**La tenuta della giuridificazione del diritto d’autore nell’era digitale[[1]](#footnote-1).**

SOMMARIO: - Premessa: esclusione ed accesso come tradizionali antagonisti nel diritto d’autore . – 1. Il ruolo dell’editoria ai fini della giuridificazione del diritto d’autore. – 2. La dematerializzazione del supporto dell’opera e le nuove questioni. – 3. La scelta dell’*enforcement* amministrativo per fronteggiare la diminuzione di effettività del diritto d’autore nell’ambiente telematico. – 3.1. I soggetti pubblici coinvolti e il coordinamento tra gli stessi. – 4. Esiste l’esigenza di un ribilanciamento degli interessi e di una nuova giuridificazione del diritto d’autore nell’era digitale? – 4.1. L’accesso aperto agli articoli scientifici. – 5. Il carattere indiretto dell’interesse pubblico nella giuridificazione del diritto d’autore.

*Premessa: esclusione ed accesso come tradizionali antagonisti nel diritto d’autore.*

Il diritto d’autore moderno - che attribuisce all’autore ampi poteri esclusivi di riproduzione e sfruttamento delle proprie opere - nasce ed è riconosciuto già negli Stati dell’Italia preunitaria e si uniforma nel 1861 con l’estensione delle leggi sabaude in materia di proprietà intellettuale alle regioni meridionali.

In particolare, è verso la fine del XIX secolo che si costruisce ed afferma la struttura, legislativa ed amministrativa, atta a presidiare e governare la proprietà intellettuale, ovvero la proprietà di creazioni destinate ad un godimento meramente intellettuale, in quanto tale distinguibile dalla proprietà industriale.

La disciplina del diritto d’autore e dei diritti connessi è rimasta in Italia lungamente ferma alla legge predisposta da Piola Caselli e varata nel 1941, richiamata nel Codice civile per la produzione di opere dell’ingegno di carattere creativo (art. 2575 c.c.). Negli ultimi anni essa è stata tuttavia profondamente messa in discussione, in particolare quanto al profilo della ricollocazione dei diritti d’autore e connessi nel quadro della società dell’informazione globale, con l’avvio dell’evoluzione dell’informatica[[2]](#footnote-2).

“Esclusione” ed “accesso” (dei terzi) sono i tradizionali “antagonisti” della proprietà intellettuale e il perno delle dispute, che attorno ad essa si accendono, talora con toni da guerre di religione[[3]](#footnote-3).

Come attentamente messo in luce[[4]](#footnote-4), esiste un preciso tratto differenziale che caratterizza, sul piano effettuale, la tematica dell’accesso dei terzi alle opere dell’ingegno rispetto all’accesso alle invenzioni industriali. L’accesso alle conoscenze di queste ultime è tipicamente interesse di imprese concorrenti che si contendono un mercato; viceversa, l’accesso alle opere oggetto classico del diritto d’autore, ossia quelle destinate a funzione culturale, anche tenendo a mente il nostro dettato costituzionale, corrisponde tipicamente all’interesse di una platea non solo ben più vasta, potenzialmente illimitata, bensì anche ad una platea ove i fruitori - studiosi, ma non solo - si fanno “moltiplicatori” delle conoscenze: il raggio delle quali si espande, per l’appunto, per trasmissione o comunicazione sociale diffusa.

Questa differenza rende tanto più rilevante - e, in questo momento storico, quanto mai discussa - la questione della tutela delle ragioni dell’accesso alle opere di proprietà intellettuale, aprendo un dibattito in cui la tensione fra diritto d’autore, da un lato, e accessibilità dell’opera e dell’informazione, dall’altro, si è fatta più intensa e complessa, in conseguenza dell’affermazione delle tecniche digitali di riproduzione e ritrasmissione telematica: tecniche che consentono di realizzare e diffondere in “tempi reali” perfette riproduzioni di opere di ogni tipo a platee planetarie di fruitori. Da un lato, si lamenta l’inadeguatezza delle tradizionali tecniche di tutela approntate per le violazioni del diritto d’autore online, dall’altro, si critica il modello chiuso della conoscenza, che deriva dell’esclusiva sull’utilizzazione dell’opera riconosciuta all’autore.

Se, dunque, potrebbe apparire una contraddizione in termini interrogarsi sulla giuridificazione di una posizione che è già di diritto ancor prima dell’unificazione d’Italia, l’analisi si rivela interessante e stimolante, vista la generalizzata considerazione che vi sia un gap, una possibile lacuna tra le richieste sociali e la legislazione esistente[[5]](#footnote-5).

Allora, è certamente non un mero esercizio argomentativo, comprendere se esistano e quali siano gli spazi per un nuovo intervento del decisore pubblico. Passo successivo sarà verificare se sia conveniente colmare gli eventuali spazi e lacune con meccanismi diretti di regolamentazione, di giuridificazione - qui intesa nell’accezione di evoluzione della disciplina giuridica, sia attraverso l’acquisizione all’ordinamento di interessi nuovi, sia attraverso l’arricchimento o avanzamento nella tutela di posizioni già giuridicamente rilevanti - o sia, invece, preferibile affidarsi all’idea di un diritto determinato da un’autopoiesi[[6]](#footnote-6) graduale, che si sviluppa attraverso perturbazioni sociali e che, in ultima analisi, rifletteed è riflessodella società da cui proviene e dai principi generali di diritto che già sono ampiamente affermati nella stessa.

Proprio il settore digitale e l’evoluzione tecnologica che lo connota mettono in luce il probabile limite di una giuridificazione troppo puntuale o ancorata al fatto: mentre le pretese sociali sono sempre più veloci e pressanti, l’intervento legislativo è limitato dal formalismo e dalle procedure, nonché dalla dogmatica che deve sistematizzare l’elaborazione legislativa.

È oramai acquisito, infatti, che le tradizionali norme a tutela del diritto d'autore trovino applicazione in scenari tecnologici, sociali e di mercato indubbiamente distanti rispetto al contesto da cui presero spunto; una distanza che scaturisce non solo, e non semplicemente, da un fattore temporale, quanto, piuttosto, dalla pressione esercitata dall'avvento della tecnologia digitale e dai numerosi sviluppi che essa ha permesso. In seguito all'innesto di Internet — il quale offre uno straordinario strumento di diffusione dei contenuti in formato digitale — anche le attestate dinamiche del mercato delle industrie culturali e creative sono mutate. Ecco, ad esempio, che il tipico modello del diritto d'autore risulterebbe inadatto alla circolazione delle opere quando applicato ai moderni processi creativi, basati sulle tecnologie dell'informazione e comunicazione, in virtù delle quali gli utenti della rete si trasformano quotidianamente da consumatori ad autori di contenuti originali[[7]](#footnote-7).

Occorre, certamente, prendere le mosse dalla primigenia disciplina del diritto d’autore, per cogliere il contesto in cui è nata e comprendere le ragioni alla base della giuridificazione, così da verificarne la tenuta nell’epoca attuale.

