

SABRINA BRIZIOLI^(*)

DIRITTO D'AUTORE E OPENNESS

ABSTRACT: The essay analyzes the two crucial features of digital creativity: copyright and openness. In fact, on the one hand the dematerialization and freedom of communication of knowledge have not drastically led to the end of copyright nor have they hindered the development of creativity and innovation. On the other hand there is a great interest in multiple open expressive forms and models. Against this background, the author focuses on the new instances of copyright and the prerogatives of openness also considering their social and technological consequences for the scientific community.

SOMMARIO: 1. Creatività digitale: modello proprietario e logiche aperte. – 2. La tutela delle opere creative e la sfida del tempo. – 3. Cronistoria dell'*openness*. – 4. Aperture autorizzate: libere utilizzazioni, eccezioni e limitazioni. – 5. *Open Access* e *Copyright*. – 6. Le licenze. – 7. Conclusioni.

1. — *Creatività digitale: modello proprietario e logiche aperte.*

Un elemento essenziale della disciplina del diritto d'autore⁽¹⁾ è l'atto creativo da intendersi come «espressione di una creatività soggettiva che scaturisce dall'impronta individuale dell'autore e prescinde dal valore astrattamente attribuibile o dal genere [...] cui appartiene»⁽²⁾. Come specificato in numerose pronunce dalla giurisprudenza, l'opera dell'ingegno deve avere carattere creativo reso in forma espressiva⁽³⁾ e, in quanto esito del dispendio di ener-

^(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Ulteriori connotati dell'opera dell'ingegno sono l'originalità, riferita alla forma espressiva, e la novità riguardante la diversità concreta del realizzarsi rispetto ad altri esemplari pur concernenti il medesimo argomento.

⁽²⁾ *Ex multis*, Trib. Bari, 31 dicembre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, 8-9, p. 879.

⁽³⁾ Ne deriva che l'idea-intuizione seppur originale, ma priva di una realizzazione tecnica, non è tutelabile perché non formalizzata o esteriorizzata. In tal senso, Cass., 13 febbraio

gie, lavoro e investimento di tempo, è il risultato di una attività meritevole di tutela e riconoscimento del talento espressivo del suo creatore⁽⁴⁾.

La Corte di Cassazione ha affermato come il concetto giuridico di creatività, presupposto della protezione accordata dalla legge sul diritto d'autore, «postula che l'opera dell'ingegno sia frutto di “personale e individuale espressione di una soggettività” [...] e consiste non già nell'idea alla base della sua realizzazione “ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività”»⁽⁵⁾. Tale assunto conferma quanto espresso in sede eurounitaria dalla Corte di Giustizia che, per l'appunto, descrive l'espressione della creatività come il riflesso della personalità dell'autore, una manifestazione delle sue scelte libere e creative⁽⁶⁾.

La creatività, nel distinguersi da connotati quali la novità e l'originalità, è postulato della personale e individuale espressione appartenente all'opera ed è dall'atto creativo che si originano «non solamente i diritti cosiddetti morali indissolubilmente legati alla persona dell'autore, ma anche le facoltà ricomprese nel diritto di natura patrimoniale»⁽⁷⁾.

Le interpretazioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonché i principi consolidatisi nel corso degli anni in merito alla titolarità dei diritti morali e allo sfruttamento economico sulle opere di ingegno, hanno risentito, tuttavia, dell'espansione capillare e della complessità della realtà digitale

1987, n. 1558, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2154; Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953, in *Dir. autore*, 1994, p. 593; Trib. Bologna, 17 febbraio 2015, in *Pluris*, 2015.

⁽⁴⁾ L'accertamento del carattere originale o creativo, finalizzato alla protezione di una opera rispetto ad altra che si assume esserne un plagio, è rimesso all'incensurabile valutazione del giudice di merito, sorretta da congrua motivazione e esente da errori logici e giuridici. Così Cass., 25 gennaio 1968, n. 202, in *Ced Cassazione*. Rispetto alla sindacabilità della valutazione che si risolve in un giudizio di fatto, la stessa occorre in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione, cfr. Cass., 13 giugno 2014, n. 13524, in *Ced Cassazione*.

⁽⁵⁾ Si veda Cass., 29 maggio 2020, n. 10300, in *Ced Cassazione*, che richiama sul punto al precedente orientamento espresso da Cass., 28 novembre 2011, n. 25173, *ivi*.

⁽⁶⁾ Corte giust., 12 settembre 2019, C-683/17, Cofemel-Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV, par. 30.

⁽⁷⁾ M. AMMENDOLA, voce *Diritto d'autore*, in *Dig. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 372.

che, avvalendosi di una pregnante tecnologia, ha deformato sia il *proprium* del processo creativo⁽⁸⁾ sia la sua estrinsecazione⁽⁹⁾.

La digitalizzazione ha dato impulso a nuove modalità di espressione della creatività individuale, basti pensare ai programmi per elaboratori e alle opere multimediali⁽¹⁰⁾, e, allo stesso tempo, ne ha ampliato la rappresentazione, la fruizione e la trasmissione (ad esempio sfruttando internet o avvalendosi della distribuzione via satellite).

Ne deriva, quindi, una contrapposizione tra le infinite e incontrollate forme di riproduzione dell'opera, attraverso l'abbattimento di barriere tecniche e costi, e l'interesse principale ed esclusivo del creatore-autore di stabilire e controllare la disponibilità di quanto realizzato. Le nuove condizioni scaturite dalla dematerializzazione hanno imposto una rivisitazione dell'approccio classico al diritto d'autore, una maggiore attenzione a concetti quali la trasmissibilità e condivisione dei contenuti digitali e una ridefinizione delle reti proprietarie che, accumulandosi sulle opere, ne influenzano le modalità di utilizzazione.

Il giusto equilibrio tra questi due poli ha comportato il ricorso a strumenti e istituti giuridici che, ammodernando la disciplina del diritto d'autore, si sono adattati all'evoluzione delle nuove tecnologie ponendosi, altresì, come scopo quello di assicurare la trasparenza e l'accessibilità.

In realtà, la dematerializzazione e la libertà di comunicazione della creatività digitale non hanno comportato di per sé la desuetudine del diritto

⁽⁸⁾ Le espressioni creative legate al digitale e al multimediale hanno creato nuove soggettività al punto che la personalità del creatore coincide con quella dell'utilizzatore delle opere creative. Neologismi sono stati indicati dalla dottrina tanto che si parla di *prosumer* (crasi tra i termini anglosassoni di *producer* e *consumer*) e di *produser* (fusione di *producer* e *user*). Si veda *ex multis*, S. ALIPRANDI, *Capire il Copyright. Percorso guidato nel diritto d'autore*, Milano, 2012, p. 46.

⁽⁹⁾ Da ultimo, Cass. (ord.), 15 giugno 2022, n. 19335, in *Ced Cassazione*.

⁽¹⁰⁾ Anche in questi casi, come avviene per altra opera, deve sussistere il requisito della creatività ritenuto sussistente anche qualora l'opera sia composta da idee e nozioni semplici ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa. Tuttavia, tali idee e nozioni devono essere formulate e organizzate in modo personale e autonomo rispetto alle precedenti. Così, Cass., 12 gennaio 2007, n. 581, in *Ced Cassazione*.

d'autore né hanno ostacolato lo sviluppo dell'ingegno creativo ma, al contrario, hanno alimentato la produzione di contenuti conoscitivi innovativi per lo sviluppo della industria creativa. Infatti, la *Web Economy*⁽¹¹⁾, fenomeni digitali quali *open source* e movimenti *no copyright*, *cyberpunk*⁽¹²⁾ e *cyber arts*⁽¹³⁾ non hanno vanificato la tutela del diritto d'autore⁽¹⁴⁾, piuttosto, si è assistito, ad un progressivo ammodernamento dell'istituto ad opera dei diversi formanti (normativo, giurisprudenziale e dottrinale) a tutti i livelli.

Se da un lato è sicuramente vero che il diritto d'autore ha risentito più di ogni ambito dei cambiamenti della società dell'informazione è altrettanto vero che l'introduzione di più specifiche discipline a livello nazionale e europeo ne hanno garantito una ridefinizione nell'oggetto e forme di tutela.

Il periodo che va dal *dot-com boom* (fine anni '90-2000) sino all'affermarsi delle nuove tecnologie (cd *data-centric*) è stato caratterizzato da un progressivo abbandono dell'approccio tradizionale al diritto d'autore e la revisione degli istituti classici della proprietà intellettuale.

La predisposizione di nuove piattaforme *web-based* ha comportato la re-

⁽¹¹⁾ La *Web Economy* rappresenta il fenomeno economico-sociale innescato dal *world wide web* e caratterizzato dal dilagare della tecnologia nelle comunicazioni, l'emergere di infrastrutture web e dalla commercializzazione tramite mercati virtuali aperti ad una grande quantità di beni e prodotti. Rispetto alle ripercussioni economico-finanziarie, la *Web Economy* ha inciso negativamente sul modello di *New Economy* in ragione della bolla speculativa del settore informatico e la crisi delle imprese dot.com.

⁽¹²⁾ La corrente postmoderna denominata *cyberpunk* integra l'*information technology*, la cibernetica e il cyberspazio e, quando adottata come stile nelle opere letterarie, supera la pura fantascienza introducendo una forte caratterizzazione sociale e politica. Alcune tematiche proprie della robotica, telematica, realtà virtuale, biotecnologie sono elaborate criticamente e, talvolta, in una vena contestataria analogamente all'approccio del movimento *punk* (da qui la denominazione *cyberpunk* come crasi della cibernetica e *punk*).

⁽¹³⁾ Le *cyber arts* nascono da una nuova estetica delle forme di arte e dall'impiego di software per la loro produzione. Hanno spesso un carattere interattivo e multimediale e non si limitano alla realizzazione di immagini quanto, piuttosto, creano contesti, installazioni e progetti in rete grazie all'uso della tecnologia.

⁽¹⁴⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 332.

sponsabilizzazione dei *content provider*⁽¹⁵⁾ come nuovi intermediari della conoscenza⁽¹⁶⁾ e l'apertura a nuovi mercati⁽¹⁷⁾. A ciò si è aggiunta, con particolare riferimento al contesto europeo, la necessità di armonizzare i diritti fondamentali degli autori e le nuove forme di accessibilità tra gli Stati Membri, al fine di ridurre le discrepanze nazionali e garantire un livello di tutela necessario a dare impulso agli investimenti nella creatività e promuovere la diversità culturale⁽¹⁸⁾.

