

Luiss DREAM – OPICC partecipano alla Public consultation on the role of publishers in the copyright value chain and on the 'panorama exception' della Commissione europea.

Luiss-DREAM (Diritto e Regole per Europa Amministrazione e Mercati) è un centro di ricerca del Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS “Guido Carli” (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali), diretto dal Prof. Giandomenico Mosco, vice-direttore Prof. Gustavo Olivieri di cui fanno parte vari osservatori fra cui OPICC (Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni), fondato dal Prof. Gustavo Ghidini. La presente risposta alla consultazione europea e le considerazioni che seguono sono congiuntamente attribuibili a Luiss Dream e ad OPICC (e specificamente a: Prof. Gustavo Olivieri, Prof. Gustavo Ghidini, Prof. Francesco Graziadei; Prof.ssa Emanuela Arezzo; Dott.ssa Eleonora Sbarbaro, PhD; Dott. Alessandro Romano; Dott.ssa Andrea Cristina Tassoni; Dott.ssa Andrea Elisa Pisu).

Indice

| | |
|---|----|
| 1 Il ruolo dei publishers ed il cd. 'ancillary copyright' | 1 |
| 1.1 Considerazioni generali. | 1 |
| 1.2 L'impatto dell'ancillary copyright sulle varie tipologie di stakeholders. | 3 |
| 2 Lo stato dell'arte sull' "eccezione di panorama" | 6 |
| 2.1 Gli usi liberi delle immagini di opere di architettura e scultura esposte permanentemente alla pubblica vista nella prospettiva di un centro di ricerca italiano | 7 |
| 2.2 L'ipotesi di introdurre un'eccezione di panorama per usi non commerciali da recepire obbligatoriamente da parte degli Stati membri anche nell'ottica dell'attività di un centro di ricerca italiano | 8 |
| 2.3 L'ipotesi di introdurre un'eccezione di panorama per usi non commerciali e per usi commerciali nell'ottica dell'attività di un centro di ricerca italiano | 9 |
| 2.4 Altre questioni e problematiche concernenti la "libertà di panorama" | 10 |

1 Il ruolo dei publishers ed il cd. 'ancillary copyright'

1.1 Considerazioni generali. Per quanto attiene alla prima delle due questioni affrontate dalla consultazione, quella relativa al cd. 'ancillary copyright', vale a dire una sorta di 'neighboring right' in capo ad alcune tipologie di editori per alcune tipologie di accesso online ai loro contenuti effettuate da aggregatori di news (tecniche di linking e di snippet), è possibile osservare preliminarmente quanto segue.

Il diritto esclusivo di sfruttamento economico tipico del paradigma autoriale e dei diritti connessi trova la sua funzione nell'esigenza di attribuire le possibili utilità economiche generate dallo sfruttamento di un'opera dell'ingegno o di attività imprenditoriali ad essa legate a colui al quale sono in qualche modo attribuibili quelle utilità. Nel caso del linking, possono darsi due ipotesi: o l'opera è già a disposizione di chiunque, in quanto liberamente accessibile in rete, e in tal caso la diversa modalità di accesso (direttamente dal sito o con link di un aggregatore) non genera una nuova utilità per il pubblico; oppure vi è un pubblico per il quale quella diversa modalità di accesso costituisce l'unica possibilità di fruizione dell'opera, per la quale ovviamente è disposto a pagare, e in questo caso la circolazione dell'opera genera

nuove utilità di cui è giusto che il titolare originario o derivato benefici.

In questo secondo caso siamo pienamente nell'ambito del diritto di comunicazione al pubblico (messa a disposizione), che è già previsto. Nel primo caso, invece, la previsione di un diritto esclusivo o anche solo a compenso sarebbe sprovvista della sottostante giustificazione gius-economica e sarebbe più vicina ad un prelievo fiscale o ad un sussidio che a un diritto di proprietà intellettuale¹.

Coerentemente con quanto appena esposto, la Corte di Giustizia Europea ha infatti stabilito (nel Case C-466/12, meglio noto come Case Svensson) un principio per cui «*there is no copyright infringement when providing hyperlinks to freely accessible copyright-protected content*».

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, pertanto, ai sensi dell'art. 3 della Direttiva Infosoc non ogni attività di linking o di citazione costituisce una nuova comunicazione al pubblico (e una conseguente violazione del diritto), bensì solo quelle che lascino filtrare i contenuti protetti verso un 'nuovo pubblico', e cioè un pubblico differente da quello preso in considerazione dal titolare nell'atto originario di autorizzazione: tale lettura dell'art. 3 risulta più che sufficiente a tutelare le prerogative degli editori.

In generale si rileva come il sistema della proprietà intellettuale si fonda su un equilibrio tra diversi ed opposti valori e pertanto la sua configurazione riveste carattere di particolare delicatezza.

Le esclusive che l'ordinamento riconosce devono avere finalità ben precise: aumentare il livello di innovazione tecnologica o il patrimonio culturale, di cui potrà beneficiare la collettività ("to promote the science and useful arts" per dirla con la Costituzione americana). Esse pertanto devono avere carattere di eccezionalità, essere strettamente funzionali agli obiettivi appena evidenziati ed in equilibrio con controvalori come la libertà di concorrenza e la libertà di espressione.