*1. Il ruolo dell’editoria ai fini della giuridificazione del diritto d’autore.*

La nascita del diritto d’autore è preceduta dal privilegio librario: il diritto romano considerava possibile oggetto di proprietà i soli beni materiali, ma con l’invenzione della stampa a caratteri mobili il problema della riproduzione delle opere diviene più acuto e si risolve a favore degli stampatori appunto con il sistema dei privilegi librari[[8]](#footnote-8), una forma di controllo politico talmente contiguo alla censura da esserne quasi indistinguibile[[9]](#footnote-9). Con l’abolizione dei privilegi librari, in Inghilterra nel 1709/1710 la Regina Anna accorda direttamente agli autori un diritto esclusivo di copia (*copyright*) cedibile agli editori, mentre in Francia - modello cui il regno sabaudo prima e il Regno d’Italia poi si conformano - si riconosce il valore della creazione intellettuale sulla base di un diritto di proprietà allora nuovo, in quanto di natura differente dalla tradizionale proprietà dei beni materiali.

La giuridificazione del diritto d’autore è profondamente interconnessa con la nascita e lo sviluppo in Italia di un’editoria di tipo moderno, a sua volta fortemente legata con la realizzazione dell’unità nazionale[[10]](#footnote-10).

La legislazione del diritto d’autore mira, cioè, ad assicurare, non più con provvedimenti autoritativi singolarmente emanati (quali erano stati i privilegi librari), ma con una legge, che i prodotti di una determinata industria, quella editoriale, non possano venire riprodotti da altri per un determinato lasso di tempo, nello stesso modo dei prodotti industriali soggetti a brevetto. La legislazione del diritto d’autore presuppone insomma la nascita dell’industria dell’editoria che, come fatto sociale di rilevanza economica, precede la sua regolamentazione giuridica[[11]](#footnote-11).

In questo contesto non sorprende che la legge 2 aprile 1865, n. 2215 per l’unificazione legislativa del Regno comprenda la proprietà letteraria e artistica tra le materie delegate alla regolazione del governo (art.1, punto 10), delega attuata il 25 giugno 1865 con la legge n. 2337.

Con il R.D. L. 7 novembre 1925, n. 1950 L. 18 marzo 1926, n. 562 la c.d. concezione pluralistico duale del diritto d’autore entra e si afferma nell’ordinamento: il diritto d’autore contiene due posizioni entrambe tutelabili, una patrimoniale – sostanzialmente composta dell’esclusiva e della disponibilità e trasmissibilità del diritto agli eredi – e l’altra morale, che riguarda la paternità e integrità dell’opera e l’eventuale ritiro dell’opera stessa dal commercio. Tale costruzione è fatta propria nella Convenzione di Berna[[12]](#footnote-12), il principale atto di diritto internazionale che ancor oggi disciplina il diritto d’autore.

Si stabilisce, inoltre, con una regola a tutt’oggi vigente, che la durata dei diritti di utilizzazione economica si protragga per tutta la vita dell’autore e 50 anni dopo la sua morte a favore degli eredi, durata poi protratta a 70 anni con la modifica del 1996.

Infine la legge 22 aprile 1941, n. 633 (d’ora in poi L.A.), richiamata nel libro V del Codice civile, organizza sistematicamente la disciplina del diritto d’autore e dei c.d. diritti connessi (attribuiti a chi con la propria attività d’impresa o con la propria creatività interviene sull’opera) assecondando l’impostazione che vuole funzione essenziale della disciplina del diritto d’autore la garanzia della tutela contro il rischio di attività in grado di frustrare gli interessi dell’avente diritto a recuperare i costi dell’investimento e a ottenere una giusta compensazione per il lavoro svolto.

In quest’ottica la limitazione temporale al diritto di esclusiva costituisce una soluzione normativa in grado di bilanciare l’interesse all’incentivo derivante dal potere monopolistico dell’esclusiva con l’interesse a restituire, esaurito il termine, il mercato alla concorrenza[[13]](#footnote-13).

La disciplina mira nel suo complesso a risolvere gli eventuali conflitti interprivati sull’allocazione delle risorse intangibili: la giuridificazione avviene, dunque, con l’introduzione di norme di diritto privato che nel dettare le regole per la risoluzione dei conflitti tutelano la creatività dell’autore e così indirettamente gli interessi pubblici dell’istruzione, ricerca ed accesso all’informazione.

*2. La dematerializzazione del supporto dell’opera e le nuove questioni.*

La dematerializzazione dell’informazione interrompe il binomio indissolubile tra l’opera e il supporto fisico che la veicola: un binomio che aveva regolato per secoli l’editoria e i meccanismi di tutela della proprietà intellettuale.

Gli stampatori non rappresentano più l’interlocutore privilegiato e il ruolo dell’impresa nel campo del diritto d’autore digitale muta a causa del mutamento delle tecnologie: l’organizzazione imprenditoriale tesa alla distribuzione dei contenuti perde il *proprium* dell’intermediazione per acquisire quello dell’aggregazione o organizzazione delle opere[[14]](#footnote-14).

Si afferma, a livello sociale, un diverso approccio: finché l’opera insiste su un supporto fisico sembra naturale riconoscerne la proprietà solo ad alcuni, quando l’opera entra in uno spazio elettronico sembra ugualmente naturale liberarne l’accessibilità.

Il decisore pubblico, non più solo a livello nazionale, ma anche sul piano europeo[[15]](#footnote-15), risponde alle nuove tecnologie estendendo in ampiezza e durata il copyright o diritto d’autore e individuando meccanismi di libere utilizzazioni al fine della accessibilità e fruibilità delle opere per fini personali o culturali (in proposito si ritornerà nel paragrafo 4).

Così di fronte all’interrogativo del se e in che misura siano protetti gli interessi di chi organizza una banca dati[[16]](#footnote-16), ed in particolare il suo interesse ad utilizzare in via esclusiva i risultati della propria attività di raccolta e di memorizzazione di dati su elaboratore, il giudice ed il legislatore estendono il diritto d’autore in modo ed in misura analoghi a quelli della protezione delle opere di compilazione organizzate senza l’ausilio di elaboratori[[17]](#footnote-17). La protezione si estende anche ai programmi per elaboratore (*software*)[[18]](#footnote-18) e alle registrazioni delle opere su supporti audio o audiovisivi[[19]](#footnote-19).

Le dimensioni dell’opera digitale influiscono direttamente anche sulla velocità di trasmissione dei file in rete, agevolandone la diffusione. I titolari dei diritti di esclusiva devono confrontarsi con un nuovo scenario dove la figura dell’intermediario rischia di scomparire, mentre quella del consumatore/fruitore del bene assume contorni nuovi, potendo quest’ultimo tramutarsi, con un semplice click, in un “pirata” informatico che distribuisce le opere direttamente in concorrenza con il titolare del diritto[[20]](#footnote-20).

I conflitti interprivati sull’allocazione delle risorse intangibili acquistano, di conseguenza, sempre maggior rilievo sociale e aumenta l’interesse della collettività ad una composizione degli interessi e a una ponderazione delle già ricordate due tradizionali componenti della proprietà intellettuale, diritto di esclusiva e accesso dei terzi, quanto più possibile efficiente ed equilibrata.

