

Report scientifico di analisi e comparazione delle eccezioni al diritto d'autore per usi didattici e dei principali modelli di licenze e accordi tra titolari dei diritti e istituti d'istruzione

La situazione italiana a confronto con le esperienze di alcuni Paesi dell'Unione Europea e degli Stati Uniti d'America

Giuseppe Mazziotti*

1. Introduzione

Con l'avvento della società dell'informazione è cambiato radicalmente il modo di trasmettere la conoscenza e il modo di insegnare avvalendosi di opere e creazioni altrui. E' ormai prassi consolidata per un docente e per un istituto d'istruzione mettere a disposizione degli studenti materiale didattico mediante posta elettronica altri sistemi di comunicazione telematica (siti Internet, pagine intranet, spazi di discussione virtuali, protocolli di trasferimento *file*, etc). Sono sempre più diffuse le forme d'istruzione e apprendimento a distanza (o *e-learning*), soprattutto a livello universitario, che permettono agli studenti di ricevere e utilizzare materiale didattico di vario genere (testi, contenuti musicali, audiovisivi, multimediali, etc) dovunque essi vogliano. Anche l'aula tradizionalmente intesa non è più la stessa da quando chi insegna si avvale di strumenti e metodi di comunicazione che conferiscono alla singola lezione frontale una dimensione illustrativa e interattiva mai avuta prima. Si pensi alla lettura, alla visione o all'ascolto in classe di estratti da opere letterarie, figurative, musicali, cinematografiche con il semplice ausilio di un elaboratore portatile, di un proiettore e, volendo, di una connessione a internet.

Le attività appena ricordate fanno sorgere delicate questioni legali ogni qualvolta il materiale utilizzato per fini didattici sia protetto da diritti d'autore spettanti a varie categorie di detentori: l'editore di un'opera letteraria, di un manuale o di un articolo scientifico; gli autori e interpreti di opere musicali e i produttori delle registrazioni che le incorporano; i produttori cinematografici e le emittenti radiotelevisive, etc. Il diritto d'autore, nelle varie declinazioni nazionali, conferisce esclusive che sottopongono la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione al pubblico, la traduzione, l'adattamento e l'elaborazione delle opere protette a un potere di autorizzazione riconosciuto ai rispettivi titolari. E nel passaggio dal mondo analogico a quello digitale l'oggetto di tali diritti ha subito un inevitabile processo di espansione poiché la copia, anche solo temporanea, è diventata una necessità tecnica (e cioè un atto ineludibile) per utilizzare, distribuire, trasmettere o

* *Assistant Professor*, University of Copenhagen, Faculty of Law; *Visiting Scholar* (2010/2011), Columbia Law School, New York. L'autore desidera ringraziare vivamente Elisabetta Pilia dell'Università di Sassari e Antonella De Robbio dell'Università di Padova per l'invito a intraprendere questo studio nell'ambito del progetto "La cultura del diritto d'autore", promosso dalla CRUI (Conferenza dei Rettori delle Università Italiane), dalla SIAE (Società Italiana Autori e Editori) e dall'AIE (Associazione Italiana Editori). Le opinioni espresse in questo scritto sono attribuibili esclusivamente all'autore, così come ogni eventuale errore, svista o imprecisione. Per qualsiasi commento o segnalazione si prega di prendere contatto con l'autore all'indirizzo di posta elettronica giuseppe.mazziotti@gmail.com.

modificare qualsiasi contenuto o informazione digitale. L'oggetto del diritto d'autore si è pertanto esteso al mero uso delle opere protette, che nel mondo analogico sfuggiva del tutto al controllo dei titolari dei diritti. Tutti i sistemi di diritto d'autore, però, con tecniche legislative che possono variare e molto l'una dall'altra, stabiliscono eccezioni nei casi in cui si ritenga opportuno o socialmente utile che un certo uso sia sottratto al potere di autorizzazione conferito al titolare dei vari diritti esclusivi appena ricordati. Come si vedrà, nelle regole poste dalle convenzioni internazionali è fondamentale per la legittimità di tali eccezioni che il legislatore nazionale fissi determinate condizioni d'uso per assicurare che il perseguimento di certe politiche pubbliche non finisca per svilire la funzione economica del diritto d'autore, limitandolo eccessivamente e ostacolando la formazione di nuovi modelli di mercato. Un sistema che intenda preservare la libertà d'insegnamento e incoraggiarne lo sviluppo, attraverso metodi e strumenti nuovi e sempre più efficaci, non può non accordare protezione e incentivi agli autori e, più in generale, all'industria culturale, senza il cui apporto molte opere indispensabili per la didattica non vedrebbero mai la luce. In un sistema del genere è pertanto opportuno identificare con quanta più precisione possibile il confine tra usi didattici *liberi* o comunque consentiti senza l'autorizzazione degli aventi diritto e altre utilizzazioni più estese e complesse che, al contrario, per essere pienamente legittime devono formare oggetto di compensazione economica a favore dei titolari dei diritti oppure essere autorizzate mediante licenze, tanto individuali quanto collettive.

Il presente studio esplora questa sottile linea di demarcazione nel diritto italiano che, in Europa, costituisce un caso difficile, se non addirittura isolato. Ciò poiché la legislazione italiana stabilisce un'eccezione specifica per la didattica che la giurisprudenza applica in maniera molto restrittiva e non ritiene passibile d'interpretazione analogica. Considerata tanta severità e puntualità, ci si aspetterebbe un ampio ricorso a licenze di utilizzazione idonee a disciplinare efficacemente attività non rientranti negli spazi stretti lasciati aperti dall'eccezione didattica esistente. E invece così non è: né i portatori d'interessi coinvolti né le istituzioni pubbliche competenti hanno sviluppato fino ad ora meccanismi di licenze o accordi (individuali o collettivi) in grado di legittimare utilizzazioni sempre più vaste di materiali protetti, soprattutto con l'ausilio di reti telematiche e piattaforme di *e-learning*. Gli usi didattici sono pertanto relegati a uno stato d'illegalità diffusa e d'incertezza insostenibile sia per i titolari dei diritti sia per il sistema d'istruzione pubblica italiana che, anche al più alto livello, il governo centrale finanzia con sempre minori risorse.¹ Vista la ristrettezza di mezzi sempre più accentuata, le scuole e le università pubbliche in Italia non sono più in grado di

¹ Va in questa direzione, da un punto di vista prettamente finanziario, la recentissima legge di riforma dell'università italiana, nota alle cronache come "riforma Gelmini" (dal nome del ministro proponente), al momento in fase di pubblicazione dopo essere stata promulgata dal Presidente della Repubblica: v. C. TUCCI, *Il Quirinale promulga la riforma Gelmini dell'università (con alcune osservazioni)*, Il Sole 24 Ore, 30 dicembre 2010, v. <http://ilsole24ore.com>.

acquisire risorse costose (per esempio, l'accesso a riviste scientifiche in formato elettronico o nuove collezioni di libri, dischi e film) e l'assenza di regole chiare in materia di utilizzazioni didattiche di opere protette limita fortemente la loro capacità di pianificazione e d'innovazione nell'insegnamento e nella ricerca. L'analisi muove dall'esame delle disposizioni che la legge italiana sul diritto d'autore² riserva alle eccezioni per le utilizzazioni didattiche prendendo altresì in considerazione regole e limiti dettati dalla direttiva europea 2001/29/CE³ e, a livello internazionale, dalla Convenzione di Berna e da altri accordi rilevanti per la proprietà artistica e letteraria (v. *infra*, §2).⁴ Un'analisi comparata delle eccezioni e delle licenze che consentono usi didattici di opere protette in altri paesi dell'Unione Europea e negli Stati Uniti svela soluzioni e modelli contrattuali (v. *infra*, §3) da cui questo studio trae spunto per valutare la situazione italiana nel suo complesso e proporre tanto al legislatore quanto alle parti interessate soluzioni concrete per uscire dall'attuale situazione di stallo (v. *infra*, §4).

2. Le utilizzazioni didattiche nel diritto italiano

L'Italia è tra quei paesi dell'Europa continentale che segue il modello del *droit d'auteur* francese e riconosce agli autori di opere dell'ingegno sia diritti economici sia diritti morali, questi ultimi considerati alla stregua di diritti della personalità (e quindi assoluti e inalienabili: si pensi al diritto alla paternità e all'integrità dell'opera di cui agli artt. 20 ss. LDA). Sul fronte dei diritti economici, in particolare, nella legge italiana sul diritto d'autore la considerazione del profondo legame tra l'autore e il frutto del suo lavoro creativo e la conseguente esigenza di protezione forte dell'opera si manifestano nel riconoscimento di diritti esclusivi molto ampi (v. artt. 12 ss. LDA) e di eccezioni molto puntuali e ristrette (v. 65 ss. LDA). L'ordinamento italiano, al pari degli altri sistemi europei, non conosce la dottrina del c.d. *fair use*, elaborata dai tribunali americani e poi codificata nel 1976 nel Copyright Act degli Stati Uniti per limitare l'oggetto del *copyright* in maniera pragmatica mediante criteri di valutazione aperti e flessibili delle utilizzazioni non autorizzate (v. *infra*, §3.1). Come si vedrà, il diritto italiano mette dei paletti molto più netti alle utilizzazioni non autorizzate e lo fa anche con riguardo alle utilizzazioni didattiche.

Nel diritto d'autore italiano le utilizzazioni delle opere dell'ingegno a fini didattici sono prese in considerazione dall'art. 70 LDA, che disciplina anche le utilizzazioni libere a fini di critica o di discussione e di ricerca scientifica. Nel presente lavoro si prenderanno in esame le sole utilizzazioni

² Legge 22 aprile 1941, n. 633, "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio" (e successive modificazioni e integrazioni), d'ora in avanti "LDA".

³ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, GUCE L 167 del 22 giugno 2001, pp. 10-19, disponibile sul sito <http://eu-lex.europa.eu>.

⁴ Convenzione di Berna per la protezione delle opere artistiche e letterarie (1886), disponibile, nel testo inglese, all'interno della sezione "Treaties" del sito dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale: <http://wipo.int>.

didattiche. Deve però rilevarsi come le disposizioni di cui ai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 70 si applichino tanto agli usi didattici quanto a quelli scientifici.⁵

Secondo l'art. 70, comma 1, sono liberi il riassunto, la citazione e la riproduzione di brani o di parti di brani e la loro comunicazione al pubblico "se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; e "se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica" e l'utilizzo avviene "per finalità illustrative e per fini non commerciali".⁶

Per effetto della disposizione di cui all'art. 70, comma 1-*bis*, è consentita inoltre la libera pubblicazione attraverso Internet "a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro".⁷

Come vedremo, infine, ricorrendo certe condizioni, sono rilevanti per le utilizzazioni didattiche anche le disposizioni applicabili alla fotocopia (art. 68) e alla riproduzione per uso privato di fonogrammi e videogrammi (art. 71-*sexies*).

2.1 Usi didattici per finalità illustrative e non commerciali

Nel 2003 l'Italia ha dato esecuzione alla nota direttiva europea 2001/29/CE, che riconosce agli Stati membri un'ampia facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico (armonizzati mediante gli artt. 2 e 3 della direttiva) allorché l'utilizzo abbia " ... esclusivamente finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica, sempreché, salvo in caso di impossibilità, si indichi la fonte, compreso il nome dell'autore, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito [...]".⁸ Nel dare esecuzione alla direttiva, il legislatore italiano è parso poco interessato a sviluppare il tema degli usi didattici nella società dell'informazione e, stante l'ampio spazio di manovra lasciato dalla direttiva, si è limitato a copiare la disposizione europea aggiungendo un riferimento alle finalità illustrative e non commerciali che il riassunto, la citazione o la riproduzione e comunicazione al pubblico di brani o di parti di brani

⁵ Quasi tutti i Paesi dell'Unione Europea sottopongono le utilizzazioni libere per finalità didattiche allo stesso regime giuridico delle utilizzazioni a fini di ricerca scientifica. Non mancano però eccezioni come quella del diritto d'autore tedesco, che per la comunicazione al pubblico di opere pubblicate e di singoli contributi da giornali o riviste riserva alle utilizzazioni a fini di ricerca scientifica un trattamento meno restrittivo: v. l'art. 52a della legge tedesca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*), che sottopone sia la comunicazione per usi didattici sia quella per usi scientifici a un diritto a compenso. Per un approfondimento sul punto, v. S. VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, Quaderni del dipartimento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento, 2009, pp. 141-148.

⁶ E' previsto che il riassunto, la citazione o la riproduzione di cui al primo comma debbano essere sempre accompagnati dalla menzione del titolo dell'opera, dei nomi dell'autore, dell'editore e, se si tratti di traduzione, del traduttore, qualora tali indicazioni figurino sull'opera riprodotta (art. 70, comma 3).

⁷ L'art. 70, comma 2, LDA aggiunge che è possibile riprodurre brani nelle antologie ad uso scolastico entro i limiti stabiliti per le opere in prosa, la poesia, le opere musicali e le opere cinematografiche dall'art. 22 del Regolamento per l'esecuzione della LDA, approvato con Regio Decreto 12 maggio 1942, n. 1369, a condizione che ai titolari dei diritti sia corrisposto un equo compenso. Per effetto della stessa disposizione, in assenza di accordo tra le parti, il compenso è determinato secondo criteri stabiliti dal Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'Istruzione e il Comitato consultivo permanente sul diritto d'autore in adunanza generale: v. D.P.C.M. 22 febbraio 1988 sul sito della SIAE: <http://siae.it>.

⁸ V. art. 5(3)(a) della Direttiva 2001/29/CE.

devono perseguire nell'insegnamento e nella ricerca scientifica all'interno dell'eccezione contenuta nell'art. 70 LDA.⁹ Prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 68/2003, l'art. 70 rendeva liberi il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o parti di opera nei limiti giustificati dalle finalità di critica, discussione e insegnamento. Ora, invece, la disposizione in oggetto esige che gli stessi atti, se compiuti per fini d'insegnamento, per costituire utilizzazioni libere debbano avere finalità illustrative e non commerciali e non debbano porsi in concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera.

2.1.1 L'art. 70 LDA e i limiti imposti alle eccezioni a livello internazionale e europeo

A seguito della modifica legislativa del 2003, l'eccezione di cui all'art. 70 è ancor più rigorosa e restrittiva dell'eccezione precedente e intende conformarsi, da un punto di vista lessicale, al dettato dell'art. 5(3)(a) della direttiva europea del 2001 e a quello dell'art.5(5), che ha introdotto il c.d. *three-step test* nel diritto comunitario.¹⁰ In realtà, il dato normativo europeo, profondamente influenzato dall'approccio internazionale alle eccezioni didattiche, dimostra che non c'era nessuna ragione di irrigidire ulteriormente la disciplina italiana, che anzi avrebbe avuto bisogno di una riforma in senso contrario, per estendere l'applicazione della norma alle possibilità d'insegnamento più moderne e attuali. Tanto l'art. 5(3)(a) della direttiva europea del 2001 quanto l'art. 10(2) della Convenzione di Berna, da cui il testo della direttiva prende spunto, riconoscono ai legislatori nazionali, nei rispettivi ambiti, la facoltà di permettere l'utilizzazione di opere letterarie o artistiche per fini didattici a condizione che tale utilizzazione sia fatta nella misura giustificata dallo scopo e conformemente alla *fair practice* (buoni usi). Tali norme paiono sufficientemente flessibili da consentire al legislatore nazionale di assecondare le esigenze d'insegnamento senza pregiudicare irragionevolmente gli interessi dei titolari dei diritti.¹¹ L'adozione di un termine neutro (*utilization* nella Convenzione di Berna; *use* nella direttiva europea) dimostra inoltre che eccezioni e limitazioni previste nelle legislazioni nazionali per fini d'insegnamento possono riguardare varie tipologie di utilizzazione, e quindi non soltanto la citazione o gli usi a questa assimilabili, cui la Convenzione dedica peraltro disposizioni specifiche.¹² Riferendosi a finalità d'illustrazione all'interno di pubblicazioni, trasmissioni o registrazioni audio o video per l'insegnamento ("by way of illustration in publications, broadcasts or sound or visual recordings for teaching"), l'art. 10(2) della

⁹ A seguito della modifica legislativa del 2003 (D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 68), l'art.70, comma 1, LDA dispone: "Il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali." (corsivo dell'autore)

¹⁰ Tecnicamente, l'art. 70 LDA stabilisce un'eccezione sia al diritto di riproduzione *ex art. 13 LDA* sia a quello di comunicazione al pubblico *ex art. 16 LDA*; e, nella più limitata ipotesi del riassunto, si atteggia a limitazione del diritto esclusivo di rielaborazione dell'opera *ex artt. 4 e 18 LDA*.