Inoltre la Direttiva 2001/29/CE all'art. 5, numero 3, lettere C e D, stabilisce la possibilità per gli Stati membri di prevedere eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e di comunicazione: tali previsioni della Direttiva Infosoc traducono e riproducono, nel diritto comunitario, la Convenzione di Berna sul diritto d'autore, la quale già in origine riconosceva il diritto di libera citazione dei contenuti presenti negli articoli di giornale, e operano un tentativo di armonizzazione dei singoli regimi di eccezioni e limitazioni previsti negli

Stati

membri.

Il cardine attorno al quale ruota l'intero sistema del right to quote, e rispetto al quale l'esercizio effettivo dell'ancillary copyright sembrerebbe pertanto in contrasto, è costituito dall'art 10 della Convenzione di Berna, rubricato Free Uses of Work². Nel corso della Conferenza di Stoccolma del 1967 è stato poi affermato con decisione che le citazioni libere dovrebbero poter includere anche '*fairly considerable portions of articles*'.

Non bisogna oltretutto dimenticare che la Convenzione di Berna è inclusa negli accordi TRIPS, i quali fanno parte dei WTO agreements: tale considerazione risulta particolarmente significativa, alla luce del fatto che gli stati facenti parte della WTO (quindi gli stati UE) hanno una «*mandatory, affirmative obligation to permit anyone to quote from a work that is already lawfully publicly available*». In questo senso, risultano evidenti i profili di contrasto dell'ancillary copyright con il sistema europeo e internazionale del right to quote.

Inoltre gli aggregatori fungono da substrato tecnologico del pluralismo, suggerendo la visualizzazione di contenuti che altrimenti non sarebbero probabilmente visualizzati dagli utenti: l'ancillary copyright

¹ Si osserva che in alcuni dei paesi che già hanno accolto tale istituto nel proprio ordinamento, esso risulta applicato come una sorta di 'tassa privata' a carico degli aggregatori di news, una fattispecie estranea al copyright eppure capace di creare 'titoli giuridici' sui contenuti normalmente coperti da tutela autoriale, tanto da indurre parte della letteratura a parlare degli *snippet levies* come di tasse la cui unica ratio è colpire il business dell'informazione digitale a vantaggio degli editori.

² L'art 10 della Convenzione di Berna recita «*It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries*».

propenderebbe verso un'obsoleta impostazione di chiusura nei confronti della condivisione digitale.

1.2 *L'impatto dell'ancillary copyright sulle varie tipologie di stakeholders*. La Commissione richiedeva un'analisi che prendesse in considerazione le conseguenze del diritto di cui si è detto al paragrafo precedente in relazione agli interessi di tutte le tipologie di stakeholder presenti, con particolare riguardo a: editori, autori, ricercatori/istituzioni di ricerca, utenti privati.

Prima di addentrarsi nel cuore dell'analisi delle conseguenze cui l'estensione a livello europeo dei neighboring rights porterebbe, è però necessario dar conto di una duplice chiave di lettura di tali diritti, descrivibili da un punto di vista soggettivo e da un punto di vista oggettivo: nel primo caso, il riferimento va alle conseguenze che tali diritti, astrattamente considerati, potrebbero avere sulle attività degli stakeholder già menzionati; nel secondo caso, il riferimento va alla costruzione giuridica da attuare, e cioè in particolare alla rinunciabilità ovvero all'irrinunciabilità del diritto: la scelta dell'uno o dell'altro modello avrebbe un impatto notevolmente differente sui soggetti coinvolti e sulla composizione stessa del mercato degli aggregatori di news.

Da un **punto di vista soggettivo**, sono da prendere in considerazione la posizione e gli interessi dei vari stakeholder.

1) **Per quanto concerne gli editori**, le conseguenze dell'introduzione dei cd. neighboring rights nella disciplina europea sembrerebbero a prima vista soddisfacenti: la nuova disposizione permetterebbe infatti loro di incassare delle fee per gli utilizzi fatti da terzi, quali link e snippet, dei propri contenuti. Tuttavia, a ben guardare, anche per gli editori potrebbe trattarsi di un vantaggio economico solo di breve periodo: come dimostrano le esperienze spagnola³ e tedesca⁴, infatti, probabili effetti di medio-lungo periodo dell'ancillary copyright sarebbero o una forte contrazione del mercato degli aggregatori di news (in Spagna, per esempio, si è avuta la chiusura della sede locale di Google News) o una spaccatura nell'editoria, con la contrapposizione tra alcuni editori, i quali pretenderebbero comunque di ricevere le fee ed altri editori, i quali invece concederebbero gratuitamente lo sfruttamento dei propri contenuti, in cambio del ritorno di visibilità reso possibile dall'attività degli aggregatori. In entrambi i casi, è facilmente ipotizzabile un calo di visibilità (e quindi di introiti pubblicitari, legati al meccanismo delle visualizzazioni), soprattutto per i siti (e quindi per gli editori) di minori dimensioni, a causa della non convenienza per gli aggregatori di news nel pagare le fee.

2) **Per quanto riguarda gli autori**, è possibile suddividere il discorso in due argomentazioni distinte:

³ In Spagna, nel 2014, è stata emendata la cd. Ley de Propiedad Intelectual (Canon AEDE). In particolare, l'art 32, aggiornato, individua una bipartizione fra '*non significant fragments of news*' (nel qual caso l'aggregatore deve l'equo compenso ma non necessita del consenso del titolare del diritto) e '*significant fragments of news*' (nel qual caso l'aggregatore deve l'equo compenso e necessita del permesso). Per un'analisi circostanziata delle suddette esperienze legislative si veda "Understanding "Ancillary Copyright" in the Global Intellectual property Environment", Computer and communication Industry Association, Febbraio 2015, disponibile au http://cdn.ccia.net.org/wp-content/uploads/2016/05/CCIA_AncillaryCopyright_Paper_A4-1.pdf.