Il cresciuto rilievo sociale e la dimensione sempre più allargata dei conflitti tra autore e fruitore dell’opera ha di fatto comportato una partecipazione sempre più intensa della pubblica amministrazione, che si assume oggi investita di un ruolo centrale nell’ambiente telematico [[21]](#footnote-21).

*3. La scelta dell’*enforcement *amministrativo per fronteggiare la diminuzione di effettività del diritto d’autore nell’ambiente telematico.*

Il diritto d’autore è diritto della proprietà intellettuale e, come tale, è un diritto di proprietà che si riferisce ad un bene intangibile, qual è la creazione originale dell’ingegno. La creazione originale si concretizza in un supporto tangibile: lo scritto, il libro, la scultura, la tela, il disco, la pellicola; ciò permette all’immaginario umano di collegare la proprietà intellettuale al suo frutto.

L’avvento della tecnologia digitale mette, invece, in risalto l’estraneità della cosa tangibile all’oggetto della tutela. Tale estraneità è un aspetto connaturale alla proprietà intellettuale, pur tuttavia aspetto che resta a lungo nascosto o mitigato dalla finzione della riconduzione della proprietà al suo frutto concreto.

Internet e l’interoperabilità delle reti con il Web 2.0 amplificano le incertezze e le difficoltà nell’applicazione delle garanzie e degli standard di tutela immaginati e pensati per un diritto d’autore che passa attraverso opere tangibili e richiede la mediazione dello stampatore, prima, dell’editore poi.

La facilità di diffusione e l’istantaneità nella riproduzione delle opere dell’ingegno dematerializzate rappresentano nuovi elementi estranei all’impostazione e all’impianto della disciplina. L’imporsi delle reti telematiche rende possibili violazioni sistematiche del diritto d’autore, le quali non sono facilmente affrontabili con le misure repressive tradizionali[[22]](#footnote-22).

La reazione dell’ordinamento si manifesta con il fenomeno definito[[23]](#footnote-23) dell’amministrativizzazione dei conflitti interprivati sull’allocazione delle risorse protette dai diritti d’autore e connessi. Il cresciuto rilievo pubblicistico dei conflitti interprivati ha legittimato una partecipazione sempre più intensa della pubblica amministrazione[[24]](#footnote-24). Essa si manifesta in modo più evidente nei procedimenti amministrativi di brevettazione e registrazione, ma assume un ruolo centrale nell’ambiente telematico, secondo una linea politica “*favorita dall’idea che la maggior flessibilità dell’intervento amministrativo rispetto a quello giurisdizionale, lo renda più adatto a contrastare le violazioni dei diritti sugli intangibles … realizzate in ambiente telematico, che sappiamo essere tanto frequenti e così difficoltosamente reprimibili da far addirittura ipotizzare una crisi di effettività di queste tecniche di protezione*”.

Se l’ordinamento intende mantenere al diritto d’autore la struttura del diritto esclusivo, allora occorre fronteggiare la diminuzione di effettività in ambiente telematico con l’introduzione di nuove misure di tutela calibrate sulla peculiarità del dominio digitale.

Poiché, nonostante la dematerializzazione, l’opera deve ancora transitare dalla struttura di rete, il controllo delle infrastrutture di comunicazione può divenire lo strumento per ristabilire l’effettività del diritto esclusivo[[25]](#footnote-25), acquisendo la collaborazione dei diversi tipi di prestatori di servizi su internet per strumentalizzarne l’operato allo scopo di monitorare gli illeciti telematici, facilitarne la repressione e prevenirne la ripetizione.

Negli Stati Uniti il legislatore individua nella regolazione della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell’informazione, la base adeguata per elaborare sistemi rapidi e affidabili idonei a rimuovere le informazioni illecite e disabilitare l’accesso alle medesime[[26]](#footnote-26). Il sistema di *enforcement* statunitense non esce, in ogni caso, dall’alveo della tutela civile dei diritti di proprietà intellettuale, ma utilizza lo strumento civilistico della responsabilità per ottenere un rimedio inibitorio o ripristinatorio oggettivo e immediato, tale da ridurre drasticamente la necessità di ricorrere al lungo e costoso rimedio giurisdizionale. Il modello statunitense è frutto di una “torsione oggettivante”[[27]](#footnote-27) della responsabilità civile per illecita diffusione di opere in violazione del copyright, che si realizza attraverso un procedimento di *notice and takedown* che coinvolge esclusivamente soggetti privati.

In Italia, anche su stimolo del diritto europeo e, in parte, sulla scorta dell’esempio transoceanico, la reazione è nel senso di intervenire di modo che l’irrogazione di inibitorie delle violazione telematiche del diritto d’autore e connessi non debba rimanere riservata al giudice civile[[28]](#footnote-28), così come previsto per la violazione di diritti su opere non digitali.

L’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni entra in gioco per la tutela del diritto d’autore in internet con un intervento che è previsto come parallelo e alternativo a quello giurisdizionale e non, come nelle ipotesi già in precedenza di competenza dell’amministrazione[[29]](#footnote-29), in funzione servente all’*enforcement* giudiziale[[30]](#footnote-30).

I due pilastri che sorreggono la policy e l’intervento regolatorio dell’Autorità – necessità di rafforzare l’*enforcement* dei diritti d’autore e connessi nell’ambiente telematico, da una parte, e naturale ruolo giustiziale delle autorità indipendenti, dall’altra – sembrano giustificarsi a vicenda, come in un gioco di specchi: i diritti d’autore e connessi soffrono di un decifit di tutela sulle reti di comunicazione elettronica, settore cui è preposta una specifica autorità indipendente, il cui compito è anche quello di garantire la tutela delle posizioni di tutti i soggetti che vi operano[[31]](#footnote-31).

Si prevede, così, che pretese primariamente riconducibili all’interesse di un operatore economico privato (il titolare dei diritti di proprietà intellettuale) ricevano protezione attraverso il più tipico dei public *enforcement*, vale a dire con l’esercizio di poteri amministrativi da parte di un’autorità amministrativa[[32]](#footnote-32).

In particolare, con la delibera n. 680/13 del 12 dicembre 2013 l’Agcom adotta un regolamento in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettroniche[[33]](#footnote-33), che prevede il potere dell’Autorità di ordinare direttamente la rimozione di un contenuto dalla pagina internet o addirittura il blocco dell’accesso a un sito internet, su domanda del titolare del diritto d’autore o del diritto connesso che si pretende leso dalla pubblicazione dell’opera o di una sua parte, a prescindere dall’accertamento giurisdizionale di un illecito penale. Al ricevimento della segnalazione da parte di un privato, l'Autorità, dopo un primo vaglio sommario, procede a notificare la segnalazione al sito, dandogli così la possibilità di adeguarsi in via spontanea a quanto richiesto dal procedente, o di effettuare una *counter-notice*. Nell'ipotesi in cui il gestore del sito non si attivi rimuovendo i materiali, ma invece resti inerte o reagisca inviando la *counter-notice*, la commissione deciderà se vi siano i presupposti per procedere. Nel caso in cui all'esito del procedimento si rinvenga la sussistenza di una violazione, si richiederà la rimozione del materiale se i server sono in Italia, o — qualora i server siano all'estero — si potrà richiedere ai fornitori di connettività il blocco del sito dall'Italia.