¹¹ S. VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, op. cit., pp. 197-198.

¹² V. artt. 10(1) e 10(3) della Convenzione di Berna.

Convenzione di Berna copre potenzialmente non soltanto le riproduzioni di opere letterarie, musicali e audiovisive ma anche la comunicazione e la messa a disposizione del pubblico di tali opere in tutti i formati possibili e con tutti i mezzi, anche digitali.¹³

Un **primo limite** alle riproduzioni e comunicazioni al pubblico di opere protette per finalità didattiche, che è sia quantitativo sia spazio-temporale, è imposto dal requisito delle finalità illustrative, ripreso ora fedelmente dall'art. 5(3)(a) della direttiva europea del 2001, che instaura una necessaria correlazione tra utilizzazioni libere e finalità d'illustrazione di ciò che s'insegna.¹⁴ Il requisito è stato introdotto nell'art. 10(2) della Convenzione di Berna in occasione della revisione di Stoccolma del 1967 che, in particolare, ha inteso restringere l'oggetto dell'eccezione sostituendo il riferimento, ritenuto troppo generico e permissivo, agli originali "fini didattici" del 1886 (*educational purposes*) con il requisito attuale del *fine illustrativo* per la didattica ('by way of illustration for teaching'). L'art. 10(2) attualmente vigente prevede quindi che le eccezioni nazionali sono permesse nella misura in cui gli usi esentati dall'oggetto dei diritti esclusivi siano compiuti per illustrare l'attività didattica nell'esclusivo ambito (soggettivo e oggettivo) da questa delineato. Ciò comporta che le eccezioni per usi didattici debbano applicarsi avendo riguardo a un preciso ambito soggettivo, e cioè a beneficio dei soli studenti, e a un altrettanto preciso ambito oggettivo, e cioè possano concernere soltanto opere che costituiscano l'argomento specifico di una lezione o di un corso, e non oltre.

Oltre al predetto limite delle finalità illustrative, intrinseco alle eccezioni per fini didattici, il quadro normativo internazionale ed europeo impone un **secondo limite**, estrinseco rispetto all'oggetto delle eccezioni per fini didattici e comune a tutte le eccezioni, e cioè il c.d. *three-step test*. Risalente anch'esso alla revisione di Stoccolma del 1967, l'attuale disposizione dell'art. 9(2) della Convenzione di Berna limita il diritto di riproduzione disponendo che "è riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di permettere la riproduzione delle predette opere in taluni casi speciali, purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera e non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore". Il *test* è stato ripreso in seguito in accordi internazionali concernenti il diritto d'autore, e cioè l'art. 13 dell'accordo TRIPS del 1994 e l'art 10(2) del WIPO Copyright Treaty del 1996, che lo hanno esteso esplicitamente agli altri diritti riconosciuti agli autori (e cioè i diritti di distribuzione e noleggio, comunicazione e messa a

¹³ R. XALABARDER, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia and Israel*, World Intellectual Property Organization (WIPO), Geneva, 5 November 2009, disponibile sul sito <http://wipo.int>, pp. 14-15.

¹⁴ R. XALABARDER, *Study on Copyright Exceptions and Limitations for Educational Activities*, op. cit., p. 15.

disposizione del pubblico).¹⁵ Il criterio base della specialità ("taluni casi speciali") obbliga i legislatori nazionali a definire le eccezioni in modo chiaro e con un oggetto specifico e limitato da un punto di vista sia quantitativo sia qualitativo. In particolare, commentatori autorevoli della disposizione ritengono che questo criterio abbia la funzione di obbligare le parti contraenti della Convenzione di Berna (e degli accordi internazionali successivi) a confinare l'oggetto delle eccezioni al diritto d'autore all'interno di tipologie ristrette di eccezioni giustificate da evidenti ragioni di politica pubblica o da qualche altra circostanza eccezionale.¹⁶ Il secondo criterio impone che gli usi consentiti dalle eccezioni non compromettano le fonti attuali e potenziali d'introiti per il titolare del diritto d'autore, *entrando in un rapporto di concorrenza* con le utilizzazioni da questi autorizzate. Nella letteratura sul punto, si sostiene che se il secondo criterio dello "sfruttamento normale" fosse applicato con riguardo a *tutte* le forme attuali e potenziali (cioè future) di utilizzazione commerciale delle opere protette si correrebbe il rischio di privare il *test* di un ambito di applicazione concreto, finendo per svuotarlo di contenuto.¹⁷ Per garantire un'applicazione bilanciata e utile del secondo criterio occorre rifarsi al suo intento originario, e cioè quello di evitare che le utilizzazioni libere di un'opera protetta possano entrare in un rapporto di concorrenza economica con le maggiori fonti di sfruttamento commerciale dell'opera.¹⁸ Il terzo criterio, infine, richiede che gli interessi del titolare del diritto sottesi al riconoscimento di diritti esclusivi, e quindi soprattutto interessi economici, non siano pregiudicati in modo *irragionevole* dalle eccezioni; ragion per cui si ritiene tradizionalmente che la previsione di un compenso a fronte delle utilizzazioni permesse da un'eccezione renda il pregiudizio *ragionevole* e riporti l'eccezione in linea con il terzo requisito del *test*.¹⁹ E' generalmente accettato che questi tre ordini di limiti, che costituiscono dunque lo *standard* internazionale di valutazione della legittimità delle eccezioni nella loro generalità, debbano essere applicati cumulativamente vista la loro interdipendenza e l'ordine d'importanza sotteso al *test*.²⁰

¹⁵ M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations, and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York 2004, p. 47; R. XALABARDER, *Study on Copyright Exceptions and Limitations*, op. cit., p. 23.

¹⁶ S. RICKETSON, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, London 1987, p. 535; H. COHEN JEHOAM, 'Restrictions on Copyright and their Abuse', *European Intellectual Property Review* 2005, 359, p. 361.

¹⁷ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres*, op. cit., p. 446; P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies, Il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 261; M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, op. cit., p. 181.

¹⁸ M. SENFTLEBEN, *ibidem*, p. 177. Le trascrizioni dei lavori preparatori della conferenza di Stoccolma del 1967, che ha riformato l'art. 9 della Convenzione di Berna, dimostrano che con il criterio dello "sfruttamento normale" s'intendeva non tanto riservare al titolare del diritto d'autore tutte le possibili forme di sfruttamento dell'opera, quanto preservare tutte le forme di sfruttamento che abbiano, o è probabile che abbiano, un'importanza pratica o economica considerevole.

¹⁹ H. COHEN JEHOAM, 'Restrictions on Copyright,' op. cit., p. 361; P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, op. cit., p. 264.

²⁰ Come chiarito nella letteratura rilevante, inoltre, il *test* coesiste senza interferenze con le disposizioni specifiche previste nella Convenzione di Berna in materia di eccezioni nell'art. 10: v. S. RICKETSON e J. GINSBURG, *The Berne*

L'unica decisione che, fino ad ora, ha interpretato e applicato il *test* a livello internazionale con riferimento al diritto d'autore è quella dell'organo per la risoluzione delle controversie costituito in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)²¹ per dirimere una controversia insorta tra Unione Europea e Stati Uniti d'America a proposito della compatibilità della Sezione 110(5) del Copyright Act americano con l'art. 13 dell'accordo TRIPS.²² Dopo aver confermato che i tre criteri del *test* devono applicarsi cumulativamente, il *Panel* dell'OMC si è limitato a una ricognizione di carattere squisitamente quantitativo delle due eccezioni previste dalla Sezione 110(5) del Copyright Act. Secondo l'analisi del *Panel*, non dovrebbe ritenersi legittima alcuna eccezione che danneggi in maniera significativa, in termini quantitativi, lo sfruttamento commerciale di un'opera protetta. Affinché un'eccezione sia legittima, in questa prospettiva, bisogna dimostrare che l'impatto dell'eccezione sul mercato dell'opera protetta sia limitato a circostanze eccezionali (in conformità con il primo criterio della specialità) mediante una vera e propria misurazione dell'impatto economico di ciascun'eccezione. Nel caso in esame, l'esenzione da responsabilità per l'amplificazione di musica trasmessa da radio e televisioni, di cui al paragrafo B della Sezione 110(5), non costituiva un caso speciale, bensì la regola, poiché finiva per applicarsi al settanta per cento dei ristoranti e dei locali che servono bevande e al quarantacinque per cento dei esercizi commerciali al dettaglio negli Stati Uniti e si poneva in conflitto con il diritto degli autori di autorizzare *qualsiasi* comunicazione al pubblico dell'esecuzione delle loro opere. Il *Panel* dell'OMC ha ritenuto così l'eccezione predetta in contrasto con l'art.13 dell'accordo TRIPS e, in particolare, con il primo requisito del *test*. Tante sono le critiche a quest'approccio, mosse soprattutto dai fautori di un'interpretazione *normativa* e non meramente quantitativa del *test*, ma è evidente che l'assenza di un obiettivo forte di politica pubblica che sorreggesse l'eccezione statunitense bocciata dall'OMC abbia incoraggiato un'interpretazione prettamente economica del criterio di specialità.²³ Come ben sintetizzato da Jane Ginsburg, non è detto che, nell'applicazione futura del *test*, l'approccio

Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, Oxford University Press, Oxford, New York 2006, §13.10; R. XALABARDER, *Study on Copyright Exceptions and Limitations*, op. cit., p. 26.

²¹ World Trade Organisation, United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act, Report of the Panel, WT/DS160/R, 15 June 2000.

²² La Sezione 110(5) del Copyright Act (U.S. Code, Title 17) prevede, rispettivamente, due tipologie di esenzioni: la prima esenzione (c.d. "homestyle"), prevista nel paragrafo (A), permette ai piccoli ristoranti e negozi di amplificare trasmissioni musicali senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti e senza il pagamento di un compenso, a condizione che essi utilizzino strumenti del tipo comunemente usato in abitazioni private ("homestyle equipment"); la seconda esenzione (c.d. "business"), prevista nel paragrafo (B), permette essenzialmente l'amplificazione delle trasmissioni musicali, senza l'autorizzazione e il pagamento di un compenso da parte di ristoranti, locali in cui si servono bevande e negozi, a condizione che la loro grandezza non ecceda una certa dimensione limite in termini di metri quadri. L'esenzione copre anche le trasmissioni musicali all'interno di stabilimenti più grandi nel caso in cui siano rispettati certi limiti riguardanti gli strumenti di amplificazione utilizzati.

²³ J. GINSBURG, 'Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions', (187) *RIDA* 2001, 17, p. 29.

quantitativo debba prevalere su quello qualitativo quando un'eccezione sia giustificata dal perseguimento di obiettivi di politica pubblica.²⁴

L'art. 5(5) della direttiva europea 2001/29/CE, riprendendo fedelmente il lessico della Convenzione di Berna e degli altri accordi internazionali sopra menzionati, ha introdotto il *three-step test* nel diritto dell'Unione Europea obbligando così gli Stati membri a rispettarlo non solo (e non tanto) nella codificazione del proprio diritto interno ma anche (e soprattutto) nelle pronunce giurisdizionali che interpretino e applichino qualsiasi eccezione al diritto d'autore.²⁵ Per gli Stati Membri dell'Unione Europea, dunque, il *three-step test* al momento non costituisce soltanto una serie di criteri interpretativi rivolta ai parlamenti nazionali quando legiferano in materia di eccezioni al diritto autore (criteri che tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea erano già obbligati a rispettare in virtù dell'adesione alla Convenzione di Berna e all'OMC); il *test* si pone altresì come *standard* di valutazione e di applicazione giurisdizionale delle eccezioni previste nel diritto interno in conformità con il catalogo di eccezioni (peraltro facoltative) previste nell'art. 5 della direttiva del 2001.²⁶

2.1.2 Interpretazione e funzione dell'art. 70 LDA nella giurisprudenza italiana

Come si è detto, la più importante disposizione del diritto italiano in materia di usi didattici, e cioè il primo comma dell'art. 70 LDA, incorpora ora fedelmente sia il requisito delle finalità illustrative sia il secondo gradino del *three-step test* (prevedendo che le utilizzazioni libere non debbano porsi in un rapporto di concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera). E' difficile però immaginare che l'adeguamento formale ai requisiti imposti dal diritto europeo, e l'attuale maggior rigore della disposizione da un punto di vista testuale, possano mettere le basi per un'interpretazione ancor più restrittiva dell'eccezione in esame. Infatti, già prima della modifica del 2003, la giurisprudenza italiana interpretava tassativamente i fini di critica, discussione e insegnamento, scartando interpretazioni della norma ritenute estensive.

La Corte di Cassazione ha sostenuto che le utilizzazioni libere di cui all'art. 70 LDA si pongono come eccezionali, e quindi di stretta interpretazione e non suscettibili di applicazione analogica, perché situate oltre le frontiere dell'esclusiva riservata all'autore.²⁷ Per la legittimità di tali utilizzazioni la giurisprudenza ritiene indispensabile l'esistenza di uno stretto legame tra l'opera d'arte citata o riprodotta e l'attività di critica, discussione e insegnamento svolta in concreto, a

²⁴ J. GINSBURG, 'Toward Supranational Copyright Law?', op. cit., p. 51.

²⁵ G. MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Springer, Berlino, 2008, pp. 84-86.

²⁶ Così S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Bruxelles 2005, pp. 439-441; L. GUIBAULT, *Le tir manqué de la Directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information*, Institute for Information Law, University of Amsterdam, Publications, disponibile alla pagina <http://ivir.nl>. §3.3; H. COHEN JEHOAM, 'Restrictions on Copyright and their Abuse', op. cit., p. 364; G. MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright Law*, op. cit., p. 86.

²⁷ V. Cass. civ., sez. I, 7.03.1997, n. 2089, *Diritto industriale* 1997, p. 812; e *Giurisprudenza italiana* 1998, p. 1191.

condizione che tale attività non si ponga in un rapporto di concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera. Per esempio, si è ritenuto sussistere tale rapporto nel caso della riproduzione senza autorizzazione di un'opera pittorica in un libro destinato alla commercializzazione, sebbene in ambito scolastico, e dunque non per finalità d'insegnamento, ma per finalità economiche di lucro;²⁸ oppure nel caso della riproduzione integrale di parti significative di un'opera in misura tale da sviare i lettori naturali dell'opera originale a vantaggio dell'imitatore successivo.²⁹ La citazione è ritenuta legittima, per esempio, nella misura in cui l'inserzione del testo altrui sia destinata a convalidare il discorso, o costituire la premessa per una confutazione o discussione o far parte di una vera e propria rassegna organizzata o infine servire a illustrare il discorso;³⁰ non sono pertanto ritenute citazioni legittime, in assenza di autorizzazione, le riproduzioni parziali di opere protette che non siano in connessione con l'attività di discussione, critica e insegnamento in sé considerata, come nel caso delle antologie oppure di riproduzioni a titolo meramente illustrativo.³¹

In materia di connessione tra utilizzazione dell'opera e oggetto dell'attività didattica, la Cassazione ha negato che la sussistenza del solo fine didattico possa far propendere per la libertà dell'utilizzazione *ex art. 70* quando si utilizzino opere musicali senza l'autorizzazione della SIAE all'interno di un processo produttivo d'impresa in cui tali opere siano scelte ed eseguite in base alla loro specificità artistica per l'insegnamento della danza in una scuola privata.³² Sempre la Cassazione riconosce un altro principio nell'applicazione dell'*art. 70 LDA* secondo cui, dato il riferimento della norma a "brani" o "parti di opera", la riproduzione o pubblicazione dell'opera è libera solo per le riproduzioni parziali e non per quelle che riproducono l'opera per intero, ancorché la riproduzione avvenga per scopo di critica, discussione, informazione e insegnamento. Per la Cassazione tali finalità non possono giustificare la violazione del diritto esclusivo dell'autore con conseguente annullamento o riduzione del relativo contenuto economico.³³ Inoltre, la giurisprudenza è pressoché unanime nel ritenere l'*art. 70 LDA* inapplicabile in tutti quei casi in cui la citazione a fini di critica, discussione o insegnamento comporti necessariamente la riproduzione integrale dell'opera, come nel caso della riproduzione di opere d'arte figurative in cataloghi per mostre e esposizioni³⁴ nonché di opere letterarie brevi o brevissime, quali i testi di canzoni³⁵ o di

²⁸ V. Trib. Milano 3.03.2003, *AIDA* 2004, p. 706.

²⁹ V. Trib. Milano 20.04.1993, *Dir. inf.* 1994, p. 45.