⁴ In Germania, nel 2013, è stata introdotta la Leistungsschutzrecht, la quale ha sancito per i "motori di ricerca o altri operatori commerciali" il divieto di indicizzare e, oltretutto mettere a disposizione del pubblico i "prodotti editoriali". E' stata introdotta quindi una vera e propria privativa a tutela degli editori, avente la durata di un anno dal momento della pubblicazione della notizia. L'unica eccezione prevista a tale privativa è riferita ai "più piccoli estratti" del prodotto editoriale, i quali comunque non possono essere composti da più di otto parole. La legge è stata formulata e diretta univocamente ai motori di ricerca commerciali, la sua applicazione non si estende alla condivisione di contenuti da parte del private user.

- dal punto di vista economico, con particolare riferimento al rapporto contrattuale fra autori e editori, probabilmente l'introduzione dell'ancillary copyright non avrebbe alcun tipo di conseguenza, non modificando lo status quo. È probabile (a meno di pattuizioni particolari, dovute ai casi in cui l'autore sia dotato di una notevole forza contrattuale nei confronti dell'editore) che l'autore, il quale avesse ceduto all'editore i propri diritti patrimoniali sull'opera, non riceverebbe in realtà alcuna ulteriore remunerazione percentuale sulle fee pagate all'editore dall'aggregatore di news: è infatti ipotizzabile che i neighboring rights verrebbero considerati come ricompresi nei diritti di sfruttamento economico dell'opera già ceduti a monte dall'autore all'editore, con la conseguenza che l'editore sarebbe legittimato a trattenere presso di sé quest'ipotetico maggior profitto. L'unica soluzione per ovviare a tale ipotesi sarebbe quella di prevedere, accanto all'ancillary copyright, la creazione di diritti spettanti direttamente spettante all'autore, sul modello di quelli previsti dalla legge italiana n. 633 del 1941, per esempio all'art. 46 c 3 per taluni degli autori delle opere cinematografiche⁵.

- dal punto di vista culturale, invece, l'impatto dell'ancillary copyright per gli autori potrebbe risultare fortemente negativo. Se, come accaduto in Spagna, l'introduzione dei neighboring rights a livello europeo dovesse portare a una contrazione nel settore degli aggregatori di news, sarebbe infatti probabile che il venir meno, o comunque la forte riduzione dell'attività di linking, di citazione e di indicizzazione, non solo penalizzerebbe la diffusione degli articoli giornalistici e delle altre opere, ma ridurrebbe anche la possibilità che tali articoli ed opere (e i loro autori) concorrano ad alimentare il dibattito socio-culturale e la libertà di informazione: una simile ipotesi si porrebbe anche in evidente contrasto con una significativa parte degli intenti sottesi al concetto di Digital Single Market.

- 3) **Con riferimento ai ricercatori e alle istituzioni di ricerca o di istruzione**, l'introduzione di un 'diritto connesso' relativo unicamente ai contenuti giornalistici pubblicati dagli editori, avrebbe un impatto negativo sulla loro attività. Tali soggetti, infatti, pur facendo parte della platea dei 'consumatori' delle opere protette, rivestono in tale contesto una posizione particolare, in virtù del loro ruolo preminente non solo nel fruire, ma anche e soprattutto nell'alimentare quella libertà di pensiero e di informazione e quel progresso scientifico e culturale che costituiscono anche parte degli obiettivi perseguiti con la strategia del Digital Single Market. È infatti evidente che l'impovertimento delle possibilità di citazione e di linking, dovute all'eventuale introduzione dei neighboring rights, comporterebbe un impoverimento anche del confronto di opinioni e della ricchezza di argomentazioni nell'ambito delle istituzioni di ricerca, a tutto detrimento del dibattito culturale e scientifico. Appare utile ribadire, infatti, come i centri di ricerca e gli istituti di formazione vadano considerati come 'utenti qualificati', ossia come soggetti che accedono all'informazione al fine di svolgere un'attività di approfondimento scientifico-culturale. Considerato che tali soggetti sono deputati a costituire un trait d'union tra la società, da un lato, e l'innovazione e la cultura, dall'altro, l'immediatezza nella ricezione di qualsiasi notizia, sia essa di carattere politico, economico o scientifico, è per essi di importanza assoluta. La possibilità di avere accesso alla notizia 'in tempo reale', senza impedimenti legati all'acquisizione di licenze che rendano lecita la diffusione del contenuto, o senza che vi sia la necessità di specifiche autorizzazioni, è strettamente funzionale all'efficienza del centro di ricerca o dell'istituto di formazione, tanto nella sua attività di accesso al contenuto, quanto nella sua attività di riproduzione del contenuto per un confronto, una

⁵ L'articolo in questione recita infatti «*gli autori della musica, delle composizioni musicali e delle parole che accompagnano la musica hanno diritto di percepire, direttamente da coloro che proiettano pubblicamente l'opera, un compenso separato per la proiezione*».

dissertazione, un'analisi.