La scelta di affidare la repressione del fenomeno della pirateria in rete alla regolamentazione amministrativa e all’intervento dell’Autorità rimane controversa.

Da un lato, sono state sollevate molteplici perplessità sulla sussistenza di un fondamento normativo quanto all’esercizio del potere regolamentare di Agcom ovvero sulla possibilità di mitigare il deficit di legalità formale attraverso un irrobustimento della legalità procedurale, quantomeno tramite la garanzia della *full jurisdiction*[[34]](#footnote-34).

Dall'altro lato, risultano ancora pendenti ricorsi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio al fine di ottenere l'annullamento del regolamento, giudizi sospesi per l’incidente di costituzionalità sollevato rispetto alla violazione, in particolare, dell’art. 21 Cost[[35]](#footnote-35). Nonostante la Corte costituzionale, con la sentenza depositata il 3 dicembre 2015, n. 247, abbia ritenuto inammissibili le questioni in quanto contraddittorie, nulla vieta al giudice amministrativo, ora chiamato a decidere, di accogliere il ricorso annullando il regolamento in virtù della sussistenza dei vizi lamentati.

A ciò si aggiunge, anche dal punto di vista concreto, la preoccupazione che l'ordine al fornitore di servizi di *mere conduit* di disabilitare l'accesso dall'Italia al sito contenente le opere in violazione possa rendere impossibile anche l'accesso a contenuti invece leciti. Utenti che quindi adoperavano il sito bloccato in maniera legale si ritrovano impossibilitati ad usufruire di un servizio cui avrebbero diritto[[36]](#footnote-36).

*3.1 I soggetti pubblici coinvolti e il coordinamento tra gli stessi.*

Accanto ad Agcom, esiste altro soggetto, presente da ben più lunga data tra le istituzioni, cui sono attribuite funzioni nella tutela del diritto d’autore. E’ la SIAE[[37]](#footnote-37), nata come ente privato e associativo, con il nome di Società degli autori, a Milano nel 1882 per iniziativa di un gruppo di letterati e politici, di musicisti ed editori, con lo scopo appunto di tutelare il diritto d’autore.

L’ente è stato poi chiamato ad assolvere funzioni pubblicistiche come l’accertamento e la riscossione delle imposte sugli spettacoli e, successivamente, la raccolta dei compensi dovuti per le riproduzioni reprografiche, la tenuta dei registri delle opere, la ricezione dei depositi e l’apposizione del contrassegno o la distribuzione dei compensi dovuti ad autori ed editori per il prestito effettuato da istituti pubblici come le biblioteche.

La legge 9 gennaio 2008, n. 2 qualifica espressamente la SIAE quale ente pubblico economico a base associativa, sotto la vigilanza del Ministero per le attività culturali, ente al quale la L.A. attribuisce il monopolio nella riscossione dei proventi derivanti da diritti d’autore[[38]](#footnote-38). Si tratta quindi di esclusivo organo intermedio riconosciuto dallo Stato per l’esercizio dei diritti di utilizzazione economica spettanti agli autori.

Tale riserva non è stata ritenuta dalla Corte di Giustizia[[39]](#footnote-39) di per sé in conflitto con il diritto europeo. Tuttavia può costituire indizio di abuso di posizione dominante l’imposizione da parte dell’ente per i propri servizi di tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri. Due giorni dopo la decisione è entrata in vigore la Dir. 2014/26/UE sugli organismi di gestione collettiva, che mira ad aprire il mercato nella prestazione del servizio di amministrazione e intermediazione nel diritto d’autore.

Anche il legislatore italiano è di recente intervenuto sul tema della gestione dei diritti connessi[[40]](#footnote-40) con l’art.39 del Decreto liberalizzazioni[[41]](#footnote-41) ove si prevede che “l’attività di amministrazione e intermediazione dei diritti connessi al diritto d’autore … in qualunque forma attuata, è libera”, rinviando ad un DPCM, previo parere AGCM, per individuare “nell’interesse dei titolari aventi diritto, i requisiti minimi necessari ad un razionale e corretto sviluppo del mercato e degli intermediari di tali diritti connessi”. Tale norma non interviene cancellando il sistema delle *collecting,* che si spiegano con l’esigenza di delineare un equilibrio fra il bisogno di accesso dei consumatori e quelle di controllo da parte di autori e artisti rispetto alle molteplici forme e modalità di utilizzazione da parte di diversi soggetti; piuttosto, recependo le istanza pro-concorrenziali[[42]](#footnote-42) , ammette la percorribilità di strade alternative per la gestione ottimale del servizio di intermediazione tra aventi diritto e industria culturale, da un lato, e utilizzatori, dall’altra. Del resto se esiste una situazione di monopolio legale nell’intermediazione dei diritti d’autore, la gestione collettiva di quelli connessi è già libera[[43]](#footnote-43). L’Istituto mutualistico per la tutela dei diritti degli artisti, interpreti o esecutori, nuovo IMAIE, opera infatti in via residuale e non determina i compensi ma applica quanto pattuito dai soci e dalle associazioni di categoria, lasciando che sia una manifestazione di autonomia negoziale a fissare i criteri di quantificazione dei compensi dovuti agli artisti. La norma non innova, cioè, ma nel confermare una situazione di fatto mette fine a possibili interpretazioni diverse; del resto a giudizio della dottrina il pluralismo di mercato anziché incrementare il benessere collettivo potrebbe ridurlo anche in termini economici per l’innalzamento dei costi di transazione con il passaggio da un’organizzazione centralizzata ad una moltitudine di operatori.

SIAE, dunque, è un ente pubblico con particolare competenze ai fini del funzionamento del sistema del diritto d’autore come delineato nella legge generale; come si accennava, le competenze di SIAE si estendono anche alla tutela del diritto.

L’art. 182-*bis* L.A. ha, infatti, attribuito a SIAE, insieme ad Agcom, “nell’ambito delle rispettive competenze” funzioni di vigilanza “al fine di prevenire e accertare le violazioni” della legge. La disposizione è stata tuttavia interpretata, peraltro dalla stessa Agcom, nel senso che a SIAE residuino compiti di mera collaborazione e supporto rispetto ad Agcom. Agcom, in quanto autorità indipendente, rivendica titolarità in via principale della vigilanza sul diritto d’autore e delle connesse attività istruttorie ed ispettive, lasciando alla SIAE attività di mero coordinamento e supporto operativo.

Agcom riveste, dunque, alla luce del recente regolamento, un ruolo centrale oggi nella tutela dalle violazioni del diritto d’autore online e sui servizi media audiovisivi.