³⁰ V. Trib. Milano, 5.10.1993, *Il Diritto di Autore* 1994, p. 603.

³¹ *Ibidem.*

³² V. Cass. civ., sez. I, 1.09.1997, n. 8304, *Giurisprudenza italiana* 1998, p. 2329.

³³ V. Cass. civ., sez. I, 19.12.1996, n. 11343, *Foro italiano* 1997, I, p. 2555; Cass. civ., sez. I, 15.01.1992, *Dir. inf.* 1993, p. 97.

³⁴ V. App. Milano, 25.02.1997, *Il Diritto di Autore* 1998, p. 346; P. Torino, 15.07.1996, *AIDA* 1997, p. 762.

³⁵ V. Trib. Roma, 26.03.1999, *AIDA* 1999, p. 771.

brevi racconti o articoli pubblicati in raccolta.³⁶ Da ciò è lecito dedurre che lo stesso docente di storia della letteratura viola il diritto d'autore se copia o mette a disposizione degli studenti della sua classe un'opera breve, riprodotta nella sua interezza, mentre resta nell'ambito dell'art. 70 LDA, e quindi agisce legittimamente, quando compie gli stessi atti utilizzando un estratto, anche rilevante, da un'opera più lunga quale un romanzo o un pezzo di musica sinfonica.

A tutto ciò si aggiunga che l'art. 70 LDA prevede l'ulteriore condizione, introdotta nel 2003, dei **fini non commerciali** del riassunto, della citazione o della riproduzione o comunicazione al pubblico di brani o parti di opere che, in assenza di specificazioni da parte del legislatore nazionale, potrebbe portare all'esclusione dall'oggetto dell'eccezione di tutti quegli usi didattici delle opere protette che possano ritenersi direttamente o indirettamente commerciali senza però porsi in un rapporto di concorrenza con le utilizzazioni economiche dell'opera. Interpretando tale requisito alla lettera, non dovrebbe ritenersi legittima una citazione, riproduzione o comunicazione al pubblico (parziale) di un'opera protetta realizzata da un'università privata nella prestazione di un servizio didattico, frontale o a distanza, reso a fronte del pagamento di un corrispettivo per la frequenza dei corsi. In altri termini, se il requisito dei fini "non commerciali" non fosse in qualche modo assorbito in quello che impone la non concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera (come sembra opportuno), potrebbero non beneficiare delle libere utilizzazioni di cui all'art. 70 LDA tutti quei soggetti e quelle istituzioni che offrono attività didattiche in cambio di un compenso, anche minimo, e cioè la stragrande maggioranza degli istituti d'istruzione, pubblici e privati.

Il problema si pone nel diritto italiano perché la riforma dell'art. 70 LDA del 2003 si è limitata a copiare l'espressione "non commerciali" utilizzata nell'art. 5(3)(a) della direttiva 2001/29/CE senza tener conto dell'ulteriore avvertenza del *considerando* 42 della direttiva stessa. "Nell'applicare l'eccezione o la limitazione per finalità didattiche non commerciali e di ricerca scientifica, compreso l'apprendimento a distanza [...]", recita il *considerando* in questione, "[...] la natura non commerciale dell'attività in questione dovrebbe essere determinata dall'attività in quanto tale. La struttura organizzativa e i mezzi di finanziamento dell'organismo di cui trattasi non costituiscono i fattori decisivi a tal fine". La giurisprudenza potrebbe pertanto colmare la lacuna evidenziata sopra ritenendo sufficiente, per la liceità delle utilizzazioni didattiche, il rispetto dei requisiti delle finalità illustrative e dell'assenza di concorrenza economica tra le utilizzazioni didattiche poste in atto e le utilizzazioni economiche riservate al titolare del diritto, senza considerare decisivi i fattori della tipologia dell'istituzione che organizza l'attività didattica e delle sue forme di finanziamento. Ciò è auspicabile soprattutto in considerazione del fatto che l'art. 70 LDA - e questa è un'altra mancanza

³⁶ V. rispettivamente Trib. Milano, 20.04.1993, *Dir. inf.* 1994, p. 45; e Trib. Roma, 12.02.1992, *AIDA* 1992, p. 898. Nel caso delle opere figurative la Cassazione ritiene ammissibile la riproduzione fotografica parziale (il c.d. particolare) di un'opera pittorica: v. Cass. civ. sez. I, 19.12.1996, n. 11343, *Foro italiano* 1997, I, p. 2555.

grave - a differenza di altre disposizioni simili nelle legislazioni europee (v. *infra*, §3.1), non individua esplicitamente i beneficiari delle eccezioni per l'insegnamento e non fa distinzioni tra varie tipologie di istituzioni.

Con la modifica del 2003, pertanto, il regime dell'art.70, comma 1, LDA è diventato (se possibile) ancor più rigoroso del precedente, in uno scenario tecnologico completamente nuovo in cui gli insegnanti e gli istituti d'istruzione possono procedere con molta più facilità di prima a elaborazioni, citazioni e riproduzioni totali o parziali dell'opera per finalità illustrative sia in classe sia attraverso sistemi telematici che consentono loro di comunicare e interagire con i propri studenti. Si è sottolineato come l'applicazione delle eccezioni di cui all'art. 70 LDA, comma 1, fosse restrittiva nel vigore della precedente disposizione e che ora non c'è motivo per cui non debba continuare a esserlo. E' inevitabile, pertanto, che le attività di elaborazione, citazione e riproduzione di opere preesistenti, divenute di uso comune per i docenti grazie alla disponibilità di nuove tecnologie, quand'anche compiute per mere finalità illustrative e senza compromettere le utilizzazioni commerciali delle opere, siano a sempre a fortissimo rischio di illegittimità, soprattutto se aventi per oggetto categorie di opere per cui la giurisprudenza ritiene l'art. 70 LDA inapplicabile *tout court*, vista la necessità di procedere a riproduzioni integrali. Si pensi, per fare un esempio in ambito analogico, alla distribuzione in classe della fotocopia di una poesia o del testo di una canzone tratto da una raccolta oppure, più modernamente, al caricamento *online*, su una pagina *web* accessibile ai soli studenti attraverso una *password*, di una copia digitale di un'opera figurativa o di un breve brano musicale (anche se caricato soltanto in *streaming*). Anche con riguardo all'utilizzazione di opere di più vaste proporzioni, è evidente che il disposto dell'art. 70 LDA sia del tutto insufficiente a fare chiarezza tra potenziali utilizzatori per fini didattici e aventi diritto. Non è per nulla chiaro, per esempio, se la riproduzione e distribuzione, tanto in classe quanto per via telematica (posta elettronica, intranet) di estratti da un romanzo, da un film o da una rivista scientifica che siano di necessario o utile complemento a una certa lezione o a un corso, magari offerto a distanza, siano legittime senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore. Ciò poiché l'art. 70 LDA non individua i concreti beneficiari delle utilizzazioni didattiche libere né definisce i limiti spaziali e temporali di dette utilizzazioni. Per far ciò, la disposizione avrebbe dovuto estendere l'oggetto delle utilizzazioni libere previste con esclusivo riferimento all'ipotesi classica della lezione frontale per ricomprendere l'istruzione a distanza mediante l'aggiornamento e la definizione chiara della linea di confine tra uso *privato* (e comunque limitato all'ambito scolastico) e uso *pubblico* delle opere (v. *infra*, §2.3). Al tempo stesso, per equiparare la lezione frontale a quella a distanza, la norma dovrebbe sancire preferibilmente la libertà di riproduzioni di materiali protetti e dei relativi atti di

comunicazione in cerchie scolastiche ristrette, come per esempio un *network* chiuso e riservato agli studenti di un corso universitario.

2.2 Pubblicazione su Internet di musica e immagini a bassa risoluzione o degradate

All'estremo rigore e agli spazi angusti dell'eccezione di cui all'art. 70, comma 1, LDA fa da contraltare una singolare disposizione, dal lessico giuridicamente approssimativo e dal sapore libertario, che rende in teoria libera la pubblicazione attraverso Internet "a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro". La norma è stata introdotta nella LDA da una legge del gennaio 2008 composta di soli due articoli, il più importante dei quali conteneva nuove disposizioni concernenti alcuni aspetti di *governance* della Società Italiana Autori ed Editori (SIAE).³⁷ Con il secondo articolo si è introdotta l'eccezione in esame, dopo un'ampia discussione interna alla Commissione Cultura della Camera dei Deputati, il cui presidente dell'epoca, Pietro Folena, aveva più volte dichiarato di "voler rendere più libera dai paletti dei diritti d'autore la circolazione della musica".³⁸

L'emanazione e l'entrata in vigore della nuova disposizione ha scatenato un aspro dibattito tra i diversi portatori d'interessi, complice soprattutto l'imprecisione del lessico e la sua plateale incompletezza d'oggetto. La seconda parte della disposizione, infatti, rinvia la definizione dei limiti soggettivi e oggettivi degli usi didattici o scientifici a un "decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentiti il Ministro della pubblica istruzione e il Ministro dell'università e della ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti", che non è stato mai emanato e che probabilmente non lo sarà mai.³⁹ Presa alla lettera, la norma non poteva non accendere vane e illimitate speranze in un'ampia parte degli utenti italiani della rete. Anche a causa di notizie e commenti a dir poco estemporanei apparsi, prima e dopo l'emanazione della legge, oltre che su centinaia di siti Internet, anche sulla stampa più autorevole, il "popolo della rete" era indotto a ritenere verosimili scenari che, giuridicamente, non potevano esserlo. L'art. 70, comma 1-*bis*, secondo tali voci, avrebbe permesso la circolazione libera e illimitata di musica protetta da diritti d'autore in un formato a bassa risoluzione o "degradato" (perché compreso rispetto all'originale, come il formato mp3) a condizione che la pubblicazione sulla rete Internet, rigorosamente gratuita e non a scopo di lucro, avesse finalità didattiche o scientifiche. A tal proposito, si facevano esempi quali la pubblicazione della discografia di un autore a scopo di commento o recensione da parte di

³⁷ Legge 9 gennaio 2008, n. 2, "Disposizioni concernenti la Società italiana degli autori ed editori".

³⁸ A. LONGO, *Quel comma della legge italiana che "libera" gli mp3 su internet*, *La Repubblica*, 31 gennaio 2008, disponibile sul sito del quotidiano: v. <http://repubblica.it>.

³⁹ Questa è l'opinione espressa a chi scrive via posta elettronica, il 10 ottobre 2010, da Gianluigi Chiodaroli, presidente della Società Consortile Fonografici (v. <http://scfitalia.it>) all'epoca dell'entrata in vigore della disposizione in oggetto e fino al 20 aprile 2010.

un sito Internet oppure la creazione di una rete *peer-to-peer* dei conservatori di musica per mettere a disposizione degli allievi la musica a fini di studio senza tenere in considerazione tanto la sostanziale inapplicabilità della norma in assenza dei limiti fissati dal decreto attuativo quanto il quadro più ampio in cui la norma s'inseriva.⁴⁰

L'eccessivo ottimismo dei commentatori non teneva conto né dei limiti posti in generale alle eccezioni dal *three-step test* né dell'esplicito richiamo dell'art. 71-*nonies* LDA al secondo e al terzo requisito dello stesso *test* in tutti quei casi in cui le eccezioni si applichino ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in maniera interattiva ("in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente", come nel caso della pubblicazione di musica e immagini su un sito Internet o su una rete per la condivisione di contenuti).

Nella grande confusione sollevata dal dibattito e seguita all'approvazione della nuova norma, doveva intervenire sul proprio *blog* lo stesso presidente della commissione parlamentare che l'aveva elaborata per chiarire quale fosse stata la sua genesi e quali conclusioni applicative potevano prevedersi una volta emanato il decreto attuativo da parte del Ministro dei beni culturali (col parere favorevole dei ministri dell'istruzione e dell'università e delle commissioni parlamentari competenti: iter tutt'altro che agevole).⁴¹ Secondo Folena, l'art. 70, comma 1-*bis*, non era stato approvato per permettere la pubblicazione di musica o immagini protette dal diritto d'autore a fini di mera illustrazione, come si era sostenuto da più parti. Per la generalità dei contenuti protetti dal diritto d'autore - ricordava Folena, correttamente - è il primo comma dell'art. 70 LDA, intatto nella sua sfera applicativa anche a seguito dell'introduzione del comma 1-*bis*, a definire i confini degli usi didattici liberi, limitandoli al riassunto, alla citazione, alla riproduzione e alla comunicazione per fini di illustrazione non di un'opera nella sua interezza, come si è visto prima, ma solo di una sua parte. La nuova disposizione, secondo questa fonte, intendeva solo creare una "piccola - piccolissima, ma comunque importante - isola di libertà" a favore esclusivamente di siti o *blog* didattici per utilizzazioni integrali di musica o immagini che, visto il formato a bassa risoluzione o degradato, non sono in grado di porsi in un rapporto di concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera musicale o figurativa.⁴²

Il punto è che la limitazione oggettiva dell'eccezione a beneficio dei soli siti e *blog* didattici di scuole e università, conformemente al disegno di legge originaria, non trova alcun riscontro nel testo normativo approvato e attualmente vigente e dovrebbe inserirsi in un decreto attuativo

⁴⁰ V. A. LONGO, *Quel comma della legge italiana che "libera" gli mp3 su internet*, op. cit.

⁴¹ V. P. FOLENA, *Una risposta doverosa sul diritto d'autore*, 8 gennaio 2008, disponibile sul *blog* <http://pietrofolena.net>.

⁴² *Ibidem*.

fortemente osteggiato dalla SIAE e, ancor più, dall'industria discografica italiana. La FIMI (Federazione industria musicale italiana), non a torto, ritiene l'eccezione di cui all'art. 70, comma 1-*bis*, illegittima ed è assolutamente contraria all'emanazione di un decreto ministeriale che, tra l'altro, per la FIMI, autorizzando l'uso di registrazioni a bassa risoluzione o degradate dal punto di vista sonoro finirebbe per danneggiare la qualità e l'integrità dei contenuti e della produzione artistica, violando il diritto morale all'integrità delle opere protette di cui all'art. 20 LDA.⁴³

Decreto attuativo a parte, il più grande ostacolo alla concreta applicazione della disposizione in esame nella formulazione attuale resta il contrasto con il *three-step test*.⁴⁴ La mancata individuazione dei beneficiari (e cioè i siti e i *blog* gestiti dagli istituti di istruzione e dai docenti, come nel progetto di legge originario) e dell'ambito oggettivo di applicazione rendono l'eccezione troppo generica e quindi in contrasto con il primo gradino del *test*, mentre la possibilità di riproduzione integrale della registrazione musicale o dell'opera figurativa in formato degradato (qualsiasi cosa ciò significhi in concreto) in assenza di remunerazione o compenso è, rispettivamente, in conflitto con le modalità di sfruttamento normale delle opere (secondo gradino) e pregiudica irragionevolmente gli interessi legittimi oltre che i diritti morali all'integrità dell'opera dei titolari dei diritti (terzo gradino). La tesi dell'incompatibilità di una riproduzione e comunicazione al pubblico *integrale* di musica e immagini in formato a bassa risoluzione è avallata inoltre dall'orientamento recente della giurisprudenza di merito, secondo cui anche per la sola riproduzione di frammenti audiovisivi su YouTube senza l'autorizzazione dell'emittente televisiva titolare del diritto d'autore non valgono le eccezioni di cui all'art. 70 LDA;⁴⁵ figurarsi per una riproduzione integrale come quella presa in considerazione dall'art. 70, comma 1-*bis*.

Per concludere, visto il suo iter di approvazione insolitamente complesso, e il forte dissenso espresso soprattutto dalla SIAE e dall'industria discografica italiana fin dalla fase delle audizioni parlamentari, il decreto attuativo potrebbe non essere mai emanato; e anche se lo fosse, vista la sua natura di legislazione secondaria, non potrebbe correggere più di tanto le lacune e i gravi errori di impostazione della legge ordinaria. E' molto probabile, dunque, che l'eccezione in oggetto resti lettera morta e che non possa offrire alcun sostegno alla causa delle utilizzazioni digitali libere in Italia.

2.3 Rilevanza della dimensione privata dell'utilizzazione delle opere

Come si è visto, l'art. 70 LDA è interpretato con grande severità dalla giurisprudenza e, anche dopo gli interventi legislativi del 2003 e del 2008, non chiarisce in maniera sufficiente i limiti soggettivi e

⁴³ "Una mostruosità tecnica prima che giuridica", ha definito il comma 1-*bis* dell'art. 70 LDA il presidente di FIMI Enzo Mazza, in un messaggio di posta elettronica inviato a chi scrive il 9 ottobre 2010 per ribadire la posizione dei discografici italiani sul decreto ministeriale che dovrebbe dare attuazione alla disposizione in esame.