Il progresso tecnologico ha rappresentato il primo banco di prova per gli scettici dell'applicazione dei concetti e istituti della proprietà intellettuale all'opera fruita attraverso il *medium* digitale. Di ciò si è fatta interprete, in prima battuta, la giurisprudenza nazionale che è più volte intervenuta nelle molteplici questioni circa i diritti esclusivi riconosciuti agli autori sulle opere digitali presenti in rete.

All'indomani del crescente uso delle opere di ingegno tramite l'accesso ad internet, la giurisprudenza di merito si è dapprima espressa nel senso di una equiparazione delle forme di tutela, ribadendo come la gratuità dell'accesso attraverso il *medium* digitale non snaturi la tutela dell'opera pubblicata in rete⁽¹⁹⁾. Seguendo il percorso interpretativo del formante giurisprudenziale, è interessante l'esegesi sviluppata in tema di nome a dominio⁽²⁰⁾ nelle

⁽¹⁵⁾ F. DI TANO, *Prospettive de iure condendo sulla responsabilizzazione dei content provider*, in *Inform. e dir.*, XXVI, 2017, n. 1-2, p. 113 ss. Nell'ambito della giurisprudenza nazionale e europea richiamata in tema si segnalano tra le molteplici pronunce: Cass. pen., 27 dicembre 2016, n. 54946; CEDU, 2 febbraio 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, Application no. 22947/13.

⁽¹⁶⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Napoli, 2021, p. 82.

⁽¹⁷⁾ H.R. VARIAN, J. FARRELL, C. SHAPIRO, *The Economics of Information Technology: An Introduction*, Cambridge, 2004.

⁽¹⁸⁾ J. PILA, A. OHLY, *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford, 2013.

⁽¹⁹⁾ Trib. Cuneo, 23 giugno 1997, in *Giur. piem.*, 1997, p. 493.

⁽²⁰⁾ Il nome a dominio (*domain name* o *host name*) è la versione alfabetica di una serie numerica identificativa di un computer connesso alla rete dotato di un IP. Attraverso il nome a dominio gli utenti possono fruire dei servizi di internet e lo stesso è visibile come indirizzo di posta elettronica o di URL.

ipotesi in cui ad essere contestata non sia stata soltanto la funzione tecnica del medesimo nell'ambito dei codici comunicativi nella rete internet, bensì il suo contenuto conoscitivo corrispondente al titolo di un'opera e, pertanto, l'assoggettabilità alla tutela della legge sul diritto d'autore⁽²¹⁾. Inoltre, in dottrina è stata segnalata l'interpretazione estensiva delle norme sul diritto d'autore da parte della giurisprudenza di merito con riguardo ai titoli di *mailing list*, *meta tag*, *link* e *email*⁽²²⁾. A tal proposito, rileva come tali pronunce siano state condizionate sia dalle sentenze dei giudici europei sia dagli orientamenti dottrinali oltreoceano⁽²³⁾ e l'applicazione al caso concreto abbia consentito l'ingresso delle nuove fenomenologie digitali nel *corpus* delle disposizioni in tema di proprietà intellettuale⁽²⁴⁾.

Attualmente, il processo di ammodernamento del diritto d'autore non può dirsi concluso.

Si assiste ad un bilanciamento tra la protezione accordata all'autore dell'opera e l'interesse pubblico all'accesso a molteplici forme espressive mediante il modello *openness*⁽²⁵⁾. Quest'ultimo concerne quell'insieme di prerogative

⁽²¹⁾ Per una completa disamina sulla questione si veda A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 361 ss.

⁽²²⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., pp. 373-374.

⁽²³⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 377.

⁽²⁴⁾ Si precisa come il grimaldello giuridico per mezzo del quale stabilire o meno la tutela sia stato l'art. 100 della l.d.a. che per l'appunto recita: «il titolo dell'opera, quando individui l'opera stessa, non può essere riprodotto sopra altra opera senza il consenso dell'autore». Più precisamente il secondo comma a tenore del quale il divieto non si estende «ad opere di specie o di carattere così diverso da potersi escludere ogni possibilità di confusione»

⁽²⁵⁾ Salvo quanto verrà più compiutamente detto nel prosieguo, l'*openness* (tradotto variamente come apertura o accessibilità), rappresenta in primo luogo un approccio attualissimo e dilagante in molteplici settori (ad esempio nell'ambito bancario, finanziario e del mercato in generale). Il suo scopo è creare spazi (ecosistemi) sempre più ampi in cui lo scambio di dati e informazioni avviene in maniera semplificata e fluida. Così, il flusso informativo non è più ancorato a decisioni gerarchiche, burocratizzate, bensì gestito al fine di garantire una maggiore disponibilità e incrementare sviluppi.

che consentono l'apertura di contenuti ormai dilagante in molti settori⁽²⁶⁾. Lungi dall'essere esclusivamente considerata come una strategia unitaria per "fare una buona operazione di *public relation*"⁽²⁷⁾, l'*openness* rappresenta la matrice concettuale e nozionistica di molti fenomeni sociali quali, solo per citarne alcuni *Open Science*, *Open Access*, *Open Data*, *Open Government* e si spinge oltre le semplicistiche considerazioni economiche della gratuità nella distribuzione dei contenuti. La storia della cultura *open* è contrassegnata dalla continua ricerca di soluzioni che accompagnano le pratiche tradizionali del diritto d'autore e lo sforzo del diritto di garantire, tutelandola, la fruizione di una grande quantità di materiale coperto da *copyright*.⁽²⁸⁾

Tale nuovo paradigma di gestione comporta almeno un triplice ordine di considerazioni rispetto al suo rapportarsi con la disciplina del diritto d'autore.

In primo luogo, in termini di opportunità, è necessario ponderare l'esclusività dei diritti di sfruttamento economico e la salvaguardia dei diritti morali da una parte e l'apertura dei contenuti dall'altra. La società dell'informazione, animata dalla continua produzione di conoscenza, potenzia l'attitudine dell'uomo alla ricerca di maggiori informazioni e dati⁽²⁹⁾ e implica una crescente sensibilizzazione dell'opinione pubblica riguardo all'impatto sulla tutela della proprietà intellettuale.

In secondo luogo, è prospettabile che il processo di adeguamento della disciplina del diritto d'autore alla cultura dell'*openness* continui nella prassi e coinvolga la gestione di matrici conoscitive tradizionalmente non ricomprese nella disciplina positivizzata. Si pensi, infatti, ad un soggetto titolare dell'esclusivo controllo di dati incorporati all'interno di un file tutelato da diritto d'autore, oppure l'essere autore di poche parole che, in sé considera-

⁽²⁶⁾ Per una approfondita analisi dell'*openness* si veda M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, trad. S. Aliprandi, Milano, 2021, p. 36.

⁽²⁷⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 199.

⁽²⁸⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 203.

⁽²⁹⁾ A. VITERBO, A. CODIGNOLA, *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in *Dir. inf. e informatica*, 2002, p. 23.

te, costituiscono una creazione intellettuale ricompresa nella protezione del diritto d'autore⁽³⁰⁾.

In terzo luogo, ma in senso opposto alle precedenti osservazioni che militano a favore del regime *open*, occorre porre attenzione allo sviluppo di ulteriori misure di protezioni di natura tecnica che, di fatto, limitano l'apertura alle informazioni o ai *dataset*. Tali misure rinforzano gli effetti giuridici dei diritti di esclusiva previsti dalla legge e influenzano il controllo su oggetti, come i dati, che non sarebbero *stricto sensu* ricompresi nel diritto d'autore⁽³¹⁾.

La composizione degli interessi di queste due prospettive, il diritto d'autore per un verso e l'*openness* per l'altro, è di fatto ancora in divenire. Nonostante una forte propensione all'*openness*, il quadro normativo attuale è spesso interpretato con un *favor* per le prerogative proprietarie e anche in prospettiva *de iure condendo* rispetto alla apertura del materiale conoscitivo, le maggiori problematiche si riscontrano in merito ad aspetti quali la determinazione delle modalità di accesso, le barriere tecniche/tecnologiche, la concettualizzazione di prerogative come il riutilizzo e ridistribuzione funzionali all'*open*.

2. — *La tutela delle opere creative e la sfida del tempo.*

Per comprendere le future prospettive del diritto d'autore e il suo articolarsi con l'*openness*, occorre ripercorrere brevemente lo svilupparsi della sua disciplina. Le ricostruzioni storiche della tutela della proprietà intellettuale sono concordi nell'ancorare la nascita del diritto d'autore nell'epoca moderna.

⁽³⁰⁾ In tal senso l'interpretazione della CGUE nel caso *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*. CGUE C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, 16 luglio 2009, ECLI:EU:C:2009:465.

⁽³¹⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, cit., p. 87; R. CASO, *Misure tecnologiche di protezione: cinquanta (e più) sfumature di grigio della Corte di giustizia europea*, in *Trento Law and Technology Research Group. Research Papers*, 2014, n. 19, consultabile in eprints.biblio.unitn.it/4271/.

Originariamente i prodotti dell'ingegno non erano assistiti dalla tutela della proprietà intellettuale né agli autori erano attribuite espressamente prerogative assimilabili a diritti o privilegi morali o economici. Al contrario, le opere, oggetto di manipolazioni, aggiunte, trasformazioni erano fruite liberamente e le modalità incontrollate di circolazione ne facilitavano sia la diffusione sia la notorietà dell'autore *ad perpetuam rei memoriam*.

Nell'antica Roma, ove la pubblicazione dell'opera era realizzata mediante la lettura in pubblico, incominciava a profilarsi la distinzione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum* nella proprietà dell'opera: vi era, perciò, una differenza tra l'autore (*auctor*) e il creatore del supporto fisico o l'acquirente del manoscritto (*emptor*)⁽³²⁾.

Rispetto alle azioni a tutela dell'autore, era prospettabile l'*actio iniuriam aestimatoria* di natura penale, in presenza dell'*animus iniuriam* e a fronte di condotte illecite riconducibili al plagio. Le fattispecie ascrivibili erano quelle di alterazione o appropriazione della paternità delle opere letterarie o artistiche.