Ricordando quanto già meglio precisato dalla dottrina[[44]](#footnote-44), lo specifico compito di vigilanza sulle violazioni, che la legge istitutiva dell’Autorità accosta alla più generale funzione di vigilanza sulle modalità di distribuzione dei servizi e dei prodotti sulle reti telematiche si inquadra tra le funzioni di controllo, che, aggiungendosi a quelle di regolazione, definiscono la sfera tipica delle autorità indipendenti come soggetti preposti al complessivo funzionamento di un settore economico. Dieci anni più tardi rispetto all’art. 182-*bis* L.A., il d.lgs. n. 44 del 2010 ha introdotto tra i principi fondamentali in materia di servizi di media audiovisivi e della radiofonia “la tutela dei diritti d’autore e di proprietà intellettuale” e ha stabilito che “i fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi” e “operano nel rispetto dei diritti d’autore e dei diritti connessi” .

Si è giustamente osservato[[45]](#footnote-45) che nel passaggio dalla vigilanza prefigurata dagli artt. 182-*bis* e 182-*ter* L.A. al regolamento dell’Autorità si verifica un radicale mutamento dell’oggetto della vigilanza stessa.

L’art. 182-*bis* definisce questo oggetto riferendosi, in termini generali, alle “violazioni della presente legge”, che è compito dell’Autorità “prevenire ed accertare”, ma l’art. 182-*ter*, stabilendo che “in caso di accertamento di violazione delle norme di legge” gli ispettori trasmettono il processo verbale “agli organi di polizia giudiziaria per il compimento degli atti previsti dagli articoli 347 e seguenti del codice di procedura penale”, chiarisce che le violazioni cui si riferisce l’art. 182-*bis* sono quelle per le quali la L.A. prevede fattispecie di reato e che, quindi, la vigilanza ispettiva affidata all’Autorità si esplica solo nei limiti di una tale rilevanza penalistica degli illeciti.

Nella logica dell’art. 182-*bis*, pertanto, l’oggetto della funzione di vigilanza, svolgendo l’Autorità una mera attività ausiliaria della giurisdizione penale. Con il nuovo regolamento, invece, la vigilanza dell’Autorità viene a dislocarsi non più in posizione ausiliaria rispetto alla giurisdizione penale, bensì in posizione alternativa rispetto alla giurisdizione civile.

L’oggetto della funzione amministrativa di vigilanza si trasforma profondamente, in quanto diviene la diretta tutela di diritti privati individuali, peraltro di contenuto (prevalentemente e spiccatamente) patrimoniale, e la funzione viene conseguentemente a qualificarsi tecnicamente come attività di *enforcement* di diritti soggettivi a struttura proprietaria.

*4. Esiste l’esigenza di un ribilanciamento degli interessi e di una nuova giuridificazione del diritto d’autore nell’era digitale?*

Con la rivoluzione digitale l’innovazione incide sulle tecniche di fissazione, riproduzione e diffusione del suono e dell’immagine e apre un dibattito sul come salvaguardare le prerogative degli aventi diritto, consentire un equilibrato sviluppo dei mercati interessati e favorire la concorrenza al loro interno. Ci si chiede, inoltre, se la rivoluzione delle comunicazioni elettroniche abbia fatto sorgere anche le condizioni per un ribilanciamento della protezione autoriale, al fine di salvaguardare gli interessi fondamentali della libertà d’iniziativa economica e della concorrenza, della libera circolazione delle idee e delle informazioni e dello sviluppo della ricerca scientifica e della cultura. L’evoluzione tecnologica, da un lato, cala il diritto d’autore in uno scenario nuovo e, al contempo, pone interrogativi quanto all’attualità ed adeguatezza della disciplina vigente.

Mi pare, però, che almeno le esigenze culturali e di diffusione della conoscenza in capo allo Stato, intese come espressione dei valori e diritti fondamentali della società e del suo armonico sviluppo, siano da sempre presenti e contemperate nella disciplina del diritto d’autore e connessi.

Come si legge nella *Declaration Three step test*, su cui ci si soffermerà nel proseguo, nel contesto globale della legislazione sul diritto d'autore, il concetto di armonizzazione è stato finora applicato precipuamente nella direzione atta a garantire ai titolari del diritto in parola la possibilità di trarre vantaggio da nuovi modi di sfruttamento e modelli di business. Se il processo di armonizzazione internazionale è principalmente inteso a salvaguardare gli interessi dei paesi “esportatori di diritto d'autore” all'interno di un circuito commerciale sicuro ed affidabile, sul fronte opposto, evidenze storiche, teoria economica ed il principio di auto-determinazione suggeriscono che i singoli stati dovrebbero godere di sufficiente flessibilità ed autonomia da poter adattare la legislazione sul diritto d'autore alle proprie esigenze culturali ed ai bisogni di sviluppo economico e sociale. Le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, che sono abitualmente ritagliate attorno alle necessità locali, rappresentano il più importante meccanismo per il raggiungimento di un appropriato, auto-determinato bilanciamento degli interessi a livello nazionale[[46]](#footnote-46).

Occorre, in proposito, osservare che le leggi sul diritto d’autore si basano sul principio della territorialità[[47]](#footnote-47), secondo cui i diritti sono regolati dalle norme dello stato di utilizzazione. Tale principio va interpretato anche alla luce delle convenzioni internazionali, tra le quali la già ricordata convenzione di Berna stabilisce il criterio dell’assimilazione delle opere dell’autore straniero alle opere dell’autore nazionale[[48]](#footnote-48).

Ne deriva, allora, che la giuridificazione nei singoli Stati può sempre inglobare ed elevare gli interessi pubblici legati alle proprio esigenze culturali e attraverso la disciplina delle utilizzazioni libere – oggi indicate quali eccezioni al diritto d’autore nella già citata Dir. 2001/29/CE c.d. *Information society*[[49]](#footnote-49) – elevare le istanze della società che assurgano ad interessi pubblici alla diffusione della informazione, cultura e conoscenza o sviluppo economico e scientifico. Tali limitazioni del diritto d’autore consistono nell’utilizzazione anche economica di opere dell’ingegno senza il consenso dell’autore e dei suoi aventi causa in base al contemperamento, affidato al decisore pubblico e alla diversa sensibilità culturale nei singoli Stati, tra i diritti fondamentali degli autori, artisti, esecutori e imprese connesse e i diritti fondamentali della comunità o di particolari categorie di cittadini.

Le eccezioni al diritto d’autore devono certo essere espresse con chiarezza, anche alla luce del c.d. *three step test*[[50]](#footnote-50), che richiede, pur nella complessità della sua interpretazione, anzitutto che si tratti di casi particolari, che la riproduzione non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera e non comporti un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare.

Ciò mi pare indichi la strada, già esistente, per risolvere la nuova tensione fra interessi privati dei titolari di diritti di proprietà intellettuale e interessi dei concorrenti e dei consumatori-utenti.

La crescente "contestazione" riguardante le limitazioni dell'accesso dei terzi ai contenuti, a cominciare da quelli rilevanti per il dibattito scientifico o civile e politico può forse trovare una adeguata risposta attraverso la sistemazione della disciplina delle libere utilizzazioni.