⁴⁴ S. VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, op. cit., p. 199.

⁴⁵ Trib. Roma 16.12.2009, *Giurisprudenza Italiana* 2010, p. 1323.

oggettivi delle utilizzazioni didattiche libere. Ciò a danno tanto degli istituti di istruzione e degli insegnanti, che non sanno quali usi siano legittimi e quali no in assenza di autorizzazione (e cui la legge offre un ottimo pretesto per non saperlo) quanto dei titolari di diritti d'autore, che non riescono a sviluppare meccanismi di autorizzazione o licenza, soprattutto per le nuove forme di utilizzazione interattiva e a distanza delle loro opere.

Si è rilevato sin dall'inizio come l'elemento spaziale dell'attività didattica sia profondamente mutato con l'avvento di Internet. Nell'era digitale gli studenti possono seguire una lezione o un corso tanto in classe, alla presenza del docente, tanto a distanza, utilizzando la posta elettronica e varie tipologie di spazi virtuali per mettere a disposizione, scaricare, commentare e modificare contenuti digitali d'ogni genere. Ciò senza che il diritto italiano ne abbia preso atto con l'intento di preservare le utilizzazioni libere previste nel mondo analogico a beneficio dell'istruzione. La legge italiana sul diritto d'autore non prevede che il requisito del fine illustrativo della didattica, e quindi della necessaria correlazione tra l'oggetto di una lezione o di un corso e i materiali utilizzati a beneficio di una cerchia limitata di studenti, possa essere soddisfatto nell'insegnamento a distanza e nella comunicazione attraverso reti telematiche. La riprova di ciò è data dal fatto che non solo l'art. 70 LDA ma anche le regole che distinguono l'utilizzazione privata o comunque circoscritta a un ambito spaziale definito, come quello didattico, da quella pubblica sono rigorosamente limitate a scenari analogici.

Per cominciare, è molto improbabile che la regola dettata dall'art. 15, comma 2, LDA, secondo cui non è "pubblica" la rappresentazione o esecuzione di un'opera protetta se avviene "*entro la cerchia ordinaria [...] della scuola [...] purché non effettuata a scopo di lucro*"⁴⁶ possa essere interpretata dalla giurisprudenza in maniera evolutiva. Ciò sarebbe possibile intendendo per "cerchia ordinaria della scuola" non solo la classe tradizionalmente intesa ma anche quella virtuale, composta dagli studenti che hanno accesso a un *network* chiuso all'interno del quale si trasmetta il materiale protetto che può essere legittimamente utilizzato nella classe intesa come spazio fisico. Visto l'atteggiamento restrittivo nei confronti di qualsiasi limitazione del diritto d'autore, è improbabile che la giurisprudenza italiana ammetta che l'estratto da un film messo a disposizione in *streaming* su una piattaforma *on-line* accessibile dai soli studenti di un corso di storia del cinema sia equiparato, applicando l'art. 70 LDA, alla legittima proiezione dello stesso estratto nella classe di una scuola di cinema o di un'università. Eppure qualche spunto nella direzione dell'esenzione di *network* chiusi dal diritto esclusivo di comunicazione al pubblico di opere protette si riscontra nel diritto positivo. Lo dimostra l'eccezione di cui all'art. 71-ter LDA che, rifacendosi letteralmente all'art. 5(3)(n) della direttiva 2001/29/CE, prevede la (libera) comunicazione e messa a disposizione

⁴⁶ Corsivo dell'autore.

"[...] destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali aventi tale unica funzione situati *nei locali delle biblioteche accessibili al pubblico, degli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi*, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro collezioni e non soggetti a vincoli derivanti da atti di cessione o da licenza."⁴⁷ Purtroppo la disposizione italiana, così come quella europea da cui prende spunto, è molto restrittiva a proposito dell'ambito spaziale di applicazione della libera utilizzazione in esame e ne sancisce la soggezione a eventuali vincoli creati da atti di cessione o licenza convenuti tra le istituzioni di cui all'art. 71-ter e i titolari di diritti d'autore (per esempio i grandi editori che vendono l'accesso a interi repertori di riviste scientifiche *on line*). Lo stesso vincolo testuale *non* esiste però per le eccezioni di cui all'art. 70 LDA, in cui la limitazione spazio-temporale imposta dai fini illustrativi della didattica potrebbe essere soddisfatta a livello virtuale attraverso la creazione da parte d'istituti di istruzione e università di *network* chiusi per ciascun corso o lezione, cui dovrebbero poter accedere solo gli studenti iscritti muniti di *password* o altro codice identificativo.

Assumono inoltre rilevanza per la limitazione spazio-temporale delle utilizzazioni didattiche di opere protette le disposizioni contenute nella LDA in materia di reprografia e riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi.

L'art. 68 LDA fissa precisi limiti quantitativi (il quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico) alla possibilità di realizzare fotocopie senza autorizzazione, stabilendo al tempo stesso che è vietato lo spaccio al pubblico delle fotocopie e, in genere, è vietata ogni utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore.⁴⁸ Tanto per le fotocopie realizzate privatamente che per quelle effettuate all'interno delle biblioteche pubbliche è previsto il pagamento di un compenso forfetario a beneficio dei titolari di diritti d'autore che deve essere pagato, rispettivamente, dai responsabili dei punti o dei centri di riproduzione e dalle biblioteche o dagli enti da cui queste dipendono.⁴⁹

L'art. 71-*sexies* LDA consente la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto se realizzata da una persona fisica per uso esclusivamente personale e purché sia senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Tali disposizioni potrebbero venire in soccorso di docenti e istituti d'istruzione se fossero applicabili alle copie digitali realizzate per uso personale dai partecipanti a un corso universitario che scarichino sui propri elaboratori da una piattaforma di *e-learning*, rispettivamente, un'opera letteraria o un suo estratto (per esempio, il capitolo di un romanzo o un articolo tratto da una rivista scientifica) oppure una serie di brani o video musicali messi a loro disposizione dal docente. Le disposizioni appena richiamate, però, non

⁴⁷ Corsivo dell'autore.

⁴⁸ V. art. 68, comma 6, LDA.

⁴⁹ V. art. 68, commi 4 e 5, LDA.

sono applicabili a ipotesi del genere. Così come l'art. 70 LDA, esse hanno una portata limitata al mondo analogico (o comunque fisico) e, in un sistema in cui vige il principio della tassatività delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, non possono essere estese dalla giurisprudenza per analogia. Inoltre, le eccezioni della reprografia e della copia privata di registrazioni musicali e audiovisive per uso personale, in armonia con l'art. 5(2)(b) della direttiva 2001/29, prevedono il pagamento di un equo compenso che è prelevato sul prezzo della fotocopia e degli apparecchi e supporti destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi e videogrammi e che costituisce un requisito imprescindibile per la legittimità dell'utilizzazione non autorizzata dell'opera.⁵⁰ In altri termini, se l'utente (nel nostro caso lo studente) realizza una copia per la quale non opera un meccanismo di pagamento del compenso, la copia non è coperta dall'eccezione di riproduzione per uso personale. Nella legislazione italiana, infatti, non esiste un'eccezione di copia privata digitale per i testi e le opere letterarie che ricadono nel campo di applicazione della normativa sulla reprografia *ex art.* 68 LDA. Per le registrazioni musicali e audiovisive che ricadono nel campo di applicazione dell'art. 71-*sexies*, invece, la legislazione italiana riconosce ora la legittimità della copia digitale dall'originale digitale, anche alla luce di un decreto del Ministro per i beni e le attività culturali che ha inserito recentemente i *computer* e altri strumenti di riproduzione digitale (per esempio le memorie *hardware*) nel novero dei supporti e apparecchi sul cui prezzo il consumatore paga il compenso per la copia privata di cui all'art. 71-*septies*.⁵¹ Lo stesso art. 71-*sexies*, però, limita fortemente l'ambito di applicazione dell'eccezione di copia privata sancendone la non applicabilità ogni qual volta le opere o i materiali protetti siano messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (*on demand*) oppure quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater* o, infine, quando l'accesso è consentito in base ad accordi contrattuali. Il che vuol dire, sintetizzando, che secondo la legge italiana la copia privata digitale di registrazioni musicali o video è legittima, in assenza di autorizzazione dei titolari dei diritti, solo quando l'utente che ha acquistato legittimamente un esemplare originale in formato digitale ne realizza una copia su un supporto fisico (per esempio un CD o un DVD) oppure mediante un apparecchio (per esempio un *computer*, una memoria *hardware* o un lettore digitale) per i quali operi il meccanismo di risarcimento preventivo dell'equo compenso. In tutte le altre ipotesi, in cui l'utente è soggetto al rispetto dei termini di una licenza d'uso e/o ai limiti imposti da una misura tecnologica di

⁵⁰ V. rispettivamente gli artt. 68, comma 4, e 71-*septies* LDA. Nell'ambito di queste eccezioni, l'equo compenso costituisce un risarcimento preventivo che la legge riconosce ai titolari dei diritti per coprire le perdite da questi sofferte per la mancata autorizzazione delle copie private.

⁵¹ Decreto ministeriale del 30 dicembre 2009, adottato dal Ministro per i beni culturali ai sensi dell'art. 71-*septies* della legge 22 aprile 1941, n. 633 (recante "Determinazione della misura del compenso per copia privata"), entrato in vigore il 14 gennaio 2010, disponibile sul sito: <http://beniculturali.it>. Per un commento critico v. G. MAZZIOTTI, 'Ma quel compenso non è equo', *La voce*, 22 giugno 2010, <http://lavoce.info>.

protezione, la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi in formato digitale (intangibile) è vista dal legislatore non come un'eccezione ma come un atto che il titolare del diritto è e deve essere grado di licenziare e monetizzare.⁵²

Applicando le regole appena esposte agli esempi digitali di utilizzazione didattica proposti sopra si giunge alla logica conclusione che, al momento, non è prevista alcuna eccezione o limitazione ai diritti esclusivi di riproduzione e comunicazione al pubblico, anche per i fini meramente illustrativi dell'insegnamento che qui interessano, quando i contenuti sono riprodotti sul *computer* dell'utente per via telematica. Si realizza dunque nel diritto italiano ciò che ipotizza, nel *considerando* 44, la direttiva 2001/29/CE, e cioè che la portata di alcune eccezioni o limitazioni come quelle applicabili per usi didattici sia ulteriormente ridotta, per non dire annullata, nel caso di utilizzazioni di opere e materiali protetti, come quelle in rete, per le quali il legislatore nazionale tenga in considerazione l'accresciuto impatto economico che esse possono avere nel nuovo ambiente elettronico. Nulla di sorprendente per un ordinamento obbligato a uniformarsi alla direttiva europea del 2001 che, oltre a restringere drasticamente lo spazio di manovra degli Stati membri in materia di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, prevede che qualsiasi eccezione, anche quelle tutelate in modo speciale, possa essere soppressa da misure tecnologiche di protezione quando le opere protette sono messe a disposizione dell'utente *on demand* su reti telematiche.⁵³

3. Eccezioni e licenze per la didattica: una prospettiva comparata

Il pericolo che le libere utilizzazioni a fini didattici siano relegate a uno stato d'insostenibile incertezza nel nuovo ambiente digitale è stato rilevato recentemente dalla Commissione europea, in due ricognizioni ufficiali volte a fare il punto sulla situazione del diritto d'autore nella c.d. economia della conoscenza.⁵⁴ In particolare, nel *Green Paper* intitolato *Copyright in the Knowledge Economy* (2008), la Commissione ha esplicitamente riconosciuto l'inadeguatezza della direttiva 2001/29/CE in materia di utilizzazioni didattiche per l'insegnamento a distanza (*e-learning*). Infatti, pur prevedendo nel *considerando* 42 l'astratta applicazione dell'eccezione di cui all'art. 5(3)(a) nelle ipotesi d'insegnamento a distanza, la direttiva non sviluppa in alcun modo tale principio nella sua parte normativa, lasciando per giunta agli Stati Membri ampia facoltà di decidere se e come dare

⁵² In materia di copia privata di fonogrammi e videogrammi, l'art. 71-*sexies*, comma 4, LDA prevede che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di protezione di cui all'art. 102-*quater*, i titolari dei diritti d'autore debbano consentire ai possessori legittimi di un esemplare dell'opera protetta la realizzazione di una copia privata, anche solo analogica, per uso personale a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera e non arrechi un pregiudizio ingiustificato ai titolari dei diritti.

⁵³ Ci si riferisce al complesso meccanismo di tutela di una serie (alquanto disomogenea) di eccezioni al diritto d'autore previsto nell'art. 6(4) della Direttiva 2001/29/CE per evitarne la soppressione per mezzo di misure tecnologiche di protezione. Per un approfondimento sul punto, v. G. MAZZIOTTI, *EU Digital Copyright Law*, op. cit., pp. 94-100.

⁵⁴ Commission of the European Communities, *Green Paper, Copyright in the Knowledge Economy*, Brussels. COM(2008) 466/3; Commission of the European Communities, *Communication from the Commission. Copyright in the Knowledge Economy*, Brussels, 19.10.2009, COM (2009) 532 final. Entrambi i documenti sono disponibili sul sito della Commissione europea: v. http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/index_en.htm.

esecuzione all'eccezione in esame nel loro diritto interno.⁵⁵ Al recepimento della direttiva nelle legislazioni nazionali è pertanto conseguita una situazione di grave frammentazione nel trattamento delle eccezioni didattiche che, per ammissione di Bruxelles, ostacola fortemente i servizi e le attività formative a carattere transfrontaliero e penalizza tanto gli studenti quanto gli istituti d'istruzione europei nell'uso di nuove tecnologie, in netto contrasto con gli obiettivi di armonizzazione che la direttiva stessa si proponeva.⁵⁶

3.1 Tipologie e ambiti di applicazione delle eccezioni

La disciplina delle utilizzazioni didattiche nell'Unione Europea è pertanto demandata ai legislatori nazionali che, tradizionalmente, hanno dimostrato più attenzione del legislatore italiano in questa materia. Come si vedrà, soprattutto nei Paesi dell'Europa continentale gli usi didattici che rientrano nell'oggetto di eccezioni (e che quindi non richiedono autorizzazioni) sono specificati con sufficiente chiarezza a livello normativo e prendono spesso la forma di licenze legali, con la previsione di un diritto a compenso a favore dei titolari dei diritti. In alcuni Paesi dell'Europa del nord, invece, la legge delega la definizione degli usi didattici in gran parte ad accordi collettivi sottoscritti (o comunque negoziati) da organizzazioni rappresentative delle parti interessate. Un discorso a parte merita poi il diritto d'autore statunitense, in cui le utilizzazioni didattiche non comprese nell'ambito del c.d. *fair use* o di esenzioni specifiche previste nella Sezione 110 del Copyright Act formano oggetto di efficaci meccanismi di licenza.