La caduta dell'impero romano ha comportato il ritirarsi della cultura e della conoscenza dal grande pubblico e nel Medioevo la protezione dell'opera ha risentito delle peculiari concezioni di proprietà e delle pratiche commerciali dell'epoca: risale a tale periodo la maledizione riportata sullo Specchio sassone e formulata dall'autore nei confronti dell'uso illecito della medesima o alterazioni non autorizzate⁽³³⁾. Solo con il sorgere delle università e la na-

⁽³²⁾ Già Seneca sottolineava la duplice natura della proprietà sui libri quando affermava che «per una stessa cosa ci sono due padroni. Come? Perché uno ha la proprietà di quella cosa, l'altro l'uso. Diciamo i libri di Cicerone; quegli stessi libri il libraio Doro li definisce suoi ed è vera sia l'una che l'altra affermazione: il primo se li attribuisce come autore, il secondo come compratore; e ben a ragione si dice che sono di tutti e due, perché effettivamente di tutti e due, ma in diverso modo. E così Tito Livio può ricevere o comprare dal libraio Doro i suoi propri libri»: SENECA, *I benefici*, VII, 6, testo latino, introduzione, versione e note di S. Guglielmino, Bologna, 1983, p. 433.

⁽³³⁾ La maledizione riportava: «sia maledetto chi utilizzi questo libro in modo illecito o peccaminoso e che la lebbra affligga chi ne modifichi il contenuto [...]. Consegni questo messaggio a Satana e lo segua all'inferno chi vuole passare l'eternità in sua compagnia» E. VON REPGOW, *Sachsenspiegel*, trad. dal tedesco medievale di Paul Kaller, Monaco, 2002, p. 15.

scita delle prime officine scrittorie, si è sviluppata una domanda di testi letterari e un più generale interesse alla tutela dei loro autori.

L'avvento della stampa a caratteri mobili ha segnato la svolta verso un modello commerciale di distribuzione di copie a pagamento e alimentato l'attenzione sui concetti di "opera originale" e "copie legittime dell'originale".

Contrariamente a quanto si possa pensare, inizialmente i veri interessati a contrastare fenomeni di contraffazione non sono stati gli autori, bensì gli stampatori. Ecco perché le prime forme di protezione della proprietà intellettuale hanno assunto la forma di privilegi⁽³⁴⁾, spesso accompagnati dal potere di far ricorso all'autotutela privata⁽³⁵⁾. La misura della confisca e la conseguente distruzione delle copie contraffatte, hanno rappresentato gli strumenti idonei a garantire un monopolio sulla stampa e solo in età più moderna si è assistito al diverso interesse collettivo alla produzione e diffusione di opere originali. Il sistema dei privilegi si è concluso con l'avvento dello stato moderno quando gli autori hanno iniziato a farsi portavoce di propri interessi sulle opere di ingegno. Quello d'autore è nato come diritto di esclusiva la cui disciplina è stata articolata nelle leggi che si sono susseguite fino ai giorni nostri. Se l'avvento di una nuova tecnica, come la stampa a caratteri mobili, ha innescato il controllo sul *corpus mechanicum* e sulle modalità di utilizzazione e riproduzione pubblica dell'opera, il cambiamento sociale di epoca moderna ha determinato un ulteriore passo in avanti verso la tutela del *corpus mysticum* come prodotto dell'ingegno e della creatività.

Lo sviluppo delle prime normative nazionali in tema di diritto d'autore ha permesso anche una distinzione delle tutele riconosciute al creatore dell'opera. Mentre nei sistemi di *common law* la matrice utilitaristica ha comportato l'attribuzione di diritti patrimoniali affinché l'autore possa promuovere il

⁽³⁴⁾ La ratio del privilegio risiedeva nel controllo all'importazione dall'estero di nuova tecnologia, la possibilità di generare profitti tassabili e censurare preventivamente il contenuto dei libri.

⁽³⁵⁾ R. CASO (a cura di), *Digital rights management. Problemi teorici e prospettive applicative*, in *Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 21-22 marzo 2007*, Trento, 2008, p. 15.

progresso, l'economia e la letteratura attraverso il suo lavoro, le leggi adottate dalla Francia rivoluzionaria, e di seguito in tutta l'Europa continentale, hanno fatto propria la concezione giusnaturalistica-romantica dell'opera, riconoscendo anche il diritto innato morale del suo autore.

Tale differente impostazione è all'origine del concetto di *copyright* e al suo ontologico distinguersi dal diritto d'autore. Il significato letterale del termine *copyright* è "diritto di copia" e concerne, più specificamente, il diritto di produrre e distribuire le copie dell'opera originale. Il diritto d'autore è riferibile, invece, ad un bagaglio di tutele più ampio che implica la protezione di diritti morali e patrimoniali riconosciuti agli autori delle opere. È, pertanto, riconducibile a queste diverse radici storiche la differente terminologia "*copyright*" e "diritto d'autore", sebbene nel linguaggio comune i due termini vengano spesso utilizzati come sinonimi per indicare oggetto e tematiche inerenti la proprietà intellettuale sulle opere di ingegno⁽³⁶⁾.

Fatta tale precisazione, e tornando ai cenni storici, nell'Italia pre-unitaria divisa in tanti stati, le questioni del diritto d'autore hanno anche risentono della mancanza di una normativa positivizzata a livello di diritto internazionale privato, comportando, di fatto, l'adozione del principio della reciprocità quando necessario⁽³⁷⁾. Il sistema dei privilegi di natura concessoria è continuato fino all'emanazione del codice civile albertino del 1838 ove è stato affermato per la prima volta il riconoscimento della proprietà degli autori sulle produzioni dell'ingegno⁽³⁸⁾. Le disposizioni civilistiche sono state assistite dalle sanzioni del codice penale per gli illeciti realizzati a danno degli autori⁽³⁹⁾.

La prima disciplina organica a tutela della proprietà intellettuale del Re-

⁽³⁶⁾ *Ex multis*, S. ALIPRANDI, *Capire il Copyright. Percorso guidato nel diritto d'autore*, cit., p. 33 ss.

⁽³⁷⁾ L.C. UBERTAZZI, *Alle origini piemontesi del diritto italiano d'autore*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 1992, p. 312.

⁽³⁸⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 44.

⁽³⁹⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 45. L'Autore richiama gli artt. 394-395 del codice penale albertino.

gno d'Italia risale al 1865 le cui disposizioni sono state poi fatte proprie dal Testo Unico n. 1012, 19 settembre 1881⁽⁴⁰⁾.

L'attuale panorama normativo di riferimento per il diritto d'autore si presenta come una stratificazione multilivello della sua disciplina.

Con la Convenzione di Berna⁽⁴¹⁾, la più risalente nel diritto internazionale in tema di diritto d'autore, sono stati fissati una serie di interventi giuridici per la protezione dei diritti degli autori sulle opere artistiche e letterarie.

La Convenzione, che pure invita i Paesi aderenti a uniformare le prescrizioni in tema di opere letterarie e artistiche⁽⁴²⁾, riserva alle legislazioni nazionali la facoltà di tutelare le opere o talune categorie di esse⁽⁴³⁾ a condizione che siano rese su un supporto materiale⁽⁴⁴⁾ e, senza arrecare pregiudizio alle prerogative degli autori. Protezione è assicurata ad opere originali come traduzioni, riduzioni musicali, trasformazioni di un'opera letteraria o artistica e adattamenti⁽⁴⁵⁾. Da un punto di vista operativo, la Convenzione esprime il principio di assimilazione per cui le opere, provenienti da uno dei Paesi ade-

⁽⁴⁰⁾ A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, loc. cit.

⁽⁴¹⁾ L'attuale testo della Convenzione di Berna recepisce una serie di interventi susseguiti nel tempo e che ne hanno delineato il corrente articolato. Testo autentico in francese e inglese, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, Stockholm, 1967, UNTS vol. 828 (p. 221). Versione aggiornata del testo della Convenzione consultabile in www.wipo.int/wipolex/en/text/283698. Per un aggiornamento delle Parti aderenti si consulti www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/docs/pdf/berne.pdf.

⁽⁴²⁾ Convenzione di Berna, Preambolo.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, art. 2 (1). L'espressione "opere letterarie ed artistiche" comprende tutte le produzioni nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, come: 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.

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, art. 2 (2).

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*, art. 2 (3).

renti alla Convenzione, godono del medesimo trattamento assicurato dalla legge ai cittadini dagli altri Paesi contraenti, oltre ovviamente, essere tutelate dalle prerogative stabilite dalla Convenzione di Berna stessa⁽⁴⁶⁾.

È sancito il diritto esclusivo degli autori delle opere letterarie e artistiche protette dalla Convenzione di Berna (e per tutta la durata dei loro diritti sull'opera originale) di fare o autorizzare le traduzioni delle loro opere⁽⁴⁷⁾ e la riproduzione in qualsiasi forma⁽⁴⁸⁾.

Il riconoscimento e la valorizzazione dello sforzo creativo dell'ingegno sono a fondamento della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948⁽⁴⁹⁾ e della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU)⁽⁵⁰⁾. Entrambe stabiliscono il diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria, artistica di cui l'individuo è autore⁽⁵¹⁾ e, allo stesso tempo, ne radicano il fondamento nell'ambito della libertà di espressione che è alla base di ogni opera creativa⁽⁵²⁾.

Sullo spirito della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata promossa la Convenzione universale per il diritto d'autore⁽⁵³⁾ che, oltre a ribadire il principio di assimilazione della Convenzione di Berna, ha fissato taluni adempimenti per la tutela delle opere. La Convenzione, che dispone altresì, l'apposizione del simbolo ©⁽⁵⁴⁾, non impedisce agli Stati contraenti

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, art. 5.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, art. 8.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, art. 9 (1).

⁽⁴⁹⁾ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1948, 217 A (III), UN Document A/810, p. 71.

⁽⁵⁰⁾ Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), Roma 1950, UNTS vol. 213, p. 221.

⁽⁵¹⁾ Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 27.

⁽⁵²⁾ CEDU, art. 10.

⁽⁵³⁾ Convenzione universale per il diritto d'autore, promossa dall'UNESCO e firmata a Ginevra il 6 settembre 1952. Testo ufficiale, Universal Copyright Convention, UNTS No. 13444, vol. 943, pp. 178-325. Versione aggiornata consultabile: www.refworld.org/docid/3ddb88377.html.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, art. 3 (1).

di richiedere formalità o altre condizioni per l'acquisizione e il godimento del diritto d'autore con riferimento alle opere pubblicate per la prima volta sul proprio territorio o quelle dei propri cittadini, qualunque sia il luogo di pubblicazione di tali opere⁽⁵⁵⁾.

La promozione della protezione della proprietà intellettuale, come realizzazione degli impegni internazionali, trova ulteriore conferme a seguito dell'adozione della Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI)⁽⁵⁶⁾ e la conclusione degli accordi GATT/TRIPS⁽⁵⁷⁾: si tratta di interventi a livello internazionale diretti a stimolare la cooperazione tra gli Stati nel senso di una maggiore assistenza tecnico-giuridica nel campo della proprietà intellettuale e la predisposizione di strumenti rafforzati che tutelano il normale sfruttamento dell'opera senza pregiudicare gli interessi legittimi dei titolari⁽⁵⁸⁾.