È stato per esempio affermato che il c.d. *three step test* non impone un'interpretazione restrittiva delle libere utilizzazioni. Piuttosto, esse dovrebbero essere interpretate alla luce degli obiettivi e delle finalità perseguite. Si è quindi suggerito di distinguere tra le varie libere utilizzazioni: tra queste, alcune esprimono infatti interessi costituzionalmente garantiti di (almeno) pari rango rispetto a quelli dei titolari dei diritti esclusivi, come nel caso degli usi per finalità di ricerca scientifica[[51]](#footnote-51).

Così già esistono nel nostro ordinamento le previsioni contenute nel capo V del titolo I L.A., ove si prevedono utilizzazioni libere per pubblica utilità e per fini di solidarietà, ad esempio all’interno degli ospedali o istituti di prevenzione e pena, ovvero utilizzazioni libere per fini di promozione culturale: non solo lo studio personale, ma anche le finalità di insegnamento e ricerca, nonché gli scopi di critica e di discussione, o ancora utilizzazione libere per fini di informazione, ad esempio di articoli di attualità di argomento economico, politico e religioso, a patto non espressamente riservate e purché si indichi la fonte, oppure le utilizzazioni concesse ad uso personale.

Di recente[[52]](#footnote-52), infine, si è introdotto un comma finale all’art. 15 L.A. in base al quale “Non è considerata pubblica la recitazione di opere letterarie effettuata, senza scopo di lucro, all'interno di musei, archivi e biblioteche pubblici ai fini esclusivi di promozione culturale e di valorizzazione delle opere stesse individuati in base a protocolli di intesa tra la SIAE e il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo”. Il protocollo d’intesa è stato sottoscritto nel 2014[[53]](#footnote-53) con il fine di precisare cosa si intenda per assenza di scopo di lucro (gratuità all’accesso; assenza di sponsorizzazioni o pubblicità se non strettamente attinente alle opere letterarie) e richiedere autocertificazione *una tantum* sottoscritta dal responsabile del museo, archivio o biblioteca pubblica e inviata alla SIAE prima di procedere alla recitazione delle opere.

L’assenza dello scopo di lucro giustificherebbe il sacrifico del diritto d’autore in favore dell’interesse sociale alla diffusione della cultura.

Il modello di giuridificazione del diritto d’autore come diritto di esclusiva non è di per sè un modello chiuso, ma conosce possibili aperture e contemperamenti attraverso la disciplina delle libere utilizzazioni, sicché le contrapposizioni che si registrano nel dibattito attuale tra un modello protezionistico ed un modello aperto sono mal poste, proprio perché, come già si è precisato, accesso e esclusiva rappresentano due inevitabili e tradizionali antagonisti nella disciplina della proprietà intellettuale.

Da un lato, si sostiene che il diritto di esclusiva copyright/diritto d’autore andrebbe rafforzato ed anzi sottratto ai limiti (di tempo e di ampiezza) che lo affliggono fin dalla sua nascita al fine di controllare la riproduzione e l’uso massivo delle opere di ingegno (o meglio delle informazioni) scatenati dalle tecnologie digitali ovvero si ricorre all’amministrativizzazione per renderne più efficace la tutela. Dall’altro, si auspica la cancellazione del copyright/diritto d’autore, in quanto in un modo digitale libero dai vincoli (ormai privi di senso) dell’esclusiva e del suo potere di controllo la creatività potrebbe sprigionare tutta la sua forza espansiva e i molti, preziosi frutti da quest’ultima generati, nel mezzo dei due estremi un’infinita scala di grigi[[54]](#footnote-54).

Tanto più condivisibile allora la considerazione per cui parlare di un modello chiuso e di un modello aperto di gestione della conoscenza è solo un artificio retorico utile per riferirsi con relativa semplicità a due tensioni che almeno da un certo punto di vista possono essere lette come contrapposte ma che in realtà si accompagnano indissolubilmente all’interno di processi complessi e ambivalenti[[55]](#footnote-55).

*4.1 L’accesso aperto agli articoli scientifici.*

Qualche considerazione particolare circa la tutela del diritto d’autore quanto ai frutti della ricerca scientifica mi pare necessaria, sia per la particolare declinazione della libera utilizzazione in quel settore, sia per il recente ravvivato interesse dimostrato dal decisore pubblico, a livello europeo e a livello nazionale, sia, non ultimo, per la vicinità alle questioni per i lettori di questo scritto.

Lo scienziato non è un autore come un altro[[56]](#footnote-56). E' mosso dall'incentivo di diffondere il proprio pensiero e non da prospettive di guadagno economico generato dal mercato dei diritti d'autore e ciò trova conferma nel fatto che l'autore scientifico di rado percepisce guadagni dalla commercializzazione della propria opera.

La maggior parte delle ricerche è, inoltre, finanziata con fondi pubblici, ma i diritti sulla pubblicazione vengono, in genere, ceduti gratuitamente in esclusiva all'editore (così precludendosi anche la possibilità di ripubblicare l’opera senza autorizzazione dello stesso editore); editore che, in aggiunta, viene pagato, sempre con risorse pubbliche, per la stampa di un certo numero di copie dell’opera. I diritti di accesso e uso vengono poi acquistati sempre con fondi pubblici dalle istituzioni di ricerca tramite le proprie biblioteche. In buona sostanza, lo stato paga più due volte lo stesso bene e gli editori tradizionali riescono a difendere una posizione di vantaggio sul mercato.

Lucidamente si osserva[[57]](#footnote-57) che la posizione di forza dipende innanzitutto da ragioni che attengono al sistema di valutazione delle pubblicazioni scientifiche. Gli scienziati vogliono pubblicare solo nelle sedi editoriali di maggior prestigio, le biblioteche non possono acquistare tutte le pubblicazioni e devono concentrare i propri investimenti solo su quelle con reputazione più elevata. Lo scenario peggiora nella dimensione digitale dove la vendita di abbonamenti a periodici si trasforma nella licenza di accesso a banche dati scientifiche generalmente commercializzate in forma di *bundling* (offerte a pacchetto). Il *bundling* si riflette sulla spesa delle biblioteche accentuando lo sbilanciamento tra la voce (molto più consistente) di *budget* dedicata ai periodici e quella (decisamente più esigua) riservata alle monografie[[58]](#footnote-58).

La recente sensibilità per l’efficiente utilizzo delle risorse pubbliche, stimolata dalla crisi economica, ha comportato un ripensamento sulle modalità di pubblicazione delle opere scientifiche, anche in considerazione del valore della ricerca universitaria come risorsa per la comunità sociale e istituzionale.

L’*Open access*, o accesso aperto, identifica una nuova modalità atta a permettere l’immediata accessibilità ai frutti della ricerca anche al fine di incentivare la cooperazione, lo scambio, l’imitazione creativa e la valutazione critica, nella convinzione che la pubblica disponibilità della letteratura scientifica possa dare un impulso decisivo ai processi di crescita economica e contribuire al progresso di una scienza più efficiente (evitando, ad esempio, duplicazioni delle sperimentazioni e dei costi quando i risultati siano già disponibili da altri laboratori). In questo senso l’*Open access* è considerato uno “strumento estremamente potente per la disseminazione della conoscenza scientifica”[[59]](#footnote-59).