3.1.1 Europa continentale

Nei Paesi dell'Europa continentale le eccezioni per la didattica hanno quasi ovunque un contenuto simile a quello del primo comma dell'art. 70 LDA. Si tratta quindi di disposizioni che sanciscono la libertà di atti quali la riproduzione e la comunicazione al pubblico di piccole parti di opere o di singoli contributi da giornali o riviste a condizione che tali attività siano compiute per fini illustrativi dell'attività didattica (e quindi a beneficio esclusivo di una cerchia limitata e definita di studenti) e senza finalità commerciali. Come detto, i requisiti delle finalità illustrative e non commerciali delle utilizzazioni sono ora imposti agli Stati dell'Unione Europea dall'art. 5(3)(a) della direttiva 2001/29/CE.⁵⁷

Se questo è il modello, assai varie sono le declinazioni nazionali, di cui qui s'intende fornire qualche esempio particolarmente rilevante. La specificità di ciascun ordinamento rientrante nel modello anzidetto è data dalla differente combinazione di elementi quali il riconoscimento di un diritto a compenso a favore degli autori, l'individuazione dei soggetti e delle istituzioni che possono beneficiare delle eccezioni didattiche, le tipologie di opere incluse nelle eccezioni stesse e la

⁵⁵ Commission of the European Communities, *Green Paper, Copyright in the Knowledge Economy*, cit., p. 16.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁷ V. sopra, §2.1.1.

definizione dell'ambito spazio-temporale in cui gli atti suddetti devono essere compiuti per essere legittimi. Paesi quali la Germania, la Francia e l'Olanda creano vere e proprie licenze legali per le utilizzazioni didattiche di piccole parti o estratti di opere pubblicate a fronte del pagamento di un compenso.⁵⁸ La Spagna, invece, nel dare esecuzione alla direttiva europea del 2001, ha esteso l'eccezione di citazione contenuta nell'art. 32 della legge sulla proprietà intellettuale senza stabilire un diritto a compenso per i titolari di diritti d'autore.⁵⁹ Originariamente, la disposizione appena richiamata si limitava a esentare da autorizzazioni la citazione a fini di analisi, commento o critica realizzata nell'insegnamento o nella ricerca nella misura giustificata dallo scopo didattico o scientifico perseguito. Ora un nuovo paragrafo rende libera anche la riproduzione, distribuzione e comunicazione al pubblico di piccoli frammenti di opere per lo svolgimento di attività didattiche senza finalità commerciali.⁶⁰ La circostanza che il diritto spagnolo non stabilisca un compenso a favore dei titolari dei diritti d'autore avvicina molto, sulla carta, l'eccezione in esame all'art. 70 LDA (v. *infra*, §4). A differenza della norma italiana, però, l'eccezione spagnola di citazione ha un'applicazione più ampia perché la giurisprudenza l'ha tradizionalmente interpretata in modo talmente flessibile e aperto da giustificare utilizzazioni generose o addirittura integrali di opere protette, ben oltre i limiti che sembrano potersi attribuire all'eccezione di cui al secondo paragrafo, più recente.⁶¹

Le varie eccezioni appena menzionate divergono sensibilmente, quanto ad ambito di applicazione, perché alcuni Stati limitano il beneficio dell'esenzione dal diritto d'autore a categorie di soggetti e istituzioni ben identificate, mentre altri (per esempio la Francia, come l'Italia) non pongono limitazioni di carattere soggettivo. Se la Germania prevede che dell'eccezione didattica possano beneficiare gli istituti d'istruzione superiore e quelli di formazione continua, purché non commerciali, la Spagna esige che si tratti di istituzioni didattiche riconosciute ufficialmente (la legge si riferisce alla "educación reglada"). Dal punto di vista oggettivo, invece, alcuni sistemi escludono specifiche categorie di opere dal beneficio, come ad esempio la legge spagnola (che

⁵⁸ Si veda l'art. 52a della legge tedesca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*), secondo cui tale compenso deve essere riscosso e ripartito obbligatoriamente per il tramite di una società di gestione collettiva (il testo di legge è disponibile sul sito <http://gema.de>). Per la Francia, invece, il compenso è negoziato forfetariamente: si veda l'art. 122-5, comma 3, lett. e), del Codice della proprietà intellettuale, come modificato dalla Legge 961/2006, che ha dato esecuzione alla Direttiva 2001/29/CE: <http://legifrance.gouv.fr>. La disposizione in oggetto, entrata in vigore soltanto il 1 gennaio 2009, ha introdotto per la prima volta in Francia un'eccezione che abbraccia direttamente la didattica e la ricerca. Dal 2005 al 2008 l'utilizzazione di opere per attività d'insegnamento e ricerca ha formato oggetto di accordi specifici conclusi dal ministero dell'istruzione, in rappresentanza delle istituzioni didattiche, e dal ministero della cultura, in rappresentanza dei titolari di diritti d'autore. Per l'Olanda (v. *infra*, nota 96) si veda l'art. 16 della legge sul diritto d'autore, che a fronte dell'utilizzazione di estratti di opere per fini didattici istituisce un diritto a compenso gestito da associazioni di editori quali Reprorecht e PRO: v. <http://www.auteursrechtenonderwijs.nl>.

⁵⁹ Art. 32 della *Ley de Propiedad Intelectual*, contenuta nel Decreto legislativo reale 1/1996, come modificato dalla Legge 23/2006, pubblicata nel *Boletín oficial del Estado* l'8 luglio 2006: v. <http://boe.es>.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 32, par. 2.

⁶¹ V. R. XALABARDER, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities*, op. cit., pp. 78-80.

esclude i libri di testo e i manuali universitari), la legge tedesca (che esclude le opere destinate all'uso didattico e le opere cinematografiche, fino a due anni dall'uscita nelle sale cinematografiche) e la legge francese (che esclude, oltre alle opere di carattere didattico, gli spartiti musicali). Per ciò che concerne l'ambito spazio-temporale di applicazione delle eccezioni, val la pena ricordare che la legge tedesca esenta dal diritto d'autore la comunicazione di piccole parti di un'opera (o di piccole opere) e di singoli contributi da giornali o riviste nella misura in cui la trasmissione sia effettuata a esclusivo beneficio della cerchia limitata e definita dei partecipanti a una lezione.⁶² Nel far ciò il legislatore tedesco si preoccupa di esentare anche le riproduzioni necessarie alla comunicazione, in modo tale da rendere libera non solo la comunicazione in classe ma anche quella che sia limitata all'interno di un *network* chiuso e riservato ai soli partecipanti a una lezione a distanza.⁶³

3.1.2 Europa del nord

Nell'Europa del nord l'approccio alle utilizzazioni didattiche è leggermente diverso. Ciò che accomuna l'Inghilterra e i Paesi scandinavi è l'idea di delegare la disciplina delle utilizzazioni didattiche alla contrattazione tra le parti, anziché fissarla nella legislazione.

In Inghilterra, non c'è un'eccezione di c.d. *fair dealing* a favore dell'attività didattica, mentre ne esiste una per la ricerca e lo studio privato e un'altra ancora per l'utilizzazione di opere protette a fini di critica o di cronaca.⁶⁴ Per quanto l'eccezione di critica sia applicabile in astratto ai fini dell'insegnamento, considerata la flessibilità del concetto stesso di *fair dealing*, la norma in oggetto è unanimemente considerata insufficiente a coprire utilizzazioni didattiche che vadano oltre la distribuzione o trasmissione di brevissimi estratti da opere protette.⁶⁵ L'unica eccezione prevista espressamente a beneficio della didattica è quella per la fotocopia da parte degli istituti di istruzione, che si limita a esentare dal diritto d'autore una soglia minima in termini percentuali (l'un per cento per trimestre) delle opere letterarie, drammatiche e musicali e trova applicazione solo nell'ipotesi in cui non vi siano licenze concluse dalle parti cui fare ricorso. E' evidente che una norma di questo tenore obbliga i titolari dei diritti e gli istituti stessi a negoziare licenze collettive anche per la realizzazione di fotocopie nell'attività didattica.⁶⁶

Nei Paesi scandinavi (Danimarca, Svezia, Norvegia) le utilizzazioni didattiche sono soggette alla conclusione di *licenze collettive estese*, e cioè accordi collettivi conclusi, da un lato, da associazioni maggiormente rappresentative dei titolari dei diritti, riconosciute dal governo (per esempio, in

⁶² V. S. ERNST e D.M. HAEUSERMANN, *Teaching Exceptions in European Copyright Law - Important Policy Questions Remain*, The Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School, Research Publication No. 2006-10, August 2006, disponibile alla pagina <http://cyber.law.harvard.edu/publications>, pp. 9-12.

⁶³ V. S. VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, op. cit., pp. 146-148; S. ERNST e D.M. HAEUSERMANN, *Teaching Exceptions in European Copyright Law*, op. cit., pp. 10-11.

⁶⁴ Si vedano, rispettivamente, le Sezioni 29 e 30 del Copyright, Designs and Patents Act del 1988.

⁶⁵ Un'analisi della legislazione del Regno Unito sul tema è offerta da S. VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, op. cit., pp. 161-163.

⁶⁶ V. la Sezione 36, par. 2, del Copyright, Designs and Patents Act 1988.

Danimarca è il Ministero della Cultura a procedere al riconoscimento) e, dall'altro, da un singolo istituto d'istruzione o da un'organizzazione rappresentativa di più istituti d'istruzione dello stesso tipo o livello, cui la legge riconosce effetti *erga omnes*.⁶⁷ Tradizionalmente, tali licenze hanno autorizzato e regolato soprattutto atti di riproduzione per fini didattici, quali la reprografia e la copia di qualsiasi opera pubblicata e di trasmissioni radio e televisive.⁶⁸ Ora però le licenze collettive scandinave si estendono oltre. Un'organizzazione quale la danese COPYDAN offre fin dal 2002 licenze didattiche che comprendono, oltre alla fotocopia, la facoltà di digitalizzare opere protette e di metterle contestualmente a disposizione di insegnanti e studenti su reti di comunicazione chiuse (tipo intranet) con la conseguente creazione di banche dati accessibili tramite *password* e la facoltà di utilizzare opere protette nella creazione di strumenti digitali di presentazione (per esempio *powerpoint*).⁶⁹

3.1.3 Stati Uniti d'America

Merita infine una breve analisi la disciplina delle eccezioni al diritto d'autore per le utilizzazioni didattiche negli Stati Uniti, considerate la rilevanza del sistema universitario americano a livello mondiale e le peculiarità di questa disciplina. La legislazione americana è caratterizzata dall'esistenza di due tipi di eccezioni completamente diversi. Da un lato, c'è una disciplina di carattere generale, applicabile a qualsiasi attività non autorizzata dal titolare del diritto d'autore, che è la dottrina del *fair use*, elaborata prima dalla giurisprudenza e poi codificata nella Sezione 107 del Copyright Act del 1976.⁷⁰ Dall'altro lato, certe tipologie di utilizzazioni didattiche sono a tutti gli effetti da considerarsi libere per il disposto della Sezione 110, che nel 2002 è stata modificata dal

⁶⁷ V. Commission of the European Communities, *Green Paper, Copyright in the Knowledge Economy*, op.cit., pp. 16-17; R. XALABARDER, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities*, op. cit., pp. 81-82. È rilevante l'esclusione di alcune categorie di opere dall'oggetto delle licenze collettive estese. Per esempio, secondo l'art. 13 (paragrafi 2 e 3) della legge danese sul diritto d'autore (disponibile in una versione inglese sul sito del Ministero della Cultura: <http://ku.dk/english/Legislation/Copyright/>), non possono formare oggetto delle licenze didattiche opere quali i programmi per elaboratore e le opere cinematografiche, con l'eccezione di brevi estratti da film trasmessi in televisione.

⁶⁸ V. R. XALABARDER, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities*, op. cit., p. 81. L'Autrice ricorda come il compenso pagato alle organizzazioni dei titolari dei diritti d'autore sia commisurato a un importo fisso annuale per studente e come le licenze collettive per le fotocopie permettano la copia di non oltre il venti per cento o non più di venti pagine di un'opera.

⁶⁹ COPYDAN Writing (v. <http://copydan.dk/writing>) è un'organizzazione riconosciuta dal Ministero della Cultura danese e autorizzata dal Ministero stesso alla conclusione di accordi per l'utilizzazione didattica delle opere protette da diritti d'autore, nell'ambito del meccanismo di licenza collettiva estesa previsto dall'art. 13 della legge danese sul diritto d'autore. Fino a ora, COPYDAN Writing ha concluso licenze per l'attività di fotocopia e per gli altri usi menzionati nel testo con scuole primarie e secondarie, istituti tecnici e commerciali, collegi per il tirocinio dei docenti, università, scuole di musica, istituti di cultura, e altre istituzioni per l'educazione superiore. COPYDAN sta inoltre definendo nuove licenze per autorizzare l'uso digitale di opere letterarie attraverso reti protette da *password* a beneficio degli studenti. Si ringraziano il prof. Jens Schovsbo dell'Università di Copenhagen e Anders Christian Rasch, *managing director* di COPYDAN Writing, per le preziose informazioni.

⁷⁰ V. Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code, §107 (*Limitation on exclusive rights: Fair use*), disponibile sul sito: <http://copyright.gov>.

Technology, Education, and Copyright Harmonization (TEACH) Act con l'intento di regolare e agevolare l'insegnamento nell'ambiente digitale.⁷¹

Come accennato, il *fair use* costituisce un sistema di eccezioni in qualche modo antitetico a quello dell'Europa continentale e alle previsioni puntuali dei sistemi di *droit d'auteur*, poiché opera *ex post* rispetto alla singola utilizzazione non autorizzata ed è applicato caso per caso dai giudici, ogni qual volta si discuta in giudizio di una presunta violazione del diritto d'autore. Il *fair use* rende libere le utilizzazioni didattiche nella misura in cui un giudice ritenga l'utilizzazione concreta di un'opera a fini d'insegnamento (inclusa la riproduzione e distribuzione di copie dell'opera per l'uso in classe, che è espressamente prevista dalla legge) compatibile con i criteri e i fattori che la Sezione 107 impone di tenere in considerazione. Pur presentando delle differenze sostanziali rispetto ai sistemi europei passati brevemente in rassegna, l'obiettivo principale dei criteri di valutazione del *fair use* resta sempre quello di evitare che l'utilizzazione libera si ponga in un rapporto di concorrenza con una delle attività per le quali il diritto d'autore riconosce un'esclusiva a favore del titolare del diritto. La Sezione 107 prevede che i giudici, nel valutare la legittimità di un uso non autorizzato, debbano considerare il fine e il carattere dell'uso, la natura dell'opera e la quantità o porzione d'opera utilizzata, e l'effetto dell'uso sul mercato potenziale o sul valore dell'opera. La nitidezza dell'obiettivo si scontra però con una certa difficoltà di applicazione nel campo dell'attività didattica, soprattutto a causa del carattere aperto di questo sistema che, in certi ambiti - come l'attività di fotocopia per la didattica frontale - esige invece criteri di determinazione quantitativa più precisi.⁷² In secondo luogo, l'ambito di applicazione del *fair use* è drasticamente ridimensionato dallo sviluppo di efficaci meccanismi di licenza per molte utilizzazioni didattiche delle opere protette (v. *infra*, §3.2.1), che pare impedire ai giudici di ritenere legittime le stesse utilizzazioni se intraprese senza autorizzazione e, per di più, da soggetti che perseguono fini commerciali.⁷³ Nella

⁷¹ V. U.S. Code, Title 17, §110 (*Limitation on exclusive rights: Exemption of certain performances and displays*), come modificata dal Technology, Education, and Copyright Harmonization Act, S. 487, entrato in vigore il 2 novembre 2002. Un resoconto dettagliato dell'iter legislativo che ha portato all'adozione del TEACH Act è offerto dall'American Library Association (ALA) alla pagina <http://ala.org/ala/issuesadvocacy/copyright/teachact/distanceeducation.cfm#hist>.

⁷² Per limitare l'incertezza insita nella dottrina del *fair use*, nel 1976 la *House of Representatives* del Congresso ha promosso l'adozione, tramite accordo collettivo, di linee guida per l'applicazione del *fair use* nell'attività di fotocopia e distribuzione in classe di libri e periodici all'interno di istituzioni didattiche senza scopo di lucro: v. *Guidelines for Classroom Copying in Not-For-Profit Educational Institutions with Respect to Books and Periodicals*, House of Rep. No. 94-1476, p. 68 (1976), disponibile sul sito: <http://copyright.gov>. Tali linee guida costituiscono un esempio importante di *standard* nell'applicazione del *fair use* alle utilizzazioni analogiche: v. R. XALABARDER, *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities*, op. cit., p. 53.