Con riferimento al panorama europeo, non vi era traccia della materia relativa alla proprietà intellettuale nel Trattato di Roma. Tuttavia, la *ratio* di protezione nella circolazione delle opere di ingegno è ravvisabile nel divieto di misure (di ordine quantitativo) alla libera circolazione delle merci⁽⁵⁹⁾. Tale lacuna ha comportato l'intervento delle istituzioni europee, in particolare la Commissione e la Corte di Giustizia, in senso armonizzante in punto di tutela della proprietà intellettuale.

Ne sono derivate le strategie comunitarie di adattamento della proprietà intellettuale alle innovazioni tecnologiche, in particolare il libro Verde della

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, art. 3 (2).

⁽⁵⁶⁾ Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI), firmata a Stoccolma il 14 luglio 1967. Versione aggiornata consultabile: in *www.wipo.int/edocs/pubdocs/it/wipo_pub_250.pdf*. Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, l'Organizzazione si propone come scopi *i*) di promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo attraverso la cooperazione tra gli Stati, collaborando, ove occorra con qualsiasi altra organizzazione internazionale; *ii*) di realizzare la cooperazione amministrativa tra le Unioni.

⁽⁵⁷⁾ Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, firmato a Marrakesh, Marocco il 15 aprile 1994.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, Sez. I, Parte II; OMPI, art. 4.

⁽⁵⁹⁾ Il riferimento è alle attuali disposizioni del TFUE, in particolare gli artt. 28 e 29.

Commissione “il diritto d’autore e le sfide tecnologiche” e quello sui diritti d’autore e i diritti connessi nella società dell’informazione nel 1995⁽⁶⁰⁾.

Successivamente, le iniziative europee hanno riguardato molteplici profili del diritto d’autore come, più precisamente, l’editoria elettronica, la tutela delle opere delle arti figurative e fotografiche, la disciplina del software e quella delle banche dati⁽⁶¹⁾ e opere multimediali. Più recentemente, l’intervento in materia si è spinto in maniera più intrusiva nei programmi di ricerca europei e nelle misure di protezione unionali per la proprietà intellettuale in rete.

A livello nazionale, la disciplina delle opere di ingegno comprende le disposizioni del codice civile (artt. 2575-2585) e l’inquadramento sistematico della legge n. 633/1941 (di seguito l.d.a.)⁽⁶²⁾.

La l.d.a. concerne le opere caratterizzate dalla creatività⁽⁶³⁾ riconoscendo

⁽⁶⁰⁾ Da qui si origina un percorso strategico europeo diretto a tutelare il diritto d’autore e i diritti connessi nell’ambito del mercato interno facendo fronte alla società dell’informazione. Libro Verde, *Il diritto d’autore e le sfide tecnologiche-Problemi di diritto d’autore che richiedono un’azione immediata*, 17 giugno 1988, COM(88)172 def.; Libro Verde, *Il diritto d’autore e i diritti connessi nella Società dell’informazione*, 19.07.1995, COM(95)382 def.

⁽⁶¹⁾ Ai fini del presente lavoro si farà solamente cenno alla complessa evoluzione della disciplina delle banche dati. È da evidenziare, tuttavia, come rispetto alle banche dati operi un duplice livello di protezione. Da un lato esse sono inserite nel catalogo delle opere dell’ingegno tutelate dal diritto d’autore, dall’altro vige un regime speciale per i diritti del “costitutore della banca dati”. Il diritto *sui generis* indica quell’insieme di diritti esclusivi che, sorgendo in capo al soggetto che ha realizzato la banca dati (il costitutore), si riferiscono all’investimento sostenuto per il *database*. Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in G.U.C.E., 27 marzo 1996, L 77/20, Capitolo III.

⁽⁶²⁾ L. 22 aprile 1941, n. 633, «Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio», in G.U. 16 luglio 1941, n. 166.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, art. 2. La protezione fornita dalla legge concerne: 1) le opere letterarie, drammatiche, scientifiche, didattiche, religiose, tanto se in forma scritta quanto se orale; 2) le opere e le composizioni musicali, con o senza parole, le opere drammatico-musicali e le variazioni musicali costituenti di per se’ opera originale; 3) le opere coreografiche e pantomimiche, delle quali sia fissata la traccia per iscritto o altrimenti; 4) le opere della scultura, della pittura, dell’arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia; 5) i disegni e le opere dell’architettura; 6) le opere dell’arte cinematografica, muta o sonora, sempreché non si tratti di semplice documentazione protetta ai sensi delle norme del capo quinto del titolo secondo; 7) le opere fotografiche e quelle

su di esse diritti patrimoniali⁽⁶⁴⁾ e morali⁽⁶⁵⁾. Occorre precisare come, le esigenze imposte dalla società dell'informazione e l'armonizzazione di matrice europea abbiano nel tempo comportato diverse e molteplici novelle al testo della l.d.a.⁽⁶⁶⁾.

espresse con procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del Capo V del Titolo II; 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso; 9) Le banche di dati di cui al 2° comma dell'art. 1, intese come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo. La tutela delle banche di dati non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati diritti esistenti su tale contenuto; 10) Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico.

⁽⁶⁴⁾ L.d.a. art. 25. I diritti patrimoniali hanno una durata limitata nel tempo. A seguito della legge 6 febbraio 1996, n. 52 il previgente termine di 50 anni è stato innalzato a 70 anni dopo la morte dell'autore. La l.d.a. elenca un insieme di diritti patrimoniali: il diritto di riproduzione in più esemplari (art. 13); il diritto di trascrizione dell'opera orale (art. 14); il diritto di esecuzione, rappresentazione o recitazione in pubblico (artt. 15 e 15-*bis*); il diritto di comunicazione (artt. 16 e 16-*bis*); il diritto di distribuzione (art.17); il diritto di elaborazione, di traduzione e di pubblicazione delle opere in raccolta (art. 18); il diritto di noleggio e di dare in prestito (art.18-*bis*). Nel caso di diritti connessi la durata è determinata dalle disposizioni del Titolo II della l.d.a.

⁽⁶⁵⁾ Si tratta delle facoltà indicate dagli artt. 20-24 l.d.a., «Protezione dei diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore (Diritto morale dell'autore)». L'inalienabilità dei diritti morali è prescritta dall'art. 22 l.d.a. che, al secondo comma, specifica come «l'autore che abbia conosciute ed accettate le modificazioni della propria opera non è più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione». Rispetto ai diritti morali si veda H. HANSMANN, M. SANTILLI, *Authors and Artists' Moral Rights*, in *Journal of Legal Studies*, 1997, p. 95 ss.

⁽⁶⁶⁾ Si segnalano di seguito le più significative novelle alla l.d.a.: d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 95 in attuazione della direttiva 98/71/CE relativa alla protezione giuridica dei disegni e dei modelli (G.U. n. 79 del 4 aprile 2001); d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68 in attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (G.U. n. 87 del 14 aprile 2003); d.l. 22 marzo 2004, n. 72 e l. di conversione 21 maggio 2004, n. 128, «Interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno, nonché a sostegno delle attività cinematografiche

Rispetto al contenuto e con riferimento al profilo patrimoniale, la l.d.a. elenca una serie di diritti esclusivi a titolo originario e trasferibili dall'autore stesso sulla base del principio di indipendenza. Tale principio comporta che i diritti elencati dalla legge sono tra loro indipendenti e l'esercizio esclusivo di alcuni di essi non impedisce l'esercizio, altrettanto esclusivo, degli altri⁽⁶⁷⁾. In aggiunta, tali prerogative riguardano sia le singole parti sia l'opera nel suo insieme e l'atto di trasferimento necessita la forma scritta *ad probationem*⁽⁶⁸⁾.

Come emerge dall'articolato della legge, e giustamente evidenziato in dottrina⁽⁶⁹⁾, la disciplina nazionale riserva all'autore un assoluto controllo sull'opera anche in sede di trasferimento dei diritti patrimoniali perché l'art. 142 l.d.a. attribuisce all'autore la facoltà del ritiro dell'opera dal commercio qualora ricorrano gravi ragioni morali; di fatto realizzando una condizione risolutiva *ex lege* del contratto.

e dello spettacolo» (G.U. n. 69 del 23 marzo 2004); d.l. 31 gennaio 2005, n. 7 e l. di conversione 31 marzo 2005, n. 43, «Disposizioni urgenti per l'università e la ricerca, per i beni e le attività culturali, per il completamento di grandi opere strategiche, per la mobilità dei pubblici dipendenti, e per semplificare gli adempimenti relativi a imposte di bollo e tasse di concessione, nonché altre misure urgenti». Sanatoria degli effetti dell'art. 4, 1° comma del d.l. 29 novembre 2004, n. 280 (G.U. n. 24 del 31 gennaio 2005); d.l. 13 febbraio 2006, n. 118 in attuazione della direttiva 2001/84/CE relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale (G.U. n. 71 del 25 marzo 2006); d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 in attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (G.U. n. 82 del 7 aprile 2006); l. 9 gennaio 2008, n. 2, disposizioni relative alla S.I.A.E. e la possibilità di pubblicare nella rete Internet immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate; d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, recante modifiche al codice della proprietà industriale (G.U. n. 192 del 18 agosto 2010); d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, recante disposizioni in materia di depenalizzazione (G.U. n. 17 del 22 gennaio 2016). Con riferimento agli illeciti previsti dalla l. n. 633/41, in particolare art. 171-*quater*, lett. a)-b); d.lgs. 15 marzo 2017, n. 35 in attuazione della direttiva 2014/26/UE 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 (G.U. n. 72 del 17 marzo 2017).

⁽⁶⁷⁾ L.d.a., art. 19.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, artt. 110 e 2581 c.c.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, cit., p. 94.

3. — *Cronistoria dell'openness.*

Rispetto alla storia del diritto d'autore, quella della cultura *open* si presenta non soltanto più scarsamente documentata ma, soprattutto più evanescente in ragione del substrato ideologico che la stessa veicola.

Considerando il substrato ideologico, cioè la “diffusione dei contenuti”, le origini dell'*openness* possono essere rintracciate nell'iniziale assenza di controlli e libertà, in tal senso in maniera simile alla condizione primigenia da cui si è evoluto (e a cui si è fatto cenno) il diritto d'autore. Tuttavia, i valori fondativi dell'*openness*, quali la libertà, l'altruismo, la solidarietà ma, soprattutto, l'idea che la conoscenza sia un bene pubblico, hanno fatto sì che la stessa si differenziasse dall'approccio proprietario scontrandosi con i modelli di chiusura che ne hanno di fatto ostacolato la piena affermazione.