Nel primo caso, che ipotizza il Centro come soggetto 'passivo' dell'informazione, l'eventuale sussistenza di una privativa a favore degli editori comporterebbe una limitazione nella rapidità della circolazione delle notizie di attualità, costituendo quindi un ostacolo all'accesso immediato all'informazione. Nel caso in cui, invece, il Centro dovesse avere la necessità di riprodurre il contenuto della notizia stessa, per realizzarne un'analisi, qualora si tratti di un argomento correlato all'oggetto dell'attività di ricerca, il Centro dovrebbe richiedere la specifica autorizzazione necessaria alla riproduzione e alla messa a disposizione del contenuto. Ciò costituirebbe, probabilmente, un deterrente all'utilizzo della notizia, e avrebbe come risultato ultimo quello di dissuadere il Centro dalla messa in circolazione della stessa. D'altra parte, il riferimento agli utilizzi dei contenuti a scopo didattico, scientifico o culturale non può che comportare un'attenta riflessione sul rapporto fra un'eventuale ancillary copyright e il sistema, già previsto dall'ordinamento, di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in relazione alle specifiche attività summenzionate.

- 4) **In relazione ai consumatori-utenti finali**, in primo luogo, se l'ancillary copyright fosse disegnato come distinto e cumulativo rispetto al diritto d'autore, anche qualora l'autore volesse concedere la libera condivisione dei contenuti, vi sarebbe un secondo 'gravame' da superare, ossia la licenza da parte dell'editore stesso: in questo senso, lo user-soggetto attivo sarebbe fortemente limitato nell'eventuale attività di circolazione dell'informazione. In secondo luogo, ipotizzando il venir meno degli aggregatori a seguito dell'introduzione dell'ancillary copyright, lo user che si trovasse nella posizione di dover accedere alla notizia, sarebbe privato di uno strumento utile di 'catalogazione': attualmente, infatti, gli aggregatori di news ordinano le notizie, in relazione al contenuto e al momento della pubblicazione, e ciò consente agli utenti di avere accesso ad un sistema di notizie previamente ordinato, nonché di focalizzare la propria attenzione su una determinata materia avendo la possibilità, tra l'altro, di scegliere tra diverse fonti. Gli aggregatori di news assurgono, in questo senso, a 'riequilibratori del web'. Offrono al lettore uno strumento di scelta dei contenuti, in maniera democratica, imparziale, apolitica. Viene dunque in luce l'interesse dei fruitori a una più ampia libertà d'informazione. Libertà d'informazione che oggi è sempre più lontana dal profumo della carta stampata e sempre più vicina alla perfetta e infinita riproducibilità del digitale. Non è impossibile sostenere che, in un simile contesto, un aggregatore di notizie possa probabilmente costituire, oltre che una declinazione del principio della libertà d'informazione, un suo substrato e presupposto tecnologico. Il dibattito circa la valenza sociale degli aggregatori digitali di notizie, dunque, scevro – grazie alla pluralità di attori presenti nel mercato degli aggregatori di notizie - dalle preoccupazioni monopolistiche che invece interessano l'affair Google Books⁶, si presenta limpido e difficilmente contestabile: gli aggregatori costituiscono infatti uno strumento che garantisce agli utenti l'effettività tecnologica della pluralità d'informazione, svolgendo dunque un ruolo nell'ambito del progresso informativo moderno e rappresentando una degna risposta, e una soluzione da tutelare, a quell'encouragement of learning che anima il dibattito autoriale fin dagli albori.

Da un **punto di vista oggettivo**, invece, assurge a nodo centrale della riflessione sull'ancillary copyright la già accennata duplice possibilità circa la costruzione di tale diritto in chiave di rinunciabilità ovvero di irrinunciabilità da parte del titolare.

⁶ Per le caratteristiche più uniche che rare di Google Books nel panorama culturale e librario, c'è infatti chi ha espresso timori circa una sorta di 'monopolio culturale' o di 'delega alla cultura' affidata a una multinazionale.

- 1) **Ancillary Copyright irrinunciabile:** l'irrinunciabilità del diritto - caratteristica volta ad evitare i profili anticoncorrenziali, di cui si dirà a breve, di un diritto rinunciabile - comporterebbe due conseguenze negative nel panorama editoriale europeo. Da un lato, con una siffatta normativa, verrebbe preclusa ad autori ed editori la possibilità di concedere gratuitamente i propri contenuti, qualora essi lo volessero, per le attività di linking, indicizzazione e citazione. Dall'altro, la medesima irrinunciabilità comporterebbe l'impossibilità per gli aggregatori di news di operare sul mercato senza pagare un equo compenso agli editori. La conseguenza più probabile, come già accennato e come mostrato dalle esperienze di alcuni Stati membri, sarebbe la contrazione del mercato degli aggregatori, o addirittura la sua sparizione, con ingenti perdite sia per gli editori che per gli utenti: per i primi, in termini di visibilità (e dunque con ricadute economiche negative, specie per i piccoli editori che sviluppano un basso tasso di contatti diretti e per i quali dunque gli aggregatori costituiscono un veicolo essenziale di generazione di risorse), per i secondi, come già detto, in termini di possibilità di accesso alla pluralità d'informazione.