⁷³ Nel caso finora più rilevante in materia la Corte d'Appello del *6th Circuit* ha preso in considerazione l'applicazione del *fair use* invocata da un fornitore di servizi di copisteria che vendeva copie di *coursepacks* a studenti dell'Università del Michigan (per *coursepacks* s'intendono raccolte di materiali selezionati e assegnati agli studenti da un professore per la frequenza di un determinato corso): v. *Princeton University Press, Macmillan, Inc., et al. v. Michigan Document Services, Inc., et al.*, 99 F.3d 1381 (6th Circuit 1996). Pur con il parere contrario di tre giudici, la Corte d'Appello ha rigettato l'eccezione in oggetto ritenendo che gli attori in giudizio avessero predisposto meccanismi di licenza specifici per usi quali la produzione e la vendita di *coursepacks* agli studenti e che, pertanto, tale forma di sfruttamento commerciale meritasse protezione, in conformità con il quarto criterio contenuto nella Sezione 107 del Copyright Act

valutazione di questo profilo del *fair use*, particolare rilevanza potrebbe avere negli Stati Uniti l'esito di una controversia che oppone in questo momento editori quali la Cambridge University Press e la Oxford University Press alla Georgia State University (che è un'università pubblica) davanti alla Corte Distrettuale della Georgia del Nord. Alla Corte gli editori hanno chiesto di accertare la violazione di diritti d'autore derivante dalla realizzazione e messa a disposizione a favore di studenti universitari di copie elettroniche di materiali didattici (*course readings*) senza autorizzazione e senza il pagamento di alcun compenso a favore degli editori stessi.⁷⁴

Al di fuori dell'ambito di applicazione del *fair use*, il diritto statunitense stabilisce esenzioni specifiche dal diritto d'autore che assomigliano molto, per tipologia e ambiti di applicazione, alle eccezioni che alcuni Paesi europei (per esempio la Germania: v. sopra, §3.1.2), hanno mantenuto o introdotto nei propri ordinamenti, in conformità con l'art. 5(3)(a) della direttiva europea 2001/29/CE. Modificando la Sezione 110 del Copyright Act americano, il TEACH Act del 2002 si è posto l'obiettivo di estendere l'oggetto delle utilizzazioni libere nelle attività d'insegnamento e di offrire un grado sufficiente di certezza ai docenti e agli istituti d'istruzione nell'identificazione di usi digitali di materiali protetti che possono intraprendersi, anche attraverso reti digitali per l'educazione a distanza, senza bisogno di autorizzazione.⁷⁵ Con la modifica del secondo paragrafo della Sezione 110 si è inteso estendere il concetto dell'aula o classe intesa in senso materiale (cui si riferiscono le eccezioni contenute nel primo paragrafo) per abbracciare un ambito altrettanto definito, ma che non richiede la presenza degli studenti nello stesso luogo fisico. Se prima della riforma della Sezione 110(2) le esenzioni dal diritto esclusivo di comunicazione al pubblico a beneficio dell'attività didattica riguardavano essenzialmente la televisione a circuito chiuso e le trasmissioni radiofoniche, con l'entrata in vigore del TEACH Act tali esenzioni consentono la digitalizzazione e la riproduzione di materiali in formato analogico per la loro comunicazione via Internet a favore dei partecipanti a un corso e nella misura in cui i materiali siano pertinenti all'oggetto del corso stesso.⁷⁶ Il TEACH Act consente ora anche la rappresentazione o esecuzione integrale in classe di opere letterarie e musicali "non drammatiche" (per esempio la lettura di poesie o racconti e l'esecuzione di brani musicali che non siano opere liriche o *musicals*) e la proiezione di

statunitense (che impone la valutazione dell'effetto dell'utilizzazione sul mercato potenziale dell'opera e sul suo valore).

⁷⁴ V. *Cambridge University Press, Oxford University Press, Inc., and Sage Publications, Inc., v. Carl V. Patton, Ronald Henry, Charlene Hurt and J.L. Albert*, Georgia Northern District Court (notificata il 15 aprile 2008), i cui atti sono disponibili sul sito <http://dockets.justia.com>. Il fatto che tale vertenza costituisca un importante banco di prova per la tenuta del *fair use* nell'ambito degli usi didattici è sottolineato da VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, op. cit., p. 186.

⁷⁵ V. sopra, nota 71. Per un'analisi esaustiva v. K. CREWS, *New Copyright Law for Distance Education: the Importance and the Meaning of the TEACH Act*, American Library Association, disponibile sul sito <http://ala.org>.

⁷⁶ La storia della relazione tra diritto d'autore americano e insegnamento a distanza prima dell'entrata in vigore del TEACH Act è ripercorsa efficacemente da K. CREWS, *Distance Education and Copyright Law: the Limits and the Meaning of Copyright Policy*, *Journal of College and University Law*, Vol. 27,(1), 2000, disponibile sul sito <http://papers.ssrn.com>.

estratti limitati da film e video. Le esenzioni in esame presentano però una serie di limitazioni rilevanti che mirano a proteggere lo sfruttamento commerciale delle opere da parte degli aventi diritto, anche in ambito didattico. E' previsto che i materiali messi a disposizione degli studenti a distanza per le lezioni non debbano essere disponibili in formato digitale (altrimenti l'esenzione non opera) e che non debbano mettersi a disposizione opere destinate al mercato delle utilizzazioni didattiche (per esempio i manuali). Inoltre, possono beneficiare delle esenzioni in oggetto soltanto gli istituti d'istruzione pubblici o senza scopo di lucro che limitino la trasmissione di materiali protetti a esclusivo beneficio degli studenti, nella misura resa possibile dalla tecnologia.

3.2 Funzione dei diversi modelli di licenza e accordo tra le parti interessate

In ciascuno degli ordinamenti presi brevemente in considerazione nel paragrafo precedente, licenze e accordi conclusi da rappresentanti degli istituti d'istruzione e dei titolari di diritti d'autore costituiscono un elemento essenziale del sistema che regola l'utilizzazione di opere protette nell'insegnamento e i meccanismi di compensazione economica degli autori e degli altri aventi diritto. Come si vedrà, le tipologie di licenza e accordi conclusi nelle singole realtà nazionali sono indotte dalla legislazione stessa e in molti casi ne costituiscono un complemento necessario.⁷⁷

Prima di procedere con l'analisi delle licenze e degli accordi anzidetti è bene precisare che, nonostante la loro grande rilevanza per l'insegnamento e la ricerca, per ragioni di economia espositiva non si prenderanno qui in esame le licenze c.d. *open access*. Mediante tali licenze i ricercatori, unilateralmente, per scelta personale e/o in ottemperanza a direttive impartite dai propri datori di lavoro (università o centri di ricerca) mettono i risultati del proprio lavoro a disposizione del pubblico gratuitamente, in formato elettronico e senza restrizione alcuna, al fine di garantire il più ampio e libero accesso alla letteratura scientifica tramite archivi digitali mantenuti da istituzioni accademiche, centri di ricerca, autorità governative e da qualsiasi altra istituzione che persegua gli stessi obiettivi. Il fenomeno ha il suo "manifesto" nella Dichiarazione di Berlino del 2003 sull'accesso aperto alla letteratura scientifica, promossa dalla Max Planck Society,⁷⁸ e costituisce

⁷⁷ Le organizzazioni nazionali che rappresentano i titolari di diritti di riproduzione concernenti opere letterarie e figurative, cui si farà ampio riferimento in questa sezione, sono riunite a livello internazionale nella International Federation of Reproduction Rights Organization (IFRRO), che si propone sin dalla sua fondazione di proteggere gli interessi e rappresentare le istanze delle organizzazioni associate. Obiettivo principale della IFRRO, che è un'organizzazione indipendente con sede in Belgio, è quello di assistere le organizzazioni nazionali nella predisposizione di sistemi efficaci di gestione collettiva dei diritti d'autore (in quei settori e ambiti in cui la gestione individuale dei diritti è impraticabile) e di facilitare la ripartizione dei compensi tra gli aventi diritto, anche tramite la conclusione di accordi di rappresentanza reciproca. Per maggiori dettagli sulla storia e sulle attività dell'organizzazione, si veda il sito <http://ifrro.org>.

⁷⁸ V. *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*, Open Access at the Max Planck Society, disponibile sul sito <http://oa.mpg.de>.

ormai un'area di lavoro specifica per istituzioni quali la CRUI, che è l'associazione delle università italiane statali e non statali.⁷⁹

3.2.1 Stati Uniti e Inghilterra

Gli esempi più rilevanti di licenze volontarie di carattere commerciale concluse da rappresentanti dei titolari di diritti d'autore e istituti d'istruzione si rinvencono senza dubbio negli **Stati Uniti**. Ciò si deve soprattutto alla concezione e al carattere del sistema d'istruzione americano che, soprattutto ai più alti livelli, è caratterizzato da una forte presenza di università private in continua competizione tra loro (e con le migliori università pubbliche) e sottoposte a periodici controlli di efficienza da parte di agenzie o osservatori indipendenti.⁸⁰ In un sistema di questo tipo, in cui le università producono profitti e gli studenti pagano proporzionalmente alla qualità dei servizi che ricevono (molto spesso indebitandosi), l'accesso a materiali protetti da diritti d'autore per la didattica è visto come un elemento indispensabile per garantire un'istruzione completa e di alto livello ed è garantito mediante strumenti tecnologicamente avanzati. E' per questa ragione che oltre un migliaio d'istituzioni accademiche sottoscrivono annualmente licenze specifiche per la didattica con il Copyright Clearance Center (CCC), che agisce in qualità di rappresentante della stragrande maggioranza dei titolari di diritti d'autore esistenti su opere e materiali protetti provenienti da fonti quali libri, quotidiani, riviste, pubblicazioni scientifiche, siti *web*, *blog*, etc.⁸¹ Tra le tipologie di licenze concesse dal CCC per le attività accademiche, la più importante è l'*Annual Copyright License*, che è valida per l'intero repertorio gestito dal CCC e autorizza l'uso di materiali in formato sia analogico sia digitale per la riproduzione di *coursepacks* (dispense), la distribuzione di copie di materiali per lezioni frontali, la trasmissione degli stessi contenuti su *network* chiusi e via posta elettronica e l'attività di fotocopia.⁸² Acconto a questo modello, il CCC offre altre licenze didattiche basate sul principio del pagamento proporzionale all'uso effettivo (*pay-per-use*) e riguardanti categorie specifiche di opere, quali immagini professionali da inserire all'interno di materiali per corsi, presentazioni e pagine *web*.⁸³

Altri esempi di autorizzazione per usi didattici si rinvencono nei termini e condizioni di acquisto di servizi d'accesso, consultazione, copia digitale, fotocopia, e trasmissione via posta elettronica di

⁷⁹ V. per esempio le linee guida per le riviste ad accesso aperto sviluppate dalla Commissione Biblioteche della CRUI nell'area "Open Access" del sito <http://cru.it>.

⁸⁰ V. per esempio i *rankings* delle università nazionali pubblicate dallo U.S. News and World Report nella sezione "Education" del sito <http://usnews.com>.

⁸¹ Il Copyright Clearance Center (CCC) è un'organizzazione senza scopo di lucro fondata nel 1978 per garantire una gestione efficiente dei diritti d'autore che proteggono materiali provenienti da fonti sia analogiche sia digitali, quali giornali, riviste, libri, pagine *web*, *blog*, etc. L'organizzazione gestisce diritti d'autore tanto negli Stati Uniti quanto a livello internazionale: v. <http://copyright.com>.

⁸² Il CCC mette i sottoscrittori della licenza annuale nella condizione di sapere sempre, e con molta semplicità, se una certa opera rientra nell'oggetto della licenza, ed è quindi pienamente utilizzabile, tramite un collegamento diretto con la propria banca dati, accessibile *on-line* dal singolo utente.

⁸³ Si veda per esempio la licenza ReadyImages: <http://copyright.com/readyimages>.

opere e documenti che le università americane sottoscrivono con gestori di grandi banche dati per fornire ai propri studenti e ricercatori materiali di studio per corsi, seminari e altre attività. E' il caso di tutte le facoltà di legge americane che sottoscrivono accordi per garantire a ogni studente l'accesso personalizzato a piattaforme quali Westlaw (Thomson Reuters) and Lexis Nexis (Reed Elsevier), che raccolgono e mettono a disposizione interi repertori di giurisprudenza, articoli tratti da riviste giuridiche, documenti ufficiali quali leggi e atti amministrativi, etc.⁸⁴

Non mancano infine esempi di accordi tra biblioteche universitarie e organizzazioni senza scopo di lucro, come JSTOR o la California Digital Library (CDLIB), per la digitalizzazione di opere in formato analogico e la condivisione di cataloghi di riviste scientifiche e collezioni di articoli (*scholarship*) in formato digitale accessibili attraverso archivi elettronici su Internet (*electronic repositories*).⁸⁵ Tutti questi materiali sono messi a disposizione di ricercatori e studenti delle università aderenti ai progetti (nell'esempio della CDLIB, la comunità accademica dell'Università della California) secondo condizioni generali di licenza che richiedono a ciascun fornitore di contenuti di consentire utilizzazioni tra cui l'inserimento dei contenuti stessi in dispense (*coursepacks*) in formato cartaceo o elettronico.⁸⁶

Esempi di licenze volontarie si ritrovano anche in Europa, pur essendo i sistemi d'istruzione europei in grande misura pubblici e finanziati soprattutto dalla fiscalità generale degli Stati. Tra i Paesi presi in considerazione in questo studio, l'**Inghilterra** è forse quello in cui l'autonomia negoziale delle parti nel disciplinare le utilizzazioni didattiche di materiali protetti dal diritto d'autore gioca il ruolo più importante. Come si è visto, in Inghilterra la legislazione sul diritto d'autore conferisce alle eccezioni per la didattica un ambito di applicazione minimo e obbliga in sostanza le parti interessate a stipulare accordi per l'utilizzazione di materiali protetti nelle attività d'insegnamento e di studio, in primo luogo per l'attività di fotocopia. Le licenze applicate alle attività didattiche delle università inglesi sono negoziate collettivamente e vedono la partecipazione della Copyright Licensing Agency (CLA) in rappresentanza dei titolari di diritti d'autore e dell'organizzazione Universities UK (UUK) in rappresentanza delle università.⁸⁷ Per quanto il governo di centrodestra in carica stia tentando di ridurre la spesa nell'istruzione e nella ricerca di più alto livello triplicando le tasse

⁸⁴ Si vedano, rispettivamente: <http://westlaw.com> e <http://lexisnexis.com>.

⁸⁵ Si vedano i siti di JSTOR (<http://jstor.org>) e della California Digital Library (<http://cdlib.org>).

⁸⁶ V. il documento intitolato *Principles for Acquiring and Licensing Information in Digital Formats*, sul sito delle biblioteche dell'Università della California:

<http://www.libraries.universityofcalifornia.edu/cdc/principlesforacquiring.html>.

⁸⁷ La Copyright Licensing Agency (CLA), fondata nel 1983, è controllata dalle due più importanti società di gestione collettiva dei diritti di riproduzione di autori e editori inglesi, rispettivamente la Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS) Ltd e la Publishers' Licensing Society (PLS) Ltd. La CLA, che è uno dei membri più attivi della IFRRO (v. sopra, nota 77), ha la funzione di gestire i diritti d'autore dei soci di ALCS e PLS (oltre che dei soci della Design and Artists Copyright Society Ltd, con cui ha un contratto di rappresentanza). Universities UK (UUK) è un'organizzazione di cui fanno parte i rettori delle università inglesi e che ha avuto origine dal Comitato dei rettori delle università inglesi (organismo analogo all'italiana CRUI).

universitarie, tra le proteste drammatiche degli studenti,⁸⁸ il sistema universitario inglese resta saldamente in mano pubblica, pur godendo i singoli atenei di un elevato grado di autonomia e di responsabilità (che si riflette anche nel sistema di allocazione di fondi per la ricerca).⁸⁹ L'interesse del governo inglese a una corretta applicazione degli schemi di licenza collettiva in oggetto è dimostrato dal fatto che qualsiasi controversia riguardante accordi o negoziazioni con società di gestione collettiva dei diritti, come la CLA, può essere sottoposta al vaglio del Copyright Tribunal, che è un organismo creato all'interno dell'Intellectual Property Office (nuova denominazione dell'ufficio brevetti inglese dal 2007).⁹⁰ La contrattazione collettiva per le utilizzazioni didattiche, come accennato, ha riguardato in primo luogo l'attività di fotocopia e la digitalizzazione di estratti da opere protette quali libri, giornali e riviste scientifiche in formato analogico negli istituti d'istruzione superiore (*Basic Licence*). All'ormai ben nota licenza collettiva per l'attività di fotocopia ha fatto seguito nel 2008 la conclusione di una licenza molto più ampia e articolata, nota come *Comprehensive Higher Education Licence*, che estende l'oggetto della *Basic Licence*.⁹¹ Se quest'ultima permette la fotocopia e lo *scanning* entro precisi limiti quantitativi di opere in formato cartaceo (per esempio, un singolo capitolo di un libro, un articolo per ogni fascicolo di rivista, etc) la licenza più recente estende l'autorizzazione a copie digitali degli stessi materiali pubblicati in formato elettronico, conferendo alle università facoltà d'uso quali lo scambio e la condivisione di tali copie su *network* chiusi (tipo intranet) e la loro inclusione all'interno di materiali per la didattica frontale e per dispense (*coursepacks*), oltre che il *download* e la stampa da parte degli studenti, anche al di fuori delle sedi universitarie.⁹²

⁸⁸ Tra gli innumerevoli articoli di stampa sull'argomento, v. J. SHEPHERD, *Students plan more protests over tuition fees and cuts*, *The Guardian*, 30 dicembre 2010, <http://guardian.co.uk>.

⁸⁹ V. a questo riguardo il meccanismo di finanziamento basato sul Research Assessment Exercise (RAE): <http://rae.ac.uk>.