Inoltre, la narrazione scomposta e frammentaria della storia dell'*openness* è dovuta anche al modo in cui questo nuovo paradigma è stato veicolato nei diversi ambiti dell'istruzione, del *software*, della cultura digitale e della ricerca.

Rispetto all'istruzione, l'*openness* prende avvio intorno agli anni 60' con le proposte di apertura degli insegnamenti universitari (*Open University*) e lo scopo di creare un'università aperta a persone, luoghi, metodi e idee, abbattendo così le barriere di ordine economico e sociale. *Open* assume il significato di accessibile a favore dei valori di pari opportunità e trasparenza⁽⁷⁰⁾. In questo contesto, l'*openness* ha riguardato la condivisione e scambio del materiale didattico che, per l'appunto, diventa ampiamente e diffusamente accessibile.

Successivamente, nel diverso e più specifico contesto del *software*, si evolve l'idea di *open* come fruizione libera. È il 1970 quando Richard Stallman intuisce le potenzialità di un sistema informatico privo del controllo istituzionale e, nel 1983, nasce il progetto GNU con l'obiettivo di sviluppare un sistema operativo adattabile alle esigenze degli utenti. La modalità *open* viene impiegata per il codice sorgente GNU in completa antitesi rispetto allo schema chiuso, compilato e non accessibile o non modificabile. Da questa impostazione sono

⁽⁷⁰⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 57.

derivate due condizioni giuridiche-sociali basilari per l'*openness*: 1) l'avvento del modello *copyleft*⁽⁷¹⁾ e 2) l'emersione del movimento per il software libero (*Free software movement*) con le sue quattro fondamentali libertà: a) libertà di eseguire il programma come si desidera (libertà 0); b) libertà di studiare il funzionamento del programma e modificarlo (libertà 1); c) libertà di redistribuzione delle copie per finalità solidaristiche (libertà 2); d) libertà di miglioramento del programma e distribuzione pubblica delle migliorie apportate (libertà 3)⁽⁷²⁾.

Più pragmatica e concreta è, invece, *Open Source*.

Si tratta di una metodologia facente capo a Eric Raymond⁽⁷³⁾ che considera l'apertura sotto il profilo tecnico del *software*: l'*openness*, ricondotta all'alveo della tecnicità, comporta che il *software* non è più il risultato dell'operato del singolo alimentato dalla competizione. Il codice è realizzato da una comunità di sviluppatori che lavorano in sinergia affinché esso migliori.

Al di là delle differenti impostazioni del movimento per il *software* libero e dell'*Open Source*, è opportuno riscontrare come entrambi abbiano contribuito all'evoluzione dell'*openness* sia sotto il profilo sociale che tecnico rendendo così possibile la nascita di licenze *open content* quali *Open Publication Licence* (OPL) e *Creative Commons* (CC).

Più recentemente, le trasformazioni della rete e la natura non competitiva del bene digitale, hanno reso l'*openness* una prospettiva di apertura e gratuità di accesso non necessariamente assimilabile alla libertà nel riutilizzo. *Openness* è sinonimo di modello efficiente perché facilita operativamente l'utilizzo del contenuto digitale in rete ed è eticamente auspicabile in virtù del suo operare a beneficio della più ampia disseminazione della conoscenza e sfruttamento dei risultati delle investigazioni scientifiche.

⁽⁷¹⁾ Il *copyleft* o permesso d'autore non è sinonimo di assenza del diritto d'autore. Si tratta di un modello che permette la modifica e distribuzione vietando, al contempo, la restrizione della redistribuzione. Le versioni ulteriori e migliorative restano libere con l'unico rispetto del principio di reciprocità.

⁽⁷²⁾ M. WELLER, *La battaglia per l'Open. Come l'open ha vinto, ma non sembra una vittoria*, cit., p. 59.

⁽⁷³⁾ E.S. RAYMOND, *The cathedral and the bazaar: musings on Linux and Open Source by an accidental revolutionary*, Sebastopol, 1999-2001.

L'evoluzione più interessante dell'*openness* è rintracciabile nell'ambito della ricerca ove è strettamente collegata alle metodologie tecnologiche che hanno modificato, senza sostituirli, i meccanismi di produzione e i tradizionali strumenti di condivisione dei risultati della ricerca. L'*openness* diventa un elemento significativo del metodo adottato dai ricercatori, si pensi, ad esempio all'uso crescente di siti accademici (*Researchgate*, *Academia.edu*, *Mendely*), alla creazione di identità *online*, ai profili professionali degli scienziati o degli enti istituzionali per la promozione della ricerca e alla prospettiva di *Citizen Science*⁽⁷⁴⁾. Il tema che più di ogni altro concerne la cultura *open* nel fare ricerca è la condivisione e il riutilizzo dei dati che, per l'appunto, richiedono un approccio diverso dal classico modello chiuso proprietario. L'impiego di strumenti offerti da internet e dalle piattaforme multimediali ha come principale effetto il potenziamento dell'interoperabilità e l'apertura dei risultati della ricerca, in primo luogo attraverso la condivisione dei dati. Tale tendenza è stata tradotta operativamente nel contesto europeo attraverso una serie di azioni.

Da un punto di vista strategico, i programmi quadro per la ricerca, a partire da *Horizon 2020* fino all'attuale *Horizon Europe*, si sono caratterizzati per la massimizzazione dell'accesso e riutilizzo dei dati di ricerca generati dai progetti. A ciò si è accompagnata la predisposizione di infrastrutture di ricerca il cui scopo è quello di creare un ambiente aperto e accessibile a tutti i ricercatori⁽⁷⁵⁾. Si tratta, più specificatamente, di un ecosistema che facilita la pubblicazione dei prodotti della ricerca progettuale, come ad esempio articoli scientifici, rifuggendo le logiche di sfruttamento commerciale e di privatizzazione della conoscenza scientifica.

Nonostante ciò, la piena realizzazione di modelli e strumenti di *openness* è ostacolata da una molteplicità di fattori. Deve in primo luogo fare i conti con parametri di sostenibilità tecnico-economiche: entrano in gioco le dinamiche dei mercati, la concentrazione del potere computazionale, il controllo

⁽⁷⁴⁾ *Citizen Science* è un termine di recente uso impiegato per indicare il fenomeno di coinvolgimento del grande pubblico nel sapere scientifico. Esso sintetizza lo scopo di rendere consapevole e formare una cittadinanza aperta alla conoscenza scientifica.

⁽⁷⁵⁾ Ne sono un esempio lo *European Open Science Cloud* (EOSC) e la piattaforma *Open Research Europe* (ORE).

dei flussi informativi. Tali impedimenti hanno indotto taluno in dottrina, e più specificatamente in riferimento all'*Open Science*, ad esprimersi nel senso di una «rivoluzione incompiuta»⁽⁷⁶⁾.

Sulla scorta di ciò, piuttosto che isolare l'operatività dell'*openness* e delle sue fenomenologie, assegnando esclusivo rilievo alla libertà incontrollata di fruizione e alla tecnologia, appare più interessante esaminare le strategie di aggiornamento della disciplina della proprietà intellettuale, del diritto d'autore e degli istituti giuridici relativi ai processi creativi e innovativi in virtù di questo nuovo paradigma.

4. — *Aperture autorizzate: libere utilizzazioni, eccezioni e limitazioni.*

Gli elementi fondanti la tutela delle opere creative sono pertanto: la creatività, la tipicità dell'invenzione e l'esclusività. Quest'ultimo connotato comporta la regola generale per cui è vietata ogni modalità di fruizione, riproduzione o esecuzione dell'opera senza il consenso del titolare dei diritti patrimoniali.

Tuttavia, la disciplina del diritto d'autore stabilisce variamente eccezioni a questa regola generale.

Nella Convenzione di Berna sono previste limitazioni qualora, rispetto a certe categorie di opere (come discorsi politici, quelli tenuti in procedimenti giudiziari ovvero lezioni, prolusioni e opere pronunciate al pubblico) la riproduzione a mezzo stampa, trasmissione e comunicazione al pubblico via cavo siano giustificate da un fine informativo⁽⁷⁷⁾.

La medesima Convenzione, che si occupa, altresì, delle libere utilizzazioni di opera già resa pubblica, e giustificabili dallo scopo informativo⁽⁷⁸⁾, consente agli Stati membri di permettere l'utilizzo di opere letterarie ed arti-

⁽⁷⁶⁾ R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Milano, 2020.

⁽⁷⁷⁾ Convenzione di Berna, art. 2-*bis*.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, artt. 10-10-*bis*.

stiche a titolo illustrativo a scopo di insegnamento nel rispetto di buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo⁽⁷⁹⁾. Ciò a tutela della riservatezza, con il necessario richiamo alla fonte⁽⁸⁰⁾ e in base alle contingenze della fruizione⁽⁸¹⁾.

Nell'ambito dell'OMPI, le eccezioni alla regola dell'esclusività si basano sul paradigma del cd *Three-step test* per cui vi deve essere un triplice vaglio circa la conformità delle eccezioni alla regola generale della tutela del diritto d'autore. Le limitazioni ed eccezioni sono consentite: *a)* in determinati casi; *b)* se non vi è contrasto con il normale sfruttamento dell'opera; *c)* qualora non si pregiudichino i titolari dei diritti.

L'aggiornamento della legislazione internazionale sul diritto d'autore, non ha soltanto comportato l'ammodernamento alle innovazioni tecnologiche come i programmi per elaboratore e le banche dati, ma ha anche introdotto nuove forme di protezione come misure tecnologiche o l'amministrazione digitale dei diritti. In particolare, la *ratio* delle misure tecnologiche è quella di far fronte alle possibili violazioni di legge e tentativi di elusione dei diritti di proprietà intellettuale impiegando programmi *ad hoc*, tecniche di protezione-identificazione del prodotto digitale (c.d. *watermarking*), meccanismi di controllo delle copie ovvero procedimenti di protezione (ad esempio la cifratura o la distorsione).

Anche a livello comunitario, le iniziative di armonizzazione non hanno riguardato soltanto la disciplina generale ma sono intervenute, più puntualmente, sulle statuizioni aventi ad oggetto le limitazioni, le eccezioni e le libere utilizzazioni.

La direttiva 2001/29/EC, il cui precipuo obiettivo è l'armonizzare delle eccezioni con particolare riferimento all'ambiente elettronico, pur lasciando alla discrezionalità degli Stati membri la trasposizione nel diritto nazionale, predispone un elenco delle più consuete eccezioni e limitazioni⁽⁸²⁾. Inoltre,

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, art. 10, c. 2.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, art. 10-*bis*, c. 1.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*, art. 10-*bis*, c. 2.