- 2) **Ancillary Copyright rinunciabile:** la rinunciabilità del diritto comporterebbe evidenti profili di rischio per l'assetto concorrenziale del mercato degli aggregatori di news. Tale rinunciabilità potrebbe infatti spingere gli editori a concedere gratuitamente i propri contenuti soltanto a quegli aggregatori di news (es. Google News) che garantiscano un ingente ritorno di visibilità, esigendo invece dagli aggregatori di minori dimensioni il pagamento dell'equo compenso. Appaiono di tutta evidenza, in tal senso, le problematiche concorrenziali della normativa, potendosi creare nella peggiore delle ipotesi delle intese restrittive verticali fra aggregatori ed editori, e nella migliore delle ipotesi quantomeno delle notevoli barriere all'ingresso del mercato degli aggregatori di news⁷.

2 Lo stato dell'arte sull' "eccezione di panorama"

Come sottolineato dalla stessa Commissione europea, la c.d. "libertà di panorama" è un tema che non è stato, prima d'ora, oggetto di consultazioni pubbliche e che merita, invece, attenzione e riflessione⁸.

Ad oggi, esso necessita senz'altro un intervento al fine di ridurre l'incertezza giuridica, sia a favore degli utilizzatori che intendono, professionalmente o non, riprodurre e diffondere sul web immagini di edifici e opere d'arte collocati stabilmente in luoghi pubblici, sia per gli stessi titolari dei diritti, per avere consapevolezza delle proprie prerogative, sia al fine di garantire un più ampio accesso ai contenuti nell'ambito del mercato unico europeo, digitale e non.

Da un lato, la generalità degli utenti di internet ritiene che tutto ciò che è liberamente visibile ed esposto al pubblico sia anche liberamente riproducibile ed utilizzabile in ogni forma e modo. Dall'altro, la frammentazione e l'incertezza nella normativa sulle eccezioni al diritto d'autore nelle legislazioni dei diversi paesi, compresa quella sulla libertà di panorama, costituiscono un freno allo sviluppo di nuovi modelli di fruizione e diffusione dei contenuti a livello transfrontaliero, primi fra tutti, i nuovi modelli di istruzione,

⁷ Sul punto anche REUTERS T., Ancillary copyright for publisher the end of search engines and news aggregators in Germany?, European Intellectual Property Review, 2013, 35(5), 243-245.

⁸ Si veda Comunicazione della Commissione COM(2015) 626 final 9.12.2015 "Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore"; Comunicato stampa del 9.12.2015: "Primi passi per ampliare l'accesso ai contenuti on line e visione sulla modernizzazione delle norme UE sul diritto d'autore: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_it.htm.

caratterizzati da corsi on line (*e-learning*) destinati ad essere fruiti da studenti che risiedono in qualsiasi paese.

Per quanto concerne la legislazione comunitaria, l'eccezione, facoltativa, relativa alla "libertà di panorama", è contenuta all'articolo 5(3)(h) della Direttiva 29/2001, che consente la riproduzione e comunicazione al pubblico di immagini di opere di architettura o di scultura realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici, senza ulteriori limiti, se non il fatto che tali usi non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare⁹. L'eccezione, come noto, non è stata introdotta da tutti i Paesi membri dell'UE – l'Italia e la Francia, ad esempio, non hanno implementato la norma nei rispettivi sistemi – mentre i Paesi che hanno deciso di regolare la materia hanno comunque formulato l'eccezione in modo differente gli uni dagli altri; garantendola per alcuni tipi di opere e non per altre, o consentendo gli usi commerciali o meno¹⁰.

L'incertezza normativa, peraltro, non si colloca solo a livello di diffusione transfrontaliera e di mercato unico europeo, digitale o non, ma anche nell'ambito dell'ordinamento dei singoli Stati membri, come nel caso dell'Italia, in cui si è sentita l'esigenza di almeno due interrogazioni parlamentari sul tema, le cui risposte, peraltro, non sono riuscite a fare chiarezza sul punto¹¹.

2.1 Gli usi liberi delle immagini di opere di architettura e scultura esposte permanentemente alla pubblica vista nella prospettiva di un centro di ricerca italiano

Si premette che il centro di ricerca giuridico OPICC – LUISSDream – che si occupa di materie quali la proprietà intellettuale ed industriale, oltre alla disciplina della concorrenza e al diritto delle comunicazioni – è un centro italiano, ordinamento in cui non è stata recepita l'eccezione, facoltativa, relativa alla c.d. "libertà di panorama", contenuta all'articolo 5(3)(h) della Direttiva 29/2001.

Nell'ordinamento italiano, vieppiù, non vi è alcuna "normativa speciale", nemmeno diversa da quella autoriale, che regoli la riproduzione di opere esposte alla pubblica vista, le quali, appunto, di per sé, non godono in Italia di un regime particolare.

Il centro di ricerca, pertanto, nello svolgimento della propria attività, si conforma a quanto previsto dall'eccezione a scopo di ricerca scientifica, nonché a scopo di insegnamento, critica, discussione, recepita in Italia nell'art. 70 della legge sul diritto d'autore, legge n. 633/1941, e alla regola del *three step test*, introdotta, con riferimento alle opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, nell'articolo 71-*nonies* della medesima legge.

L'eccezione di cui all'art. 70 consente l'uso dell'opera nei limiti giustificati dagli specifici fini indicati (ricerca scientifica, insegnamento, critica, discussione), purché esso non si ponga in concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera da parte degli aventi diritto, specificando che l'uso a fini di insegnamento o di ricerca scientifica deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali. L'art. 70, inoltre,

⁹ Si veda *three step test*: articolo 5(5) della Direttiva 29/2001.

¹⁰ Si veda, ad esempio, i sistemi tedesco, danese ed inglese.