⁹⁰ La giurisdizione del Copyright Tribunal è definita dalle Sezioni 149, 205B e dalla Tabella 6 del Copyright, Designs and Patents Act del 1988: v. <http://ipo.gov.uk/ctribunal/ctribunal-about.htm>. L'efficacia del sistema di arbitrato davanti al Copyright Tribunal, nell'ambito che qui interessa, è provata dalla risoluzione nel 2002 della controversia insorta tra la UUK e la CLA con riguardo ad alcune disposizioni della licenza conclusa dalle parti nel 1998 per l'attività di fotocopia: v. *Universities UK v. Copyright Licensing Agency* (2002). In quell'occasione la UUK chiese al Copyright Tribunal di stabilire, oltre la congruità del compenso dovuto dalle università per ogni singolo studente beneficiario della licenza, la ragionevolezza dell'esclusione dall'oggetto della licenza stessa di fotocopie per la produzione e distribuzione di dispense per i corsi (*coursepacks*). Come rilevato da R. BURRELL e A. COLEMAN, *Copyright Exceptions. The Digital Impact*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 133-135, alla cui analisi si rinvia per maggiori dettagli, in quell'occasione il Copyright Tribunal giunse a conclusioni certamente più favorevoli alle università, fissando un compenso molto più vicino alla cifra offerta in origine dalla UUK e determinando l'inserimento delle fotocopie per *coursepacks* nell'oggetto della licenza retribuita da tale compenso.

⁹¹ Il testo di entrambe le licenze inglesi per l'istruzione superiore è consultabile alla pagina http://cla.co.uk/licences/licences_available/he/uuk.

⁹² Le licenze inglesi prevedono che la distribuzione di fotocopie e copie digitali agli studenti da parte dell'istituzione che le sottoscrive debba aver luogo in diretta relazione con uno specifico corso di studi e che la digitalizzazione e la successiva messa a disposizione di copie digitali sia autorizzata da una persona designata dall'istituzione (un docente, per esempio). Inoltre, alcune categorie di materiali sono escluse dall'oggetto delle licenze, come per esempio la musica a stampa.

Alle licenze della CLA si affianca una licenza rilasciata agli istituti d'istruzione dall'Educational Recording Agency (ERA) per la riproduzione e la comunicazione al pubblico a fini didattici di registrazioni di programmi radiotelevisivi di proprietà dei soci dell'organizzazione (per esempio la BBC, la British Recorded Music Industry, Channel Four Television Corporation, Channel 5 Broadcasting Ltd, etc).⁹³ Dal 2007, all'originaria *ERA Licence* si è aggiunta l'*ERA Plus Licence*, che estende le facoltà concesse con la prima licenza alle utilizzazioni *on-line* sia per la didattica frontale sia per quella a distanza.⁹⁴

3.2.2 Europa continentale e Scandinavia

Nei Paesi dell'Europa continentale presi in esame in questo studio gli esempi di licenze volontarie per le utilizzazioni didattiche sono assai più limitati rispetto al mondo anglosassone. Si è visto che in Paesi quali la Germania, la Francia e l'Olanda usi identici o simili a quelli consentiti per effetto di licenze volontarie negli Stati Uniti o in Inghilterra sono autorizzati direttamente dalla legge, a condizione che gli istituti d'istruzione (o un altro soggetto in loro rappresentanza) corrisponda un compenso a favore dei titolari di diritti d'autore. In questi Paesi, pertanto, c'è un meccanismo di licenza legale (o obbligatoria) per effetto del quale associazioni, società o enti pubblici che agiscono in rappresentanza delle parti coinvolte stipulano accordi economici per far funzionare le previsioni di legge. Così, in **Germania** è un accordo generale concluso tra le Regioni e una serie di società di gestione collettiva che determina l'equo compenso dovuto in applicazione delle eccezioni per la didattica previste nell'art. 52a della legge tedesca sul diritto d'autore. Tale accordo, come rilevato in dottrina, si applica però ai soli istituti d'istruzione pubblica e non comprende l'equo compenso per le opere letterarie, la cui definizione è demandata invece a un altro accordo tra la Conferenza dei ministri tedeschi della cultura e dell'istruzione delle Regioni e la società di gestione collettiva di editori Verwertungsgesellschaft (VG) Wort.⁹⁵ Si tratta quindi di accordi tra soggetti pubblici e privati che hanno la funzione di stabilire, non senza fatica, i criteri di commisurazione del compenso dovuto ai titolari di diritti d'autore e definire, con maggior precisione, i limiti quantitativi di utilizzazione delle opere previsti dalla legge.⁹⁶ Un meccanismo simile opera in **Olanda**, dove la

⁹³ V. http://era.org.uk/what_license.html.

⁹⁴ V. http://era.org.uk/era_plus.html.

⁹⁵ V. <http://vgwort.de>. S. VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, op. cit., pp. 151-152, ricorda le grandi difficoltà con cui VG Wort e le istituzioni universitarie tedesche, rappresentate dai ministri delle Regioni, abbiano tentato di trovare un accordo sui criteri di determinazione dell'equo compenso. Alla proposta degli editori di calcolare il compenso mediante un tariffario per le singole utilizzazioni si è opposta la conferenza dei ministri, che preferisce invece percorrere la strada del compenso forfetario. Nemmeno la proposta di conciliazione avanzata dal Collegio Arbitrale dell'Ufficio Brevetti e Marchi tedesco, che si basava su un sistema di remunerazione per tipologia di opera e utilizzazione, è riuscita a sbloccare la situazione, essendo stata rifiutata dai ministri delle Regioni.

⁹⁶ *Ibidem*. L'Autrice rileva come l'accordo del 2007 tra Regioni e società di gestione collettive per la determinazione del compenso di cui all'art. 52a della legge tedesca sul diritto d'autore contenga non solo la determinazione dei criteri di calcolo del compenso (un pagamento forfetario per il 2008; un compenso calcolato secondo un tariffario per ciascun tipo di utilizzazione, considerata in concreto, per gli anni successivi), ma anche chiarimenti riguardanti definizioni di legge dal significato non univoco (per esempio, "piccole parti di un'opera", che l'accordo individua nella misura

misura del compenso dovuto per le utilizzazioni didattiche esentate dal diritto d'autore *ex art. 16* della legge olandese sul diritto d'autore è individuata mediante accordi stipulati tra società di gestione collettiva di diritti d'autore autorizzate dal governo, quali Reprorecht and PRO, e organizzazioni rappresentative dei vari settori dell'istruzione, tra cui l'associazione delle università olandesi.⁹⁷

Un intervento ancora più incisivo della mano pubblica si osserva infine in Paesi, come la Francia o i Paesi scandinavi, che adottano (o hanno adottato) sistemi di licenze collettive estese, in cui la contrattazione collettiva determina sia le tipologie di utilizzazioni didattiche consentite sia il compenso dovuto dagli istituti d'istruzione pubblici (o da organi dello Stato che agiscono in loro rappresentanza) con effetti estesi alla generalità dei titolari dei diritti.⁹⁸ In **Francia**, fino all'entrata in vigore dell'art. 122-5, comma 3, lettera *e*), del Codice della proprietà intellettuale (gennaio 2009), l'assenza di eccezioni di specifiche per la didattica ha indotto i ministri dell'istruzione (in rappresentanza della generalità degli istituti d'istruzione) e della cultura (in rappresentanza dei titolari di diritti d'autore, anch'essi intesi nella loro generalità) a negoziare accordi specifici per l'uso di opere protette nelle attività di insegnamento e ricerca.⁹⁹ In **Danimarca**, invece, la contrattazione collettiva spiega i propri effetti generali in virtù di una sorta di delega in bianco operata dall'art. 13 della legge danese sul diritto d'autore, che demanda l'individuazione degli usi didattici consentiti e dei relativi compensi a licenze concluse da organizzazioni maggiormente rappresentative dei titolari dei diritti, quali COPYDAN, autorizzata dal Ministero della Cultura, e dei vari settori dell'istruzione pubblica.¹⁰⁰

Non è casuale infine che uno dei pochi esempi di licenze volontarie nell'Europa continentale si stia affermando, anche se lentamente e incontrando forti resistenze, in **Spagna**, dove le eccezioni applicabili alla didattica (soprattutto l'eccezione di citazione, intesa in senso lato) non prevedono la corresponsione di alcun compenso. Anche in virtù dell'assenza di un diritto a compenso a fronte di utilizzazioni (sia analogiche sia digitali) che la giurisprudenza fa rientrare nell'ambito di

massima del quindici per cento dell'opera utilizzata o il limite di utilizzo di un'opera cinematografica, che l'accordo fissa nella durata massima di cinque minuti).

⁹⁷ Si vedano, rispettivamente, i siti della società Reprorecht (<http://reprorecht.nl/Onderwijs>) e PRO (Publicatie- en ReproductieRechten Organisatie: <http://stichting-pro.nl/nl/Universiteit>). Ciò che distingue l'Olanda dalla Germania è un maggiore dinamismo delle società di gestione collettiva di diritti d'autore, che offrono licenze ai vari istituti d'istruzione anche oltre i limiti legali di utilizzazione delle opere per cui negoziano un compenso. Recentemente, inoltre, tutte le società di gestione collettiva olandesi hanno adottato un codice di condotta comune per garantire efficienza e trasparenza nella raccolta e nella ripartizione dei vari compensi, inclusa la remunerazione per le licenze didattiche.

⁹⁸ V. Commission of the European Communities, *Green Paper*, op. cit., p. 16, in cui la Commissione, con riferimento alle licenze collettive estese della Danimarca, della Svezia e della Finlandia, oltre che al caso speciale delle licenze "ministeriali" francesi, ricorda i vantaggi e gli svantaggi di quest'approccio. Se è vero che la delega legislativa alla contrattazione collettiva mette i rappresentanti degli istituti d'istruzione nelle condizioni di negoziare gli accordi che si adattano meglio alle esigenze della didattica - sostiene la Commissione - il sistema non assicura alcuna certezza del diritto nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo o definiscano condizioni eccessivamente restrittive.

⁹⁹ V. sopra, nota 58.

¹⁰⁰ V. sopra, nota 69.

applicazione dell'art. 32 della legge spagnola sulla proprietà intellettuale, un'organizzazione come il CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos), che amministra i diritti di riproduzione degli editori, rivendica il diritto di autorizzare qualsiasi utilizzazione didattica che vada oltre la mera copia privata di un'opera realizzata per uso personale dal possessore legittimo del relativo esemplare.¹⁰¹ In aperta polemica con il dato normativo e con l'applicazione dell'eccezione di citazione avallata fino ad ora dalla giurisprudenza, il CEDRO predispone vari modelli generali di licenza didattica indirizzati ai diversi settori dell'istruzione spagnola che possono essere sottoscritti, anche individualmente, da ciascun istituto.¹⁰² Il punto critico è dato dall'oggetto di queste licenze, che si colloca in una zona grigia in cui è arduo distinguere le utilizzazioni che devono ritenersi libere per effetto delle eccezioni al diritto d'autore da quelle che invece devono considerarsi soggette al potere di autorizzazione dei titolari dei diritti. Le università spagnole sono quindi restie a pagare per utilizzazioni che ritengono essere consentite liberamente per effetto delle eccezioni previste dalla legge. Per rendersene conto basta scorrere le facoltà d'uso derivanti dalla sottoscrizione delle licenze del CEDRO, che sono identiche o simili a quelle consentite per effetto di eccezioni (sotto forma di licenze legali con diritto a compenso) in altri Paesi dell'Europa continentale: la digitalizzazione del dieci per cento di un'opera o di un intero articolo contenuto in un periodico; la riproduzione su un *server* e la successiva messa a disposizione del materiale digitalizzato attraverso un *network* chiuso (tipo intranet); la visualizzazione e la stampa della copia del materiale da parte dell'utente autorizzato (per esempio il docente o il singolo studente); l'invio del materiale digitalizzato agli utenti autorizzati mediante posta elettronica.¹⁰³

4. Quali soluzioni per il caso italiano?

In linea di principio, per uscire dalla situazione di stallo in cui si trova l'Italia e per ridimensionare il più possibile l'incertezza e l'illegalità diffusa che caratterizzano l'uso di opere protette da diritti d'autore nell'insegnamento, il legislatore italiano dovrebbe riformare l'art. 70 LDA. Nel farlo, dovrebbe aggiungere una disposizione specifica per gli usi didattici e abrogare l'attuale comma 1-*bis* che, così com'è, pare destinato alla disapplicazione. La nuova disposizione dovrebbe prevedere un meccanismo di licenza legale con un diritto a compenso a favore di autori ed editori che tenga conto della nuova realtà digitale e individui con precisione sia i beneficiari sia le categorie di opere

¹⁰¹ V. http://cedro.org/licencias_cedro.asp. Nel predisporre le proprie licenze e le relative tariffe, il CEDRO parte dall'assunto, a dir poco discutibile, che non esistano utilizzazioni libere delle opere letterarie in Spagna, salve le ipotesi della copia per uso personale, di quella per fini di sicurezza pubblica o per il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, giudiziale o parlamentare oppure la copia realizzata senza scopo di lucro a beneficio di disabili. Il CEDRO ritiene pertanto che tutte le altre copie debbano essere debitamente autorizzate. L'impostazione è rivelata dal documento contenente le tariffe generali per il 2010: <http://cedro.org/files/Tarifas2010.pdf>.

¹⁰² V. <http://conlicencia.com>.

¹⁰³ V. <http://www.conlicencia.com/Conlicencia/Sectores.html>; S. VEZZOSO, *E-learning e sistema delle eccezioni al diritto d'autore*, op. cit., p. 177, che ricorda come le licenze CEDRO siano state sottoscritte da varie università spagnole, tra cui la Universidad Oberta de Catalunya e la Universidad de Malaga.

comprese nel suo ambito di applicazione. Tra le varie soluzioni astrattamente possibili, è questo il modello adottato da quei paesi dell'Unione Europea (come la Germania e la Francia) più vicini all'Italia per tradizione giuridica e per dimensioni e caratteristiche del sistema d'istruzione pubblica. La Germania, in particolare, in conformità con gli articoli 5(3)(a) e 5(5) della direttiva 2001/29/CE, individua le utilizzazioni utili ai fini dell'insegnamento mediante una serie di previsioni normative assai più dettagliate di quelle previste nell'art. 70 LDA. Identico è stato l'approccio della Francia nel dar forma all'eccezione per usi didattici introdotta nel Codice della proprietà intellettuale, entrata in vigore nel 2009. In entrambi i casi, le eccezioni per usi didattici sono strutturate come licenze legali che riconoscono un diritto a compenso a fronte di utilizzazioni individuate chiaramente e riservate a cerchie ristrette d'insegnanti e studenti coinvolti in una specifica attività didattica. Come accennato, la legge tedesca si preoccupa anche di rendere possibili riproduzioni e comunicazioni digitali necessarie a estendere la nozione di classe in senso fisico a un numero limitato di studenti che siano posti nella condizione di accedere ai materiali protetti su un *network* chiuso.

Al momento, almeno sulla carta, l'Italia si trova in una posizione molto simile a quella della Spagna ma, a differenza di questa, non sembra poter contare su un'applicazione giurisprudenziale *evolutiva* dell'art. 70 LDA che estenda i confini della classe intesa in senso meramente fisico e permetta usi digitali del materiale utilizzato per fini illustrativi. Come in Spagna, la mancata previsione di un diritto a compenso a favore dei titolari di diritti d'autore nell'eccezione didattica italiana e l'estrema vaghezza delle previsioni normative hanno l'effetto di radicalizzare lo scontro tra le parti interessate, in assenza di accordi che completino l'insufficiente quadro normativo e assicurino, da un punto di vista economico, un effettivo bilanciamento degli interessi in gioco.

In un sistema d'istruzione in prevalenza pubblico, come quello italiano, è irrealistico pensare che le scuole e le università, con sempre minori risorse a loro disposizione e con un'autonomia finanziaria e amministrativa non paragonabile a quella delle università inglesi e americane, decidano improvvisamente di sottoscrivere, a titolo individuale, licenze complesse e onerose come quelle proposte in Spagna dal CEDRO e in Italia dalla Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO), di cui è socia l'Associazione Italiana Editori (AIE).¹⁰⁴

L'AIDRO offre alla sottoscrizione degli istituti d'istruzione italiani pubblici e privati la *Licenza Educational Standard*, che mira innanzitutto a legalizzare il fenomeno dell'attività di fotocopia abusiva, e cioè quella che oltrepassa i limiti quantitativi fissati dall'art. 68 LDA.¹⁰⁵ Nelle *Linee guida sulla gestione dei diritti d'autore nelle università*, che accompagnano idealmente la licenza

¹⁰⁴ V. <http://aidro.org>.