⁽⁸²⁾ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in G.U.C.E., 22 giugno 2001, L167/10, art. 5.

la direttiva introduce aspetti di grande rilievo quali la nozione di “natura non commerciale dell’attività da perseguire”⁽⁸³⁾ e “finalità illustrativa”⁽⁸⁴⁾.

Nell’ambito della direttiva software⁽⁸⁵⁾, una importante eccezione è quella di decompilazione a fini di interoperabilità e l’autorizzazione del titolare dei diritti non è necessaria quando la riproduzione del codice e la sua traduzione siano indispensabili per raggiungere l’interoperabilità con altri programmi di un programma di elaboratore creato indipendentemente⁽⁸⁶⁾.

Affinché si possa giovare dell’eccezione è necessario che: *a)* gli atti siano realizzati da chi ha diritto di utilizzare la copia del programma o da soggetto autorizzato; *b)* le informazioni così ottenute non debbano già essere disponibili ai soggetti anzidetti; *c)* riproduzione e traduzione vanno limitate alle parti del programma originale funzionali al raggiungimento dell’interoperabilità⁽⁸⁷⁾.

Si tratta, per la verità, di un’eccezione che va interpretata senza pregiudicare irragionevolmente i legittimi interessi del detentore dei diritti e nel senso che non contrasti con lo sfruttamento del programma per elaboratore.

Nell’ambito della direttiva banche dati⁽⁸⁸⁾ le eccezioni al diritto d’autore

⁽⁸³⁾ *Ibidem*, Considerando 42. Si consideri anche la locuzione «scopo non commerciale perseguito», art. 5, c. 3, lett. *a)*.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, art. 5, c. 3 lett. *a)*. Si consideri il rapporto la finalità illustrativa della direttiva e l’espressione “illustration for teaching” della Convenzione di Berna, inoltre la facoltà degli Stati di introdurre eccezioni con riguardo all’attività di informazione a mezzo stampa e gli artt. 10 e 10-*bis* della Convenzione.

⁽⁸⁵⁾ Direttiva 91/250/CE del Consiglio del 14 maggio 1991, sulla protezione legale dei programmi per elaboratore, come sostituita dalla direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in G.U.U.E., 5 maggio 2009, L111/16.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, art. 6.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, art. 6, 1° e 2° comma.

⁽⁸⁸⁾ Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, G.U.C.E., 27 marzo 1996, L77/20. Ai sensi dell’art. 5 rispetto agli atti soggetti a restrizioni: «L’autore di una banca di dati gode, per quanto concerne la forma espressiva di tale banca tutelabile mediante il diritto d’autore, del diritto esclusivo di eseguire o autorizzare: a) la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, con qualsiasi mezzo e in qualsivoglia forma; b) la traduzione, l’adattamento, una diversa disposizione e ogni altra modifica; c) qualsiasi forma di distribuzione al

operano ad un duplice livello: rispetto all'opera banca dati e riguardo al diritto *sui generis*⁽⁸⁹⁾. Con riferimento a quest'ultimo, occorre evidenziare il carattere restrittivo delle limitazioni e la delimitazione dei diritti e obblighi degli utenti legittimi⁽⁹⁰⁾.

A livello nazionale la l.d.a. destina il Titolo I, Capo V, artt. 65-71-*decies* alle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore: un nucleo di disposizioni che ha grandemente risentito l'avvento della tecnologia digitale e delle reti telematiche.

Ciò che risulta in prima battuta è che le limitazioni hanno il carattere dell'eccezionalità e operano al di fuori dell'ambito negoziale. Nonostante le influenze esterofile, il legislatore ha trasposto solo alcune delle limitazioni europee e internazionali, mentre sul versante giurisprudenziale si è sempre proceduto ad una valutazione economica circa le conseguenze della riproduzione digitale.

In particolare, meritano attenzione le eccezioni di cui all'art. 70 l.d.a. relative alla citazione e riassunto per fini di critica, insegnamento e ricerca e

pubblico dell'originale o di copie della banca di dati. La prima vendita di una copia di una banca di dati nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di controllare all'interno della Comunità le vendite successive della copia; d) qualsiasi comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico; e) qualsiasi riproduzione, distribuzione, comunicazione, presentazione o dimostrazione in pubblico dei risultati delle operazioni di cui alla lettera b)».

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, art. 6. Al 2° comma della medesima disposizione: «Gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere limitazioni dei diritti di cui all'articolo 5 nei casi seguenti: a) allorché si tratta di una riproduzione per fini privati di una banca di dati non elettronica; b) allorché l'impiego ha esclusivamente finalità didattiche o di ricerca scientifica, sempreché si indichi la fonte, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito; c) allorché si tratta di impieghi per fini di sicurezza pubblica o per effetto di una procedura amministrativa o giurisdizionale; d) allorché si tratta di altre deroghe al diritto d'autore tradizionalmente contemplate dal diritto interno, fatte salve le disposizioni delle lettere a), b) e c)». Prosegue il c. 3 «Conformemente alla convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche, il presente articolo non può essere interpretato in modo da consentire che la sua applicazione arrechi indebitamente pregiudizio ai legittimi interessi del titolare del diritto o entri in conflitto con il normale impiego della banca di dati».

⁽⁹⁰⁾ Il Considerando 34 della direttiva banche dati si riferisce all'utente legittimo come a quell'utente cui è messa a disposizione una copia della banca dati: «detto utente legittimo deve poter accedere alla banca dati ed utilizzarla per gli scopi e in base alle modalità definite nell'accordo concluso con il titolare dei diritti, anche se tale accesso ed impiego richiedono l'esecuzione di atti in via di principio soggetti a restrizioni».

pubblicazione in internet di immagini e musiche degradate. Questa disposizione, che introduce un limite quantitativo alla riproduzione, prevede che la citazione, il riassunto o la riproduzione debbano in ogni caso essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, nel caso di traduzioni del traduttore, quando le medesime indicazioni sono presenti sull'opera riprodotta⁽⁹¹⁾.

Rispetto alla rete internet, l'art. 70, comma 1-*bis* consente la libera pubblicazione attraverso il *world wide web*, a titolo gratuito, di immagini e musiche a condizione che ciò avvenga con una riproduzione a bassa risoluzione o in modalità degradata, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro. L'aspetto di sicuro più interessante è la specificazione che debba trattarsi di immagini e musiche degradate che, da un punto di vista tecnologico, comporta una copia con risoluzione più bassa rispetto all'originale. In ambito digitale, il degradare si riferisce ad un file contenente minori informazioni e percepibile, al momento dell'ascolto o visualizzazione, nella mancanza di particolari e definizione. Di fatto, ciò realizzerebbe una riproduzione tecnicamente solo parziale. Le finalità illustrative e uso didattico, nonché lo scopo non commerciale perseguito, giustificano anche il riassunto, la citazione, la riproduzione, la traduzione e l'adattamento di brani o di parti di opere e di altri materiali e la loro comunicazione al pubblico se effettuati con mezzi digitali⁽⁹²⁾.

5. — Open Access e Copyright.

Non rappresenta un'eccezione o una limitazione al diritto d'autore l'*Open Access* che costituisce, invece, una componente del concetto di *Open*

⁽⁹¹⁾ L.d.a. art. 70, 3° comma.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, art. 70-*bis*. La disposizione specifica la responsabilità dell'istituto di istruzione e la limitazione spaziale ai locali o ambiente elettronico sicuro, accessibili solo al personale docente dell'istituto o ad alunni o studenti iscritti al corso di studi in cui le opere o gli altri materiali sono utilizzati. Il 2° comma ribadisce la necessità della citazione del titolo dell'opera, nomi dell'autore, dell'editore e del traduttore che figurano sull'opera.

Science e, in senso più ampio, una delle espressioni più significative della cultura di *openness*.

L'*Open Science* (versione anglosassone del movimento noto come Scienza Aperta) indica un approccio diverso nella gestione della conoscenza distinguendosi dal modello chiuso proprietario⁽⁹³⁾. Esso propugna la condivisione e l'accesso gratuito, l'interoperabilità e l'affermarsi di diritti di riutilizzo.

Entro il perimetro di *Open Science*, l'*Open Access* identifica la prospettiva di apertura dei risultati della ricerca mediante l'eliminazione di barriere tecniche e giuridiche alle pubblicazioni e condivisione dei dati.

Partendo dall'assunto in base al quale la conoscenza si diffonde mediante una conversazione globale, l'*Open Access* si fonda su principi secondo i quali la comunicazione scientifica è unica, aperta e incrementale, mentre i risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici devono essere pubblicamente disponibili⁽⁹⁴⁾.

Questa diversa impostazione ha alimentato nei detrattori dell'*Open Access* l'erronea convinzione che la diffusione aperta non sia compatibile con il diritto d'autore perché la prima andrebbe a ledere il carattere dell'esclusività e contrasterebbe con le prerogative proprietarie che discendono dal secondo. In realtà simile contestazione è confutabile da almeno due punti di vista. In primo luogo, e a ben vedere, la creazione dell'opera fa sorgere in capo all'autore la paternità della stessa: una tutela all'integrità morale talmente forte che, come si è visto, implica la facoltà di ritiro dalla circolazione (diritto morale d'autore). Secondariamente, anche l'argomentare l'incompatibilità tra *Open Access* e diritto d'autore in base ai parametri dell'integrità della ricerca non pare agevole. Infatti, la libertà di circolazione dei contenuti innesca una

⁽⁹³⁾ UNESCO, *Recommendation on Open Science*, Parigi, 9-24 Novembre 2021 consultabile in unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949.locale=en. Rispetto al contesto italiano si veda Ministero della Ricerca (MUR), *Piano nazionale della Scienza Aperta* (PNSA) in attuazione del d.m. 28 febbraio 2022, n. 268, consultabile in www.mur.gov.it/sites/default/files/2022-06/Piano_Nazionale_per_la_Scienza_Aperta.pdf.

⁽⁹⁴⁾ Nel panorama normativo italiano si veda art. 4, l. 7 ottobre 2013, n.112, di conversione con modificazioni del d.l. 8 agosto 2013, n. 91, recante disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo, G.U. 8 ottobre 2013, n. 236.

condotta etica secondo la quale chi utilizza l'opera è sempre tenuto ad attribuire la paternità intellettuale della medesima e citare la fonte. Ciò comporta che lo scopo responsabile/responsabilizzante dell'*Open Access* sia ontologicamente contrario all'idea di plagio.