¹¹ Si veda interrogazione a risposta scritta 4-04417 presentata da Gianni Mancuso mercoledì 18 luglio 2007 nella seduta n. 191, cui è seguita risposta scritta dell'On. Andrea Marcucci, Sottosegretario di Stato per i beni e le attività culturali, datata 12 novembre 2007; Interrogazione a risposta scritta 4-05031 presentata da Franco Grillini lunedì 1 ottobre 2007 nella seduta n. 214, cui è seguita risposta scritta dell'On. Danielle Mazzonis, Sottosegretario di Stato per i beni e le attività culturali, datata 19 febbraio 2008.

consente la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini (e musiche) per uso didattico o scientifico, purché tale utilizzo non sia a scopo di lucro e solo se tali immagini siano “a bassa risoluzione o degradate”.

Trattandosi di un centro di ricerca che non svolge, a prescindere dall’università nel quale ha sede, corsi e attività di insegnamento a pagamento, in presenza come a distanza, esso può generalmente esercitare l’eccezione di cui si è detto. Le pubblicazioni scientifiche e gli altri materiali di studio e ricerca del centro – in cui potrebbero essere riprodotte anche immagini di opere di architettura e scultura esposte alla pubblica vista, per fini illustrativi – sono diffusi e messi eventualmente a disposizione degli interessati gratuitamente. La medesima regola non vale, ovviamente, quando il centro di ricerca, che non ha una propria casa editrice, è autore di pubblicazioni scientifiche a scopo commerciale, effettuate dalla casa editrice dell’università o da altri editori giuridici.

L’eccezione di cui si è detto, tuttavia, dispone che gli usi a scopo di ricerca scientifica, insegnamento, critica, discussione siano circoscritti ai soli “brani o parti” di opere e quindi non all’opera intera; come se, nell’illustrare un’opera – per esempio, al fine di confrontarla con un’altra per evidenziare i profili di somiglianza che possono integrare plagio, contraffazione ed altre fattispecie giuridiche di interesse per il centro di ricerca – non fosse fondamentale poter illustrare l’intera opera, potendola, invece, rappresentare/riprodurre solo in “parti” o “porzioni”¹².

Inoltre, per quanto concerne la pubblicazione su internet di immagini per uso didattico o scientifico, sussistono ovvi problemi interpretativi, nonché “pratici”, dovuti al fatto che la norma prescrive che le immagini debbano essere “a bassa risoluzione o degradate”.

Infine, è chiaro che la mancata armonizzazione delle eccezioni al diritto d’autore, compresa quella sulla libertà di panorama, richiede, nel caso di utilizzi che abbiano rilevanza al di fuori della normativa strettamente nazionale, l’ulteriore verifica che l’eccezione a scopo di ricerca, insegnamento, critica, sia implementata, interpretata ed applicata allo stesso modo dal diverso paese europeo¹³.

2.2 L’ipotesi di introdurre un’eccezione di panorama per usi non commerciali da recepire obbligatoriamente da parte degli Stati membri anche nell’ottica dell’attività di un centro di ricerca italiano

L’introduzione di una specifica eccezione, obbligatoria per tutti gli Stati membri, con riferimento all’uso non commerciale di immagini di opere di architettura o di scultura realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici (come auspicato dalla Commissione nell’ambito degli obiettivi generali in materia di armonizzazione del diritto d’autore, peraltro non esclusivamente con riguardo all’eccezione di panorama:

¹² Come già ampiamente sottolineato dal medesimo centro di ricerca, insieme al Centro di ricerca ASK-Art, Science and Knowledge dell’Università Bocconi e in collaborazione con la Biblioteca dell’Università Bocconi nella precedente Consultazione pubblica in sede europea per una riforma del diritto d’autore, “Public Consultation on the review of EU copyright rules”, svoltasi nel periodo dal 5 dicembre 2013 al 5 marzo 2014, cui si rimanda per maggiori approfondimenti, v. il documento di risposta alla consultazione disponibile al seguente link: http://giurisprudenza.luiss.it/sites/ricerca.giurisprudenza.luiss.it/files/Consultation-document_en_OPICC_ASK_inviato.pdf.

¹³ Su quanto sopra e, più in generale, sulla critica all’attuale formulazione delle eccezioni al diritto d’autore, si veda quanto più diffusamente descritto in: Gustavo Ghidini, *Exclusion and Access in Copyright Law: The unbalanced features of the InfoSoc Directive*, in *Methods and Perspectives in Intellectual Property*, ATRIP Intellectual Property Series, G. B. Dinwoodie (ed.), Edward Elgar Publishing, 2013, 307; Gustavo Ghidini, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Edward Elgar, 2010; Eleonora Sbarbaro, *Note sulla disciplina delle libere utilizzazioni tra mondo analogico e mondo digitale*, in *Digitalia – Rivista del Digitale Nei Beni Culturali*, 1/2012, 23.

COM(2015) 626 final 9.12.2015 – “Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d'autore”), avrebbe senz'altro un effetto positivo per l'attività di un centro di ricerca e di altri istituti che svolgono i medesimi compiti, poiché, da un lato, renderebbe “liberi” tutti coloro che svolgono attività di studio e ricerca dagli stretti limiti posti dall'art. 70 della legge sul diritto d'autore, sopra descritti, anche se limitatamente alla tipologia di opere coinvolte nell'eccezione di panorama, dall'altro lato, avrebbe l'effetto positivo di garantire la certezza giuridica necessaria per l'ampliamento dell'offerta di contenuti a livello transfrontaliero.