Esso si realizza attraverso la pubblicazione di riviste ad accesso aperto e gratuito (la cosidetta *golden road* o via aurea) oppure in pratiche di autoarchiviazione online da parte degli autori, in genere in archivi istituzionali c.d. *repository* (*green road* o via verde). Gli studiosi, finanziati con risorse pubbliche, sono chiamati a depositare una copia dei loro lavori, indipendentemente dalla pubblicazione sulle tradizionali riviste scientifiche, in appositi archivi istituzionali ad accesso pubblico predisposti dalle università e dalle altre istituzioni di ricerca. Nella *golden road* si preserva il ruolo di editori, comitati scientifici e revisori, ma i costi anziché essere sopportati dai lettori, sono a carico degli autori, ovvero studiosi e scienziati. In questo modo i finanziamenti della ricerca finirebbero per coprire sia i costi di produzione della conoscenza sia i costi della disseminazione.

In favore di questo nuovo sistema è la raccomandazione del 17 luglio 2012 *on access to and preservation of scientific information*[[60]](#footnote-60) che invita gli Stati a definire politiche di accesso aperto in linea con le *policies* già precisate in Horizon 2020.

In Italia l’art. 4 della [legge 7 ottobre 2013, n. 112](http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2013;112)[[61]](#footnote-61) che ha convertito con modificazioni il [decreto legge 8 agosto 2013, n. 91](http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto-legge:2013-08-08;91), *Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo*, invita i promotori pubblici della ricerca scientifica a adottare le misure necessarie per l’accesso aperto ai risultati della ricerca.

Anche la consultazione per l’istituzione di AnPREPS, ovvero dell'Anagrafe nazionale nominativa dei Professori e dei Ricercatori e delle pubblicazioni scientifiche, avviata dal CUN e dall’ANVUR testimonia la presa di coscienza della necessità di un intervento e conferma la percezione dell’*open access* sicuramente come un valore per la stessa ricerca, pur nella difficoltà di indentificare elementi idonei a certificare il carattere scientifico delle opere registrate.

*5. Il carattere indiretto dell’interesse pubblico nella giuridificazione del diritto d’autore.*

Le recenti innovazioni tecnologiche anche attraverso l’interconnessione tra mezzi di comunicazione, ma soprattutto con la digitalizzazione e i nuovi formati elettronici delle opere hanno, da un lato, messo in luce talune criticità della disciplina del diritto d’autore, suscitando un dibattitto, tuttora in essere, sulla opportunità di un eventuale ripensamento del complessivo sistema di protezione, e, al contempo, evidenziato le lacune di un regime pensato per la tutela di opere tangibili, che si andava organizzando attraverso banche dati elettroniche e via internet.

Tutto ciò ha prodotto inevitabili riflessi anche sulla dimensione sociale del diritto d’autore, visto l’importante aumento del numero delle opere prodotte e la copiosa e rapida diffusione ed accessibilità delle stesse via web, e ha posto l’interrogativo circa l’eventuale necessità di un intervento del decisore pubblico a tutela dei diritti degli utenti. La tensione fra la tutela degli interessi dei titolari di diritti di proprietà intellettuale e quella di altri interessi sociali e “diffusi”, la cui garanzia non è rinvenibile, e comunque non è tradizionalmente ascritta, alla disciplina specifica della proprietà intellettuale, inserisce così la discussione nel dibattito sulla opportunità della “giuridificazione” degli interessi nuovi, o degli interessi deboli, che si è aperto in Italia alcuni anni or sono ad opera di sociologi del diritto e di cultori di diritto positivo[[62]](#footnote-62).

Il bilanciamento di interessi è un obiettivo generale delle norme sul diritto d'autore così come testimoniano l'art. 7 TRIPS ed il WIPO Copyright Treaty, nel cui preambolo si può leggere “... la necessità di salvaguardare un equilibrio tra i diritti degli autori ed il più ampio interesse pubblico, in particolare istruzione, ricerca ed accesso all'informazione”.

Il Preambolo dell’Accordo riconosce, nell’ordine, “that intellectual property rights are private rights” e “the underlying public policy objectives of national systems for the protection of intellectual property”. Esistono, precisa la dottrina[[63]](#footnote-63), motivi superiori di interesse pubblico per proteggere la proprietà intellettuale, ma i diritti che risultano da questa protezione non smettono per questo di essere diritti privati. La configurazione risultante dalle due statuizioni contenute nel Preambolo dell’Accordo significa che l’interesse pubblico non è inerente alla proprietà intellettuale, ma è perseguibile solo indirettamente, come riflesso di una disciplina privatistica dei diritti individuali spettanti ai soggetti portatori dell’interesse ritenuto meritevole di protezione. In altri termini, l’affermazione che i diritti di proprietà intellettuale sono diritti privati viene ad assumere un essenziale ruolo di garanzia dall’ingerenza diretta del potere pubblico nei conflitti interprivati inerenti alla materia, ovvero la garanzia, tipicamente liberale, che la soluzione di quei conflitti sarà demandata all’autorità giudiziaria, in base a una disciplina normativa generale e astratta.

La scelta in favore di un enforcement amministrativo della tutela del diritto d’autore con l’intervento di Agcom non tiene conto affatto del sistema esistente e risulta estranea alla logica dei conflitti interprivati propria della proprietà intellettuale. Essa provoca una non desiderabile frammentazione nella disciplina della tutela dalle violazioni del diritto d’autore online e possibili sovrapposizioni tra istituzioni coinvolte. Nella pendenza dei giudizi sulla legittimità delle scelte di Agcom sarebbe forse opportuno ricercare soluzioni che siano invece compatibili con il sistema esistente, anche sulla scorta del modello statunitense che ragiona pur sempre all’interno delle regole della responsabilità civile.

Limitazioni ed eccezioni, come già messo in luce, rappresentano un importante strumento giuridico in mano al decisore pubblico, idoneo a coniugare l'esclusiva offerta dal diritto d'autore con gli interessi individuali e collettivi del pubblico, pur nella difficoltà di ponderare posizioni che hanno tutte rilievo costituzionale[[64]](#footnote-64).

Nemmeno bisogna commettere l’errore di chiedere alla proprietà intellettuale di intervenire a fini concorrenziali. La funzione essenziale della disciplina del diritto d’autore, come si è tentato di evidenziare, consiste nel garantire la tutela contro il rischio di attività in grado di frustrare gli interessi dell’avente diritto a recuperare i costi dell’investimento e a ottenere una giusta compensazione per il lavoro svolto.

Di per sé, dunque, la disciplina della tutela del diritto d’autore non garantisce una posizione dominante nel mercato, né di per sé esclude la concorrenza, anche perché il diritto d’autore non significa il diritto a percepire la più alta remunerazione possibile.

Tuttavia si è precisato[[65]](#footnote-65) che l’intersezione fra regime della proprietà intellettuale e disciplina della concorrenza imboccherebbe una pur suggestiva falsa pista se attribuisse alla seconda anche un ruolo diretto di protezione dell’innovazione, e viceversa alla proprietà intellettuale anche un ruolo diretto di promozione della concorrenza.

