazione salvo quanto previsto dalla normativa in tema di riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (D.Lgs. 36/2006). Questa definizione fa riferimento a tre elementi di natura diversa. Un elemento di natura giuridica: il fatto che il dato sia libero da vincoli giuridici, dunque, liberamente utilizzabile anche per finalità commerciali. Un elemento di natura economica: il fatto che il dato sia reso disponibile gratuitamente o ai costi marginali sostenuti. Un elemento di natura tecnica: il fatto che il dato sia disponibile formato aperto¹³¹.

Per effetto di questa disposizione, dunque, gli enti pubblici italiani che pubblicano dati e documenti senza indicare specifici termini d'uso, li fanno ricadere automaticamente nel regime di "dati aperti" delineato dal CAD. In sostanza, l'idea di fondo è stata sfruttare l'inerzia degli enti pubblici a favore dei cittadini e delle imprese¹³².

Sono opportune, tuttavia, alcune riflessioni. Il progressivo ampliamento degli obblighi di pubblicazione in capo alle pubbliche amministrazioni, di cui al D.Lgs. 33/2013¹³³, ha determinato un ampliamento dell'ambito di applicazione di questa disposizione. Nel dettaglio, l'art. 7 del D.Lgs. 33/2013 prevede che i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria, o resi disponibili a seguito dell'accesso civico, sono pubblicati in formato di tipo aperto ai sensi del CAD, e sono riutilizzabili ai sensi del D.Lgs. 36/2006, senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità. L'art. 2.2 chiarisce che per "pubblicazione" si intende la pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente, senza autenticazione ed identificazione. Questa disposizione, tuttavia, non far venire meno quanto

¹³⁰ Decreto Legislativo 24 gennaio 2006, n. 36, Attuazione della direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo di documenti nel settore pubblico, modificato dal Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 200 che ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla Direttiva 2019/2014/UE.

¹³¹ La nozione di "formato aperto", è definita alla lettera 1bis del medesimo articolo 1 co. 1, il "formato aperto": è un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi".

¹³² S. ALIPRANDI, *Il principio dell'open by default: alcune perplessità tecnico-giuridiche*, 2013, accessibile al seguente indirizzo <http://aliprandi.blogspot.com/2013/03/open-by-default-perplessita.html>; A. PAPA (a cura di) *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, 2019, in particolare, D. MESSINA, "Open Access e diritto d'autore", p. 123 ss..

¹³³ Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

disposto dal citato articolo 11 della legge sul Diritto d'autore; essa si applica unicamente a "dati e documenti" e non alle "opere" dell'ingegno prodotte dagli enti pubblici. In proposito, giova ricordare che la normativa in materia di riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, esclude dal suo ambito di applicazione solo documenti su cui 'terzi' detengono diritti di proprietà intellettuale, non quelli sui quali i diritti spettano agli enti pubblici stessi. Dunque, in mancanza dell'adozione di una licenza, può ritenersi che tali documenti ricadrebbero nel regime "*open by default*" previsto dal CAD. Si ricorda, inoltre, che, nel solco del progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa in materia di riutilizzo dell'informazione pubblica, la Direttiva UE 1024/2019 ha esteso l'applicazione della disciplina in essa dettata alle banche dati di cui gli enti pubblici sono "costitutori".

Lo sviluppo e la diffusione delle tecnologie dell'informazione e comunicazione (Information and Communication Technologies - ICT) sta producendo cambiamenti profondi negli strumenti e nelle modalità di conservazione, fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale e, dunque, nelle politiche e normative in materia, adottate ai vari livelli di governo (globale, europeo e nazionale) e nei diversi ambiti settoriali di regolamentazione (UNESCO, HRC, ICESCR, UE, CoE, WIPO, ...).

Gli strumenti internazionali adottati in tutti questi contesti evidenziano il ruolo fondamentale della digitalizzazione e della messa in rete dei materiali culturali. L'accessibilità in rete permette ai cittadini di fruire dei materiali culturali a fini di svago, studio e lavoro, e consente alle istituzioni culturali di continuare a svolgere la loro missione, ossia l'accesso e la conservazione del patrimonio culturale, in un ambiente digitale. I materiali digitalizzati, inoltre, possono essere riutilizzati a fini commerciali, per usi quali lo sviluppo di contenuti educativi e istruttivi, documentari, applicazioni turistiche, giochi, etc.; infine, essi possono favorire il rafforzamento della dimensione sociale del patrimonio culturale e l'attuazione di un modello di governance partecipata. L'uso di strumenti e processi di gestione innovativi solleva, tuttavia, complesse questioni giuridiche che mettono alla prova la capacità dei sistemi di regolamentazione esistenti di garantire la tutela di tutti gli interessi in gioco. Il volume approfondisce alcune di queste questioni, nella prospettiva di favorire un equo bilanciamento tra alcuni degli interessi rilevanti (diritti d'autore, godimento dei diritti culturali, riutilizzo dell'informazione del settore pubblico e open data).



Valentina Rossi (PhD) è ricercatrice di diritto internazionale del CNR, dal 2008. I suoi principali interessi scientifici sono riconducibili al diritto internazionale ed europeo dei diritti umani e dell'ambiente. Le sue attività di ricerca riguardano inter alia tematiche quali, i diritti di partecipazione in campo ambientale e culturale, l'accessibilità e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico e gli open data, l'impatto delle tecnologie di informazione e comunicazione sul godimento e la promozione dei diritti umani. Oltre a partecipare a numerosi progetti di ricerca, del CNR e di altri Enti, è stata responsabile scientifico di diversi progetti, tra cui il Progetto RIPA/PAUN - Rete Intelligente dei Parchi Archeologici/Parco Archeologico Urbano di Napoli (2018-2021), finanziato dalla Regione Campania. È stata ed è consulente e docente per enti pubblici e privati e università (tra cui Università Bocconi, Ministero dell'Ambiente, ARPA Campania, Unionchimica, Guardia di Finanza). Dal 2019, è membro del Comitato Scientifico della rivista *Maritime Safety and Security Law Journal*. È autrice di numerose pubblicazioni di diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea ed è stata relatrice nell'ambito di convegni e seminari di rilievo nazionale e internazionale.