Sarebbe opportuno, tuttavia, un intervento legislativo più ampio, che coinvolga anche altre tipologie di opere dell'ingegno e le relative eccezioni, ponendo rimedio all'attuale frammentazione delle norme in materia di diritto d'autore, particolarmente marcata per quanto riguarda le eccezioni.

Più in generale, infatti, il centro OPICC-LUISSdream interviene da anni, nel dibattito italiano ed europeo, a favore della diffusione della cultura e per il bene della collettività, auspicando l'introduzione, da parte del legislatore comunitario, di eccezioni da recepire obbligatoriamente da parte degli Stati membri, per favorire l'armonizzazione delle discipline dei diversi Paesi, eliminando le relative incertezze normative e applicative, e soprattutto per garantire che alcuni usi non commerciali, che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare, siano garantiti; primo fra tutti, l'uso ai fini di studio e ricerca ed ovviamente non solo con riferimento a sculture e opere di architettura esposte alla pubblica vista.

Inoltre, l'approccio legislativo migliore, e peraltro più flessibile, in materia di eccezioni al diritto d'autore, sarebbe senz'altro quello di conferire un ruolo primario al *three step test*, come clausola generale e di principio – similmente a quanto avviene nel modello di *fair use* nordamericano – e non più il compito di disposizione di chiusura della lista di eccezioni. In questo modo, il principio del *three step test* potrebbe accompagnarsi alle eccezioni già esistenti e fondamentali (da rendere obbligatorie), offrendo, dall'altro lato, la possibilità di elaborarne altre per via giurisprudenziale o di adattare per via interpretativa quelle esistenti all'evoluzione dei modelli di fruizione e diffusione delle opere, anche in ambiente digitale, garantendo, nel tempo, la compatibilità dei principi di diritto d'autore con l'evoluzione della tecnologia.

2.3 L'ipotesi di introdurre un'eccezione di panorama per usi non commerciali e per usi commerciali nell'ottica dell'attività di un centro di ricerca italiano

L'impatto di una eccezione di panorama che consenta anche utilizzi commerciali sarebbe, in realtà, minimo per l'attività del centro di ricerca, come descritta nei precedenti quesiti.

In generale, però, l'opzione più corretta, ad avviso di chi scrive, sarebbe quella di introdurre una eccezione di panorama che garantisca gli usi non commerciali e che eventualmente consenta solo gli usi commerciali di per sé di scarso valore economico (i c.d. usi “*de minimis*”), in cui la riproduzione dell'opera non abbia un autonomo rilievo economico e l'immagine dell'opera si collochi nell'ambito di un utilizzo che non è incentrato sulla riproduzione dell'opera stessa.

La centralità o meno dell'opera rispetto alla fotografia o alla pellicola nella quale essa viene riprodotta, nel suo complesso, può essere certamente un buon criterio interpretativo per affrontare la questione e raggiungere quel giusto equilibrio tra diversi e contrapposti interessi, tutti costituzionalmente garantiti, che caratterizza il tema della portata delle eccezioni al diritto d'autore.

Per quanto concerne gli usi non commerciali, ad esempio, sarebbe estremamente limitativo della libertà individuale il divieto per i visitatori ed i turisti di scattare fotografie e *selfie*, come foto ricordo dell'esperienza, di fronte ad un museo che costituisce opera di architettura contemporanea (ad es. il MAXXI a Roma), anche se destinate ad essere pubblicate sui *social network*.

Per quanto riguarda, invece, gli usi commerciali “*de minimis*”, si dovrebbe poter fruire dell’eccezione, ad esempio, nel caso di produzioni audiovisive in cui si scorga, per alcuni momenti, l’opera di architettura e scultura nei pressi della quale si stanno svolgendo alcune scene.

D’altra parte, è agevole immaginare i molti ostacoli alla “produzione”, nonché gli alti costi, anche di transazione, per ottenere una specifica autorizzazione dall’avente diritto in tutti i casi in cui si effettui una riproduzione di rilievo minimo ed occasionale nell’ambito di una più ampia opera o attività.

Il compenso all’avente diritto, invece, dovrebbe essere corrisposto in tutti i casi in cui il rilievo economico dell’utilizzo si concentri strettamente sulla riproduzione dell’opera; per esempio, nel caso di vendita di cartoline con le immagini delle opere, sia on line che off line, ma anche in alcuni frequenti casi di utilizzo indirettamente commerciale, come quando l’immagine in questione sia posta come sfondo di un sito web, come copertina di un cd o dvd o rivesta un ruolo importante nell’ambito di una campagna pubblicitaria, sul web o non.

2.4 Altre questioni e problematiche concernenti la “libertà di panorama”

Con riferimento all’eccezione di panorama, deve rilevarsi che, anche una volta che tale libera utilizzazione, avente la natura di eccezione di diritto d’autore, venga introdotta, non potrà ritenersi realizzata, a livello europeo, una vera e propria “libertà di panorama”, poiché continueranno comunque ad applicarsi, nell’ambito degli ordinamenti degli Stati membri, altre normative che prescrivono autorizzazioni e *fees* di riproduzione destinate anche alle opere esposte al pubblico. Tali normative hanno generalmente natura amministrativa, come le norme che prescrivono autorizzazioni comunali da richiedersi per le riprese fotografiche e cinematografiche effettuate sul suolo pubblico e/o autorizzazioni concernenti le concessioni di uso e riproduzione di beni culturali da richiedersi alle autorità che hanno in consegna i beni riprodotti.