¹⁰⁵ V. <http://aidro.org/Gestionediritti/Licenze.aspx>

anzidetta, l'AIDRO illustra i presupposti giuridici da cui muove la propria attività di licenza.¹⁰⁶ Nel far ciò il documento "dimentica" completamente di menzionare il disposto dell'art. 70 (comma 1) LDA, non solo dando per scontata l'impossibilità di applicazione di questa norma a certi usi limitati delle opere protette in ambito digitale ma - così pare nel leggere le linee guida - ignorandone addirittura l'applicabilità agli usi analogici nella didattica frontale.¹⁰⁷ Il documento in esame si preoccupa soprattutto di illustrare i limiti di applicazione dell'eccezione riguardante l'attività di fotocopia (art. 68 LDA), come se questa fosse l'unica eccezione prevista in Italia per la didattica.¹⁰⁸ Le linee guida tracciano un confine preciso tra le funzioni esercitate dalla Società Italiana Autori e Editori (SIAE) nella gestione *ex lege* dell'equo compenso previsto a fronte dell'attività di fotocopia e le prerogative economiche dell'AIDRO nell'autorizzare tutti quegli usi che vanno oltre i limiti quantitativi della licenza legale gestita dalla SIAE.¹⁰⁹ Fin qui, nessun problema. Più di un problema pone invece il documento quando dipinge di bianco (o di nero, se si preferisce il punto di vista delle università e degli altri istituti d'istruzione) aree del diritto d'autore italiano che, da una posizione più imparziale, appaiono grigie. Nelle linee guida si sostiene per esempio che la produzione di dispense universitarie, non essendo prevista nell'eccezione che regola la copia privata di cui all'art. 68 LDA, deve essere sempre autorizzata dagli aventi diritto (e cioè dall'AIDRO) per essere legittima.¹¹⁰ Questa conclusione pare quantomeno dubbia nelle ipotesi in cui le fotocopie di estratti da libri o riviste scientifiche distribuite in classe a studenti, secondo il disposto dell'art. 70 LDA, non eccedano il limite legale del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico inserito nelle dispense.¹¹¹ Inoltre, l'AIDRO sostiene che, non esistendo in Italia eccezioni specifiche per la gestione delle utilizzazioni digitali, qualsiasi attività di digitalizzazione di materiale protetto o qualsiasi utilizzazione di opere pubblicate direttamente in formato digitale sia illegittima senza

¹⁰⁶ AIDRO (a cura di), *Linee guida sulla gestione dei diritti d'autore nelle università*, Maggio 2009, disponibile alla pagina <http://aidro.org/topmenu/DOCUMENTI.aspx>.

¹⁰⁷ L'unica disposizione dell'art. 70 LDA citata dall'AIDRO nel suo documento è, paradossalmente, quella del comma 1-*bis* che, per le ragioni illustrate nel testo, pare destinata a rimanere lettera morta: v. AIDRO, *Linee guida*, op. cit., pp. 11-12.

¹⁰⁸ Il che, come sappiamo, non corrisponde al vero, anche perché l'art. 68 LDA non menziona per nulla il fine d'insegnamento, limitandosi invece a stabilire un permesso generico di fotocopiare fino al quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico per l'uso strettamente personale di chi copia, a condizione che un compenso sia corrisposto ad autori e editori per il tramite di centri di riproduzione privati o delle biblioteche pubbliche (secondo i criteri determinati dall'art. 181-*ter* LDA): v. art. 68 LDA, commi 3, 4 e 5.

¹⁰⁹ V. AIDRO, *Linee guida*, op. cit., pp. 5-8, che ricorda anche le pesanti sanzioni penali e amministrative con cui la legge italiana punisce l'attività di fotocopia illecita.

¹¹⁰ V. AIDRO, *Linee guida*, op. cit., p. 7.

¹¹¹ Sostenere il contrario vorrebbe dire non ammettere alcun raccordo tra le disposizioni degli articoli 68 e 70 LDA e arrivare alla conclusione (irragionevole) che le fotocopie nei limiti del quindici per cento sono legittime se realizzate dagli studenti, ognuno per sé, mentre sono illegittime (e addirittura passibili di sanzione penale) se realizzate direttamente dal docente a loro beneficio, nonostante il pagamento del compenso a favore di autori e editori per il tramite del centro di riproduzione o della biblioteca in cui le dispense si producono. Sembra rilevante a questo proposito anche la circostanza che, secondo l'art. 70, comma 2, LDA la riproduzione di parti di opere in antologie a uso scolastico (simili per composizione e funzione alle dispense universitarie) sia soggetta *non* a un diritto esclusivo dell'editore ma a un diritto a compenso, determinato secondo i criteri fissati dal Regolamento di esecuzione della LDA (v. sopra, nota 7).

l'autorizzazione degli editori. Anche questa conclusione così netta, però, manca di obiettività se si considera che la *ratio* e lo stesso tenore letterale del primo comma dell'art. 70 LDA non sembrano escludere *a priori* certi usi digitali quantitativamente limitati dall'ambito delle utilizzazioni didattiche *libere* (e cioè non soggette ad alcun compenso).¹¹² Come rimarcato più volte in questa sede, è l'atteggiamento della giurisprudenza italiana sul punto che sembra non lasciar spazio ad applicazioni evolute di una disposizione che è tecnologicamente neutra e che, per proteggere gli interessi dei titolari dei diritti d'autore (in conformità con la direttiva europea del 2001) non pone altri limiti oltre ai requisiti delle finalità illustrative e della non concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera.

Così come gli usi licenziati in Spagna dal CEDRO, gli usi digitali che l'AIDRO intende licenziare in Italia si collocano in una zona grigia in cui le scuole e le università pubbliche non sanno se, legislazione alla mano, devono pagare oppure no per le attività che compiono.¹¹³ In un quadro legislativo così incerto, l'incentivo per scuole e università a sottoscrivere individualmente licenze come quelle di AIDRO per tutti i corsi inclusi nella propria offerta didattica (con pagamenti di compensi proporzionati al numero dei partecipanti ai corsi) è pertanto molto debole. Proprio per rimuovere questa zona grigia e fare finalmente chiarezza, a vantaggio sia delle scuole e delle università sia degli editori e di altri titolari di diritti d'autore, sarebbe opportuno riformare l'art. 70 LDA istituendo una licenza legale a beneficio degli usi didattici, prendendo a modello l'art. 52a della legge tedesca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*) o l'art. 122-5, comma 3, lettera e) del Codice della proprietà intellettuale francese. Nella nuova disposizione, da far seguire all'attuale primo comma, dovrebbero indicarsi come beneficiari soggetti ben determinati: per esempio, gli istituti d'istruzione superiore, pubblici o riconosciuti dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) e i relativi docenti, ricercatori e studenti. Dovrebbero inoltre specificarsi eventuali esclusioni di categorie specifiche di opere dall'oggetto dell'eccezione: potrebbero per esempio escludersi dal beneficio, per coerenza con l'art. 68, comma 3, LDA, la riproduzione di spartiti e partiture musicali e, prendendo esempio da altri paesi europei, anche i manuali didattici e le opere cinematografiche fino a due anni dall'uscita nelle sale. Una rilevanza speciale dovrebbe

¹¹² V. sopra, §2.1.2 .

¹¹³ V. AIDRO, *Linee guida*, op. cit., pp. 9-14. Le autorizzazioni concesse dall'AIDRO a favore della biblioteca dell'Università Bocconi di Milano nell'ambito di un progetto pilota avviato nel 2009 non sembrano così generose o innovative da incoraggiare un'università pubblica (e l'Università Bocconi non lo è) a cambiare strategia e a investire tempo e risorse per l'acquisizione di facoltà d'uso poco più ampie di quelle concesse (gratuitamente) dall'art. 70 LDA. La licenza sperimentale in esame, infatti, include la sola digitalizzazione di brevi estratti da opere letterarie (tratte del repertorio AIDRO) in formato analogico e la loro successiva messa a disposizione a favore degli studenti per la durata di un corso attraverso un *network* chiuso gestito dall'università; il tutto a fronte di un pagamento commisurato al numero dei partecipanti al corso. L'AIDRO tiene a precisare che la licenza non si estende agli usi didattici di pubblicazioni "nativamente digitali" (*sic*) che gli editori gestiscono di regola direttamente e non tramite accordi collettivi: v. AIDRO, *Linee guida*, op. cit., p. 11.

poi rivestire l'estensione della licenza a tutti quegli atti di riproduzione necessari a consentire la comunicazione digitale di estratti da opere protette (a prescindere dal formato originale di pubblicazione, analogico o digitale) a favore della cerchia ristretta del docente e degli studenti di un determinato corso mediante posta elettronica e/o attraverso il caricamento di tali materiali su pagine (tipo intranet) accessibili mediante *password* o altro codice identificativo.

Come in Germania e in Francia, infine, la nuova disposizione dovrebbe individuare un modello di contrattazione e di determinazione del compenso dovuto ai titolari di diritti d'autore adatto a un sistema d'istruzione in prevalenza pubblica, decidendo se conferire per legge al compenso un carattere forfetario (come fa la legge francese) o meno. Tale potrebbe essere un sistema di licenze collettive in cui a negoziare i criteri di calcolo e le forme di pagamento dei compensi fossero, da un lato, enti esponenziali delle università e degli istituti d'istruzione superiore e, dall'altro, società di gestione collettiva dei diritti per le varie categorie di opere comprese nell'oggetto della nuova disposizione di legge (per esempio, le opere letterarie, i fonogrammi e i videogrammi, le fotografie, le riproduzioni di opere d'arte figurativa, etc).

Un buon esempio di contrattazione collettiva, che potrebbe funzionare come modello per le utilizzazioni didattiche, si rinviene nell'art. 181-*ter* LDA, cui l'art. 68 LDA rinvia per la determinazione del compenso forfetario previsto a fronte dell'attività di fotocopia nelle biblioteche pubbliche, demandata a un accordo tra la SIAE e le associazioni di categoria interessate.¹¹⁴ Su questa base, autori e editori - rappresentati dalla SIAE, dall'Associazione Italiana Editori (AIE) e da altre associazioni in rappresentanza di scrittori (rispettivamente, il Sindacato Nazionale Scrittori, il Sindacato Libero Scrittori Italiani e l'Unione Nazionale Scrittori e Artisti) - hanno sottoscritto nel luglio 2007 un accordo con la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (CRUI) che commisura il compenso per fotocopie dovuto annualmente dalle università italiane al numero di studenti iscritti.¹¹⁵ Al meccanismo dell'art. 181-*ter* LDA potrebbe quindi far rinvio anche l'ipotetica, nuova disposizione dell'art. 70 LDA, prevedendo, anziché un compenso forfetario, che di certo non sarebbe un incentivo alla contrattazione per i titolari dei diritti, remunerazioni calcolate secondo tariffe diverse per ciascuna categoria rilevante di utilizzazioni (per esempio, la produzione di dispense universitarie). Al tempo stesso, le ripartizioni dei compensi potrebbero riflettere agevolmente l'uso effettivo delle opere nelle varie attività didattiche se alle università fosse

¹¹⁴ L'art. 181-*ter*, comma 1, specifica inoltre che in mancanza di accordo tra le parti sia un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri a procedere a tali determinazioni. E' anche previsto che, una volta determinata l'entità del compenso, sia la SIAE a raccogliarlo e ripartirlo tra gli aventi diritto, inclusi i soggetti per i quali la SIAE non svolge attività d'intermediazione. L'art. 181-*ter*, comma 2, riconosce alla SIAE la facoltà di ripartire i compensi a favore dei soggetti da essa non rappresentati per il tramite delle principali associazioni delle categorie interessate, individuate sempre con decreto del Presidente del Consiglio, sentito il comitato consultivo di cui all'art. 190 LDA.

¹¹⁵ L'*Accordo in materia di reprografia tra SIAE/AIE/SLSI/SNS/UNSA e CRUI* del 19 luglio 2007 è catalogato con il numero di protocollo 10/17/ADM/PT dalla Sezione Opere Letterarie e Arti Figurative (OLAF) - Ufficio Reprografia della SIAE. Si ringrazia la CRUI per aver messo il documento a disposizione dell'autore.

richiesto - come condizione di legittimità degli usi didattici intrapresi - di comunicare periodicamente alla SIAE, per via telematica, dati aggregati riguardanti i materiali messi a disposizione degli studenti, anche *on-line*, e il numero di studenti che ne hanno usufruito. Nel caso specifico delle opere letterarie ciò permetterebbe alla SIAE di ripartire a favore dell'AIE (o dell'AIDRO) un compenso effettivamente proporzionale alle utilizzazioni effettuate e indirizzato ad aventi diritto individuati o facilmente individuabili. Il meccanismo potrebbe infine essere completato dall'attribuzione di poteri di supervisione e controllo dell'effettiva attuazione del sistema di compensazione a un comitato tecnico paritetico, come quello istituito dall'art. 6 dell'accordo tra la CRUI e i rappresentanti degli autori e degli editori italiani.

Una volta illustrate le linee essenziali di una possibile riforma legislativa, occorre pur sempre fare i conti con la realtà. L'attuale situazione politica italiana e il disinteresse mostrato dagli ultimi governi nel mettere mano alla materia cui questo studio è dedicato inducono al pessimismo. Eppure qualcosa nella politica si è mosso di recente: la sfortunata parabola della novella del 2008, che ha introdotto il comma 1-*bis* nell'art. 70 LDA con intenzioni nobili ma anche con un carico fatale d'innocenza e idealismo, ne è a suo modo un esempio. Affinché qualcosa si muova nella direzione giusta, c'è soprattutto da sperare che la commissione formata in seno al Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore nel maggio 2007 con il compito istituzionale di approfondire il rapporto tra diritto d'autore e nuove tecnologie trovi il tempo e il modo di occuparsi della relazione complessa tra l'attività didattica (intesa nella sua accezione più ampia e avanzata) e il diritto d'autore, con l'obiettivo di porre rimedio ai gravi problemi causati dall'insostenibile leggerezza con cui, nel 2003, il legislatore italiano ha dato esecuzione alla direttiva europea 2001/29/CE e in modo particolare al suo art. 5(3)(a).¹¹⁶ E' a questa commissione, e al Comitato nel suo insieme, che s'intende rivolgere idealmente le proposte qui formulate.

Se una riforma legislativa dell'impianto dell'art. 70 LDA non è realistica nel breve periodo, ciò che è possibile e anzi auspicabile per uscire dall'*impasse* è un'iniziativa congiunta della CRUI e dei rappresentanti di autori e editori (SIAE, AIE e altri) per l'ampliamento dell'accordo economico concluso per la determinazione e il pagamento dei compensi per le fotocopie nelle biblioteche delle università pubbliche. In fase di rinnovo dell'accordo del 2007, che per effetto di una proroga tacita

¹¹⁶ Il Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore è un organo di consulenza del Ministro per i beni e le attività culturali, la cui forma e i cui compiti sono previsti dagli artt. 190 ss. LDA. Le attività del Comitato possono essere seguite sul sito del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, nella sezione curata dalla Direzione Generale per le Biblioteche, gli Istituti Culturali e il Diritto d'autore: <http://librari.beniculturali.it>. In fase di ricostituzione del Comitato, nel maggio 2007, oltre alla commissione menzionata nel testo è stata formata una seconda commissione per studiare la riforma del Regolamento di esecuzione della LDA. Un'iniziativa recente di studio e approfondimento del Comitato, di grande rilievo, è confluita nelle "Proposte per una riforma del diritto d'autore", presentate il 18 dicembre 2007 all'allora ministro Francesco Rutelli. Nel documento vari gruppi di lavoro, formati da esperti di diritto d'autore e da rappresentanti dei vari portatori d'interessi, hanno formulato proposte di riforma per molte disposizioni della legislazione vigente: v. http://librari.beniculturali.it/upload/documenti/18_12_2007.pdf.

scadrà alla fine del 2011, le parti interessate potrebbero negoziare e definire i termini di un accordo collettivo ulteriore, sottoscritto su basi puramente volontarie, che crei una licenza - sperimentale e a tempo determinato, come la logica di un contratto collettivo impone - per le classi di utilizzazioni didattiche che qui si è suggerito di inserire nell'ipotetica nuova disposizione dell'art. 70 LDA. Nell'accordo dovrebbero prevedersi non solo i criteri di calcolo dei diversi compensi dovuti ad autori e editori per ciascuna tipologia di utilizzazione didattica consentita ma anche le prerogative di supervisione e controllo del comitato tecnico paritetico istituito dalle parti e modalità concrete di raccolta e ripartizione dei compensi che garantiscano semplicità, trasparenza ed efficienza.