Esiste piuttosto uno scambio dialettico fra le due distinte discipline le quali, pur tendendo ad obiettivi diversi, ma certo non incompatibili ed anzi frequentemente sinergici, si intrecciano spesso per prevenire e rimuovere situazioni e/o comportamenti che ostruirebbero vuoi l’innovazione vuoi la dinamica e la correttezza della competizione economica. Scambio dialettico, dunque, attraverso il quale ciascuna disciplina, nell’adempiere alla propria funzione, può indirettamente servire anche la finalità dell’altra[[66]](#footnote-66).

I numerosi effetti negativi per gli interessi pubblici fondamentali ascritti alla tutela della proprietà intellettuale sono spesso frutto di declinazioni iper-protezionistiche della disciplina, se non a volte di suoi "abusi". Va considerato, invece, che le funzioni di sviluppo dell'innovazione, di compenso/stimolo della creatività, di tutela anti-contraffazione dei beni oggetto di diritti di proprietà intellettuale sono anch'esse di interesse pubblico[[67]](#footnote-67).

A conclusioni non dissimili si giunge anche oltreaceano, ove nella somigliante discussione circa l’eccesiva durata temporale dell’esclusiva e l’opportunità di ampliare l’accesso alle opere, la dottrina ha di recente messo in luce come siano i limiti e i condizionamenti inerenti la proprietà intellettuale a procurare lo stimolo necessario alla creatività di cui si connota l’opera dell’ingegno, utile al progresso scientifico e alla crescita economica e culturale della società[[68]](#footnote-68).

1. Una versione più sintetica di questo scritto è destinata agli Studi per i 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. [↑](#footnote-ref-1)
2. In tal senso L. C. Ubertazzi, *Seconda introduzione*, in *I diritti d’autore e connessi, Scritti*, Milano 2000, 25, qui 26. [↑](#footnote-ref-2)
3. G. Ghidini, *Introduzione*, in *Accesso a informazione e conoscenza nell’era multimediale*, a cura di G. Ghidini e A. Stazi, Roma 2011, p. 7. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sempre G. Ghidini, *op. ult. cit.*, p. 7. [↑](#footnote-ref-4)
5. F. Scamardella, *La riflessività giuridica come catergoria di mediazione tra individuo e diritto,* in [www.i-lex.it](http://www.i-lex.it) 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. G. Teubner, *Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blankenburg*, in *Law and society review¸*vol. 18, n. 2, 1984, p. 83. [↑](#footnote-ref-6)
7. A. Bertoni, M. Lillà Montagnani, *La modernizzazione del diritto d’autore e il ruolo degli intermediari di internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Dir. dell’informazione e dell’informatica* 2015, p. 111, analizzano quei processi di “modernizzazione” del diritto d'autore recentemente portati a compimento in alcuni ordinamenti stranieri, in particolare quelli canadese e inglese, per poi confrontarli con gli sviluppi rinvenibili nel quadro italiano. [↑](#footnote-ref-7)
8. Tra i molti, per qualche sintetico accenno, si rinvia a V. M. de Sanctis, *Manuale del nuovo diritto d’autore*, II ed., Napoli 2012, p. 15 ss. e più in dettaglio M. Iolanda Palazzolo, *La nascita del diritto d’autore in Italia*, Roma 2013 e C. De Vecchis e P. Traniello, *La proprietà del pensiero. Il diritto d’autore dal Settecento ad oggi*, Roma 2012. [↑](#footnote-ref-8)
9. M. Rose, Authors and Owners. The Invention of Copyright, Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 1993, p. 10 e ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. Tanto che la prima può, sotto certi aspetti, considerarsi una manifestazione della seconda, non solo e non tanto per la partecipazione agli ideali risorgimentali che pure vi è stata da parte di diversi editori dell’Ottocento, ma nel senso che, nonostante i contributi fondamentali dati in passato in Italia alla diffusione della stampa e all’individuazione dei primi strumenti giuridici volti alla sua tutela, una “editoria italiana” non avrebbe potuto essere pensata sul piano strutturale nella società moderna se non fossero stati congiuntamente risolti i problemi giuridici – ma soprattutto quelli economici, sociali e culturali – dipendenti dalla suddivisione della Penisola in tanti Stati, come precisano C. De Vecchis e P. Traniello, *La proprietà del pensiero. Il diritto d’autore dal Settecento ad oggi*, Roma 2012, p. 63. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ancora C. De Vecchis e P. Traniello, *La proprietà del pensiero. Il diritto d’autore dal Settecento ad oggi*, Roma 2012, p. 107. [↑](#footnote-ref-11)
12. La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche adottata il 9 settembre 1886 stabilisce il riconoscimento reciproco del diritto d’autore tra le nazioni aderenti, per risolvere, principalmente, il problema delle traduzioni in lingue diverse da quella originale della stessa opera. La tutela è automatica, senza necessità di alcune registrazione dell’opera. La Convenzione è amministrata dal WIPO, Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale. Nel 1994 con l’Accordo TRIPs (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) adottato nell’ambito del GATT e promosso dall’Organizzazione mondiale del commercio si fissano standard per la tutela della proprietà intellettuale, di fatto richiamando le condizioni della Convenzione di Berna. [↑](#footnote-ref-12)
13. R. Caso, *Alle origini del copyright e del droit d’auteur: spunti in chiave di diritto e tecnologia*, Postfazione al volume di U. Izzo, *Alle origini del copyright e del diritto d’autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carocci, 2010. [↑](#footnote-ref-13)
14. E. Prosperetti, *L’opera digitale tra regole e mercato*, Torino 2013, qui p. 185. [↑](#footnote-ref-14)
15. Con la c.d. sesta Direttiva 2001/29/CE, Information Society, attuata in Italia con il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68. L’intervento europeo in tema di diritto d’autore prende avvio proprio con l’avvento della telematica con una direttiva (91/250/CE) sui programmi per elaboratore. Alla stessa seguono la Dir. 92/100/CE sul diritto di noleggio e del prestito da istituzioni aperte ala pubblico, la Dir. 93/83/CE sui diritti connessi nella radiodiffusione via satellitare e ritrasmissione via cavo, la Dir. 93/98/CE sull’armonizzazione della durata di protezione del diritto d’autore e dei diritti connessi, la Dir. 96/9/CE sulle banche dati, la Dir. 98/84/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato, la Dir. 2000/31 sul commercio elettronico, la Dir. 2001/29/CE sull’armonizzazione del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione, che introduce il c.d. *three step test* per individuare le c.d. utilizzazioni libere, la Dir. 2001/84 sul diritto d’autore di un’opera d’arte sulle successive vendite dell’originale, la Dir. 2004/48/CE c.d. dir. enforcement, e, da ultimo, la Dir. 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d’autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenza multiterritoriali. [↑](#footnote-ref-15)
16. In proposito la disciplina comunitaria è contenuta nella Dir. 96/9/CE, attuata con il d. lgs. 6 maggio 1999, n. 169, la disciplina è contenuta agli artt. 64-*quinquies* e 64-*sexies* L.A.. [↑](#footnote-