Per esempio, in Italia, per le opere che possono essere qualificate come beni culturali ai sensi della relativa normativa¹⁴, sono previsti canoni di concessione e corrispettivi di riproduzione, i quali, peraltro, salvo alcune ipotesi recentemente introdotte, trovano fattispecie di esenzione (simili alle eccezioni di diritto d’autore) che riguardano la sola necessità di corrispondere un compenso e non escludono l’onere di richiedere una specifica autorizzazione¹⁵.

Nell’ambito della disciplina sin qui prospettata, il decreto c.d. Artbonus¹⁶ ha introdotto una disposizione decisamente di rilievo e probabilmente “rivoluzionaria”. Il nuovo comma 3-*bis* dell’art. 108 del Codice dei Beni Culturali liberalizza la riproduzione dei beni culturali diversi dai beni bibliografici e archivistici, nonché la divulgazione con qualsiasi mezzo delle immagini di beni culturali, legittimamente acquisite, in modo da non poter essere ulteriormente riprodotte a scopo di lucro, nemmeno indiretto; a condizione che ciò avvenga senza scopo di lucro, per finalità di studio, ricerca, libera manifestazione del pensiero, espressione creativa o promozione della conoscenza del patrimonio culturale. In questi casi, i predetti usi sono autorizzati *ex lege*, senza la necessità di presentare alcuna istanza all’amministrazione.

Essendovi un’area di possibile sovrapposizione nell’applicazione delle due normative, quella autoriale e quella sulla tutela dei beni culturali, sia per quanto riguarda i beni oggetto di tutela, sia per quanto concerne i profili temporali della tutela stessa¹⁷, al ricorrere dei relativi presupposti, sussiste l’onere di ottenere due diverse autorizzazioni da parte di chi intenda riprodurre un’opera che sia anche un bene culturale. Inoltre, una volta che i diritti d’autore siano scaduti e le opere siano, per il diritto d’autore, di pubblico dominio, a quelle opere che possono essere classificate come beni culturali, sicuramente se

¹⁴ Si vedano gli artt. 2, 10 e 11 Decreto Legislativo 22 gennaio 2004 n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio.

¹⁵ Si vedano gli artt. 107-108 Codice Beni Culturali.

¹⁶ Si veda l’articolo 12, comma 3, lettera b), d.l. 31 maggio 2014, n. 83.

¹⁷ Si veda l’art. 10.5 Codice Beni Culturali.

sottoposte alla custodia di autorità pubbliche, continueranno ad applicarsi, senza limiti di tempo, le norme riguardanti i canoni di concessione e riproduzione previste dalla normativa sui beni culturali.

Le norme sull'autorizzazione alle riproduzioni dei beni culturali, poi, tendono ad essere applicate con rigore da parte delle autorità pubbliche italiane, soprattutto quando l'immagine del bene venga utilizzata a scopo commerciale. Un caso recente di uso non autorizzato a scopo commerciale, che ha acceso in Italia un vivo dibattito sul tema, è quello riguardante la riproduzione e pubblicazione dell'immagine della statua del David di Michelangelo (conservata nella Galleria dell'Accademia a Firenze, ma la cui copia si trova, dal 1910, esposta al pubblico in Piazza della Signoria) in una versione "armata", a scopo pubblicitario, da parte della società americana produttrice di armi ArmaLite Inc., uso a cui il Ministero dei Beni delle Attività Culturali e del Turismo (MIBACT) ha immediatamente reagito con ferma opposizione.

Pertanto, si ribadisce che anche ove l'eccezione di panorama fosse riproposta dalla legislazione UE, questa volta con l'obbligo per gli Stati membri di recepirla nelle rispettive legislazioni nazionali, se per "libertà di panorama" si intende che tutto ciò che è liberamente visibile ed esposto al pubblico è anche liberamente riproducibile ed utilizzabile in ogni forma e modo, tale "libertà" non sarebbe comunque piena e completa, poiché permarrebbe l'eventuale onere di interpellare l'autorità amministrativa dello Stato membro che abbia in consegna ed in custodia il bene culturale, al fine di ottenere l'autorizzazione prevista dalla relativa normativa speciale.

In questo contesto, può segnalarsi, per l'Italia, il programma di digitalizzazione e messa a disposizione del pubblico gratuitamente attraverso banche dati e siti dedicati, nonché attraverso accordi di licenza con operatori del web, come Google, in fase di attuazione da parte del Ministero dei Beni delle Attività Culturali e del Turismo (MIBACT), finalizzato a consentire l'accesso, la fruizione on line e quindi ad agevolare la conoscenza del patrimonio culturale detenuto dalle amministrazioni pubbliche, prima di tutto con riferimento a quei beni culturali che costituiscono opere dell'ingegno di dominio pubblico ai sensi della normativa di diritto d'autore¹⁸.

¹⁸ Per maggiori approfondimenti, si veda: Eleonora Sbarbaro, Smart cities e beni culturali: i beni culturali nella città smart, in Smart Cities e diritto dell'innovazione, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, a cura di Gustavo Olivieri e Valeria Falce, Giuffrè, 2016; Eleonora Sbarbaro, Codice dei Beni Culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale, in Rivista di Diritto Industriale, 2/2016, pp. 63-91.