Rispetto al nucleo del diritto patrimoniale d'autore, più precisamente il diritto esclusivo allo sfruttamento nelle sue molteplici forme, l'*Open Access* rappresenta una modalità di esercizio del diritto d'autore in quanto consiste nella scelta di garantire l'accessibilità all'opera e contemporaneamente ritenere per sé alcuni diritti mediante la concessione di licenze. Tramite l'*Open Access*, l'autore acconsente alla riproduzione, distribuzione, comunicazione al pubblico del suo lavoro come realizzato, ovvero in forma modificata, solo per finalità determinate che possono essere o non essere commerciali.

L'*Open Access* non comporta il venir meno della titolarità dei diritti morali e patrimoniali da parte dell'autore, ma costituisce una forma di fruizione in base alla quale il medesimo si impegna a non ostacolare l'accesso libero all'opera e alle eventuali utilizzazioni espressamente autorizzate.

Rispetto all'oggetto dell'*Open Access*, è da rilevare come esso sia più ampio rispetto a quello del diritto d'autore mentre e, con riferimento alle attività scientifiche, è importante intendersi sul significato di "sapere scientifico". In effetti, quest'ultima nozione comprende molte categorie di opere ascrivibili al diritto d'autore, si pensi alle opere letterarie (come articoli, monografie, atti di convegni, trattati, manuali e saggi) anche dotate di parte illustrativa (immagini come fotografie, diagrammi, grafici e mappe geografiche) e nel caso in cui le parti figurative non siano semplici accessori al testo, bensì rappresentazione del lavoro scientifico. Rispetto ai dati scientifici, quando atomisticamente considerati, essi sono porzioni di informazioni non ricompresi nella disciplina del diritto d'autore. I medesimi sono tutelabili solo quando organizzati in una banca dati e, per questo, oggetto del diritto *sui generis*⁽⁹⁵⁾.

L'applicabilità dell'*Open Access* ai dati comporta, tuttavia, il rispetto di parametri per la loro gestione: i principi FAIR (acronimo di *Findable, Accessible,*

⁽⁹⁵⁾ Rispetto alla disciplina del segreto industriale, l'*Open Access* sembra essere più marcatamente intervenuto nell'ambito della confidenzialità e degli accordi di non divulgazione in ragione della necessità di rendere noti i risultati della comunità scientifica.

Interoperable, Reusable)⁽⁹⁶⁾ hanno lo scopo di orientare lo sfruttamento di una enorme e complessa quantità di dati che, velocemente creati mediante supporti elettronici, richiedono il minimo intervento umano.

L'operatività dei principi FAIR si è andata via via estendendo, riguardando non soltanto i dati bensì oggetti digitali, metadati e infrastrutture. In questo contesto, è particolarmente degna di nota, la distinzione tra dati FAIR e dati aperti, poiché, in effetti, mentre questi secondi sono condivisibili, condivisi e liberamente utilizzabili, i primi, che pur seguono buone pratiche per la condivisione dei dati, rispettano le restrizioni imposte dalla tipologia del dato, quando ad esempio si tratta di informazioni personali, oppure sono assoggettabili a *copyright* ovvero tutelabili da segreti industriali o brevetti.

Rispetto a queste matrici conoscitive, l'obiettivo principale dell'*Open Access* è l'eliminazione di barriere tecniche, giuridiche ed economiche che impediscono la divulgazione al pubblico, aprendo la possibilità del riutilizzo dei risultati della ricerca scientifica. Questo regime di apertura è stato ben analizzato dalla dottrina che, per l'appunto, lo descrive come «un approccio alla disseminazione della conoscenza [che] esprime libera disponibilità online di contenuti digitali in generale e coinvolge l'insieme

⁽⁹⁶⁾ Elaborati da un gruppo di ricercatori, enti finanziatori, editori e istituzioni di ricerca, i principi FAIR operano in tema di utilizzo dei dati della ricerca favorendone la qualità, il riutilizzo, la conservazione e i servizi collegati. Essi non costituiscono di per sé stessi uno standard, ma rappresentano il fondamento di pratiche e strategie per garantire che il materiale digitale sia: *Findable* (rintracciabile): gli esseri umani e le macchine devono essere in grado di rintracciare i dati attraverso il recupero automatico e l'impiego di identificatori come ad esempio DOI, URN e metadati descrittivi che sono registrati in *repository* indicizzabili o cataloghi; *Accessible* (accessibile): accessibilità dei dati e metadati comporta l'impiego di meccanismi di autorizzazione e autenticazione mediante protocolli standardizzati. Anche se i dati non sono in formato *open*, i metadati dovrebbero rimanere rintracciabili; *Interoperable* (interoperabile): i dati e metadati sono integrati, combinati, utilizzati e resi interpretabili con altri strumenti; *Reusable* (riutilizzabile): dati e metadati sono replicati e combinati in diversi modi e contesti di ricerca. Affinché ciò avvenga, essi devono essere documentati e descritti in modo che la loro qualità permanga nei molteplici riusi. Il riutilizzo di dati e metadati dovrebbe essere stabilito da licenze chiare e accessibili.

della conoscenza e della creatività liberamente utilizzabile, in quanto non coperta da restrizioni di natura giuridica e tecnologica»⁽⁹⁷⁾.

Con riferimento alla letteratura *Open Access* ne sono connotati: l'accesso gratuito alla lettura e altre facoltà come scaricare, copiare, distribuire e stampare, nonché effettuare link a testi completi di opere, indicizzarli e utilizzarli per scopi leciti. Ciò, inoltre, non è incompatibile con il processo di referaggio (*peer review*) che, al contrario, è ben presente nella modalità di accesso aperto e contribuisce alla circolazione di letteratura scientifica e accademica *Open Access* di qualità.

Le opere *Open Access* sono fruite e valorizzate attraverso un modello che le rende disponibili *online* in maniera immediata e gratuita ciò, naturalmente, non in alternativa alle tradizionali pubblicazioni commerciali. La versione *Open Access* è complementare e aggiuntiva.

Ne deriva che, l'istituto del diritto d'autore più direttamente coinvolto dall'utilizzo di *Open Access* sia il contratto di edizione, quando ad essere oggetto di disciplina siano le pubblicazioni delle opere scientifiche. Infatti, la pubblicazione *Open Access* interseca l'editoria tradizionale, soprattutto rispetto alla titolarità di alcuni diritti riservati agli autori. L'*Open Access* non comporta di per sé stesso uno stravolgimento delle abitudini di pubblicazione degli autore che, in effetti, possono continuare a riferirsi agli editori tradizionali. L'aspetto ulteriore che richiede l'*Open Access* è l'accordarsi con gli editori in merito a cosa e come disciplinare la modalità aperta del proprio lavoro.

A tal fine, giova chiarire come la pubblicazione *Open Access* possa avvenire attraverso due modalità:

La *Gold Road*: si tratta di una modalità di accesso aperto che si realizza con la pubblicazione su una rivista *Open Access, peer reviewed*, accessibile a tutti e senza abbonamento.

I costi della pubblicazione possono essere gestiti diversamente: a) totale gratuità per chi legge e scrive; b) gratuità per chi legge ma pagamento di un costo di pubblicazione per chi scrive, le cd *Article Processing Charges-APC*, corrisposto o dal singolo ricercatore o dall'ente di ricerca; c) riviste ibride

⁽⁹⁷⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, cit., p. 70.

per cui è richiesto l'abbonamento per l'accesso alla rivista e *Open Access* per singolo articolo con pagamento delle APC⁽⁹⁸⁾.

La *Green Road*: è una modalità di accesso aperto mediante auto-archiviazione delle pubblicazioni usufruendo di archivi istituzionali o disciplinari ad accesso aperto. Gli autori possono pubblicare con i propri editori secondo meccanismi tradizionali ma, allo stesso tempo, depositano una versione della loro opera. Ciò deve avvenire nel rispetto degli accordi con gli editori che spesso specificano la versione da depositare (c.d. *versioning*). Si può trattare, infatti, di *pre-print* ovvero, se concesso dagli editori, della versione editoriale.

Nel tempo è divenuto piuttosto frequente l'impiego dei cd *addenda* ai contratti editoriali, cioè contratti addizionali rispetto a quelli di edizione, il cui scopo è riservare all'autore i diritti che gli consentono il riutilizzo dell'opera. L'autore può concordare con l'editore la riproduzione e la divulgazione per finalità didattiche o di ricerca; la pubblicazione dell'opera su siti personali e/o istituzionali e il deposito in archivi istituzionali ad accesso aperto; la riproduzione di opere derivate a scopo didattico.

6. — *Le licenze.*

L'istituto della licenza (dal latino *licere*: permettere) è centrale nell'affrontare le questioni riguardanti i diritti sulle opere creative tutelate dal diritto d'autore e fruibili in modalità *open*. L'utilizzo di opere soggette a *copyright* spesso implica la presenza di una licenza che disciplina il rapporto libertà/condizioni: l'autore, infatti, concede talune libertà e impone determinate condizioni per l'utilizzo in base alle circostanze di fruizione. Nell'esprimere un permesso all'utilizzo dell'opera, la licenza consente al licenziante (titolare dei diritti sull'opera) di stabilire delle condizioni nei confronti dei licenziatari (potenziali utilizzatori).

Come sopra accennato, è nell'ambito del *software* libero che il modello di licenze (*licensing*) nasce e si evolve, per poi estendersi progressivamente alla

⁽⁹⁸⁾ Le riviste ibride comportano sia il pagamento del singolo articolo sia il pagamento dell'abbonamento della rivista (c.d. *double dipping*).

creatività umana in altri ambiti. L'avvento e l'espansione di internet hanno, infatti, comportato nei primi anni 2000, la nascita di licenze "contenuti aperti" (*open content*) predisposte sul modello delle licenze di *software* libero. Questa tipologia di licenze, rendendo concretamente possibile la diffusione di creatività, rappresenta un'alternativa ai circuiti di distribuzione e pubblicazione delle opere, in primo luogo quelli offerti dall'editoria tradizionale.

Attualmente le licenze *Creative Commons* sono le più diffuse e, ad esclusione del *software*, sono sostanzialmente utilizzabili per tutti i tipi di opere creative.

Le licenze *Creative Commons* nascono su ispirazione del modello *copyleft* e, per l'appunto, il loro scopo è quello di diffondere contenuti mediante nuovi strumenti compatibili con le esigenze della rete.

Le licenze *Creative Commons* sono il risultato di un modello di gestione dei diritti d'autore che indica agli utilizzatori come l'opera possa essere fruita bilanciando il rigido regime del copyright "*all rights reserved*" e quello di pubblico dominio "*No rights reserved*". In questo caso, solo alcuni diritti sono riservati "*some rights reserved*" e le licenze *Creative Commons* sono rappresentate graficamente con la sigla "CC".

Rispetto alla struttura, una licenza *Creative Commons* consta di tre livelli:

- a) la licenza vera e propria con il testo completo del regime di circolazione, il documento giuridicamente vincolante tra le parti e disponibile nelle principali lingue (*legal code*);
- b) la sintesi delle facoltà concesse al potenziale utilizzatore, espressa attraverso simboli facilmente interpretabili (*creative commons deed*);
- c) il formato leggibile dai sistemi *software*, motori di ricerca e altri mezzi tecnologici che riassume le libertà chiave e gli obblighi⁽⁹⁹⁾ (*digital code*).

Le licenze *Creative Commons* si articolano mediante la composizione di quattro *standard* di *licensing* messi a disposizione:

Attribuzione (Attribution): la licenza pone come unica condizione l'attribuzione della paternità all'autore originario e permette ampia libertà di utilizzo

⁽⁹⁹⁾ Ciò rende possibile l'automazione della selezione delle opere quando le medesime sono indicizzate, identificate e catalogate tramite motori di ricerca.

dell'opera, possibilità di modifica e realizzazione di opere derivate, anche per scopi commerciali. La rappresentazione della licenza è la sigla BY.

Condividi allo stesso modo (Share Alike): la licenza prevede il riconoscimento della paternità dell'autore originario aggiungendo la condizione che in caso di opere derivate le stesse vengano rilasciate con questa stessa licenza. Ne deriva che l'opera originaria e quella derivata (e successive opere derivate) soggiacciono alle medesime libertà di utilizzo. È possibile copiare, distribuire, visualizzare ed eseguire modifiche. La licenza è indicata con la sigla SA.

No opere derivate (No Derivatives): la licenza consente ampia libertà di riutilizzo, tuttavia non permette la realizzazione di opere derivate. In ragione del fatto che l'apporto personale dell'autore è la principale caratteristica dell'opera, non è possibile distribuire opere derivate da quella originale. La rappresentazione della licenza è la sigla ND.

Non commerciale (Non Commercial): la licenza non permette l'utilizzo per finalità commerciali pur consentendo la copia, distribuzione, esecuzione di copia e lavori derivati per scopi non commerciali. La licenza è indicata con la sigla NC.

I diversi termini di licenza possono dar vita a combinazioni come:

Attribuzione BY; Attribuzione-Non opere derivate BY-ND; Attribuzione-Non commerciale-non opere derivate BY-NC-ND; Attribuzione-Non Commerciale BY-NC; Attribuzione-Non Commerciale-Condividi allo stesso modo BY-NC-SA; Attribuzione-Condividi allo stesso modo BY-SA.

La compatibilità delle licenze *Creative Commons* al modello *Open Access* non è automatica essendo, invece, necessario che siano presenti e rispettati i presupposti declinati dalla Dichiarazione di Berlino: «l'autore(i) ed il detentore(i) dei diritti relativi al contributo garantiscano a tutti gli utilizzatori il diritto d'accesso gratuito, irrevocabile ed universale e l'autorizzazione a riprodurlo, utilizzarlo, distribuirlo, trasmetterlo e mostrarlo pubblicamente e a produrre e distribuire lavori da esso derivati in ogni formato digitale per ogni scopo responsabile, soggetto all'attribuzione autentica della paternità intellettuale»⁽¹⁰⁰⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Dichiarazione di Berlino, Accesso aperto alla letteratura scientifica, 2003, consultabile in openaccess.mpg.de/67682/BerlinDeclaration_it.pdf. Il documento, cui hanno aderito

Ne consegue che, sulla base dei termini di uso che si intende concedere, vi è una difformità tra il *proprium* dell'*Open Access* e i modelli di licenza *No-derivatives* e *Non-commercial*.

Rispetto ai dati, il tema dell'apertura è particolarmente collegato alla libera disponibilità dei risultati della ricerca sui quali la comunità scientifica fonda le proprie argomentazioni e di cui la società civile si avvantaggia beneficiando del progresso della scienza.

Ciò ha comportato che a partire dagli anni 2000 si sia incominciato a parlare della necessità di strategie per gli *Open Science Data* o *Open Research Data* segnalando come le licenze *Creative Commons* potessero non adattarsi né a gestire il diritto *sui generis* delle banche dati né la condivisione dei dati della ricerca scientifica.

Con riferimento alle banche dati, *Creative Commons* ha aggiornato la versione delle proprie licenze inserendo anche il diritto *sui generis* tra quelli concessi con la licenza (versione 4.0). Merita particolare attenzione, ed è richiamata dalla dottrina come esperienza complementare alle licenze *Creative Commons*, il catalogo di licenze propugnato dal progetto *Open Data Commons* (ODC)⁽¹⁰¹⁾. Queste ultime, ispirate alle licenze *Creative Commons*, sono funzionali alla concessione di licenze di contenuti e banche dati tu-

università, enti di ricerca, enti finanziatori di ricerca, archivi, musei, fondazioni, società professionali europei e nel mondo, ha come obiettivo la promozione e disseminazione della conoscenza umana garantendo un accesso universale, affrontando altresì, le sfide di *Internet* nella diffusione. Ulteriori documenti significativi nell'evoluzione dell'*Open Access* sono la Dichiarazione della *Budapest Open Access Initiative* 2002 (www.budapestopenaccessinitiative.org/) e il *Bethesda Statement sull'Open Access Publishing* 2003 (legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm). Per l'azione europea di promozione dell'*Open Access* si vedano: Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso un accesso migliore alle informazioni scientifiche: aumentare i benefici dell'investimento pubblico nella ricerca*, Bruxelles, 17.7.2012, COM(2014)401 final; *Raccomandazione della Commissione sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione*, 17 luglio 2012, in G.U.U.E. 21 luglio 2012, L194/39; *Raccomandazione (UE)2018/790 della Commissione sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione*, 25 aprile 2018, in G.U.U.E., 31 maggio 2018, L134/12.

⁽¹⁰¹⁾ Si veda *Open Data Commons*: opendatacommons.org/.

telati dal diritto d'autore e dalla normativa europea sulle banche dati⁽¹⁰²⁾.

Sia nell'ambito delle *Creative Commons* che nell'ODC operano talune opzioni di rinuncia al diritto d'autore e al diritto *sui generis*. Ciò avviene nei casi di *Creative Commons Zero* (CC0) e *Open Data Commons Public Dedication License* (ODC-PDDL) che, quando applicate, comportano il dominio pubblico dell'opera. Tuttavia, e come ben evidenziato in dottrina, questo dominio pubblico artificiale non è diretta conseguenza della licenza bensì, tecnicamente parlando, si tratterebbe di una rinuncia (*waiver*) senza che vi sia alcun rapporto giuridico tra creatore/autore e utilizzatori⁽¹⁰³⁾.

7. — *Conclusioni.*

Lo studio condotto si pone nell'ottica di una più profonda riflessione sul rapporto tra diritto d'autore e *openness* segnalando come i meccanismi di base del primo possano trovare una più moderna ed etica articolazione nella seconda. In generale, e in virtù dello sviluppo sopra tracciato, non appare più sostenibile l'idiosincrasia di autori o editori rispetto ai profili giuridici della dialettica *copyright/openness*. E per vero, come già rilevato in dottrina, gli autori si trovano «tra l'incudine (obbligo statale o europeo di pubblicare in accesso aperto) e il martello (il contratto con l'editore che nega questo diritto)»⁽¹⁰⁴⁾. Inoltre, è lecito domandarsi se per sostenere le molteplici forme dell'*openness* (quali per l'appunto *Open Access* e *Open Science*) sia indispensabile una riforma del diritto d'autore o, comunque, sia necessario intervenire in materia, quantomeno, rispetto a profili di ripubblicazione ovvero trasformare drasticamente i sistemi di pubblicazione scientifica. Non può sfuggire, altresì, come dietro alla logica di qualsiasi processo di evoluzione in tal senso vi debba anche essere un nuovo approccio alle tematiche e agli attori coinvolti.

⁽¹⁰²⁾ P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, cit., p. 217.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*, p. 218.

⁽¹⁰⁴⁾ ROARS, *Scienza aperta: anche una questione di diritti d'autore*, 2023, consultabile in www.roars.it/scienza-aperta-anche-una-questione-di-diritti-d'autore/.

Il tema principale da trattare riguarda il rapporto tra proprietà e libertà e, più precisamente, come entrambe queste prerogative possano convivere nelle forme di condivisione delle opere dell'ingegno quali *Open Source* o *Creative Commons*. Queste ultime, infatti, consentono di far circolare programmi e conoscenza rendendo possibile liberarne l'accesso e la disponibilità. Rispetto agli autori, risuona quanto mai attuale la posizione di Kant che, infatti, aveva già delineato la figura dell'autore non più in virtù dell'affermazione della proprietà sull'opera ma in funzione della comunicazione al pubblico rispetto al quale dirigere il proprio lavoro⁽¹⁰⁵⁾. La modernità di questo pensiero si riscontra nella sua compatibilità con alcuni presupposti dell'*Open Science* e, più specificamente, la centralità del sapere rivolto alla comunità scientifica e la spinta alla cooperazione, che non è competizione, tra chi produce e chi usa (o riusa) la conoscenza. Da ultimo, appare rilevante sottolineare come nella relazione tra diritto d'autore-*openness* sia ormai determinante «il peso intrinseco delle novità tecnologiche sulle decisioni giuridiche»⁽¹⁰⁶⁾. Sebbene non vengano meno le istanze economiche in materia, sono, per la verità gli sviluppi tecnologici i nuovi *drivers* della conoscenza al punto tale da rendere indispensabili sistemi di tutela su base non e soltanto giuridica ma tecnologica.

⁽¹⁰⁵⁾ I. KANT, J.A.H. REIMARUS, J.G. FICHTE, *L'autore e i suoi diritti: scritti polemici sulla proprietà intellettuale*, a cura di R. Pozzo, Milano, 2005. Per una interessante analisi della figura dell'autore si veda anche B. DELLA GALA, *La "funzione autoriale" tra lotta politica e branding. Alcuni aspetti dei casi Wu Ming e Scrittura Industriale Collettiva*, in *Altre Modernità*, 2018, pp. 77-91.

⁽¹⁰⁶⁾ C. DE VECCHIS, P. TRANIELLO, *La proprietà del pensiero. Il diritto d'autore dal Settecento a oggi*, Roma, 2012, p. 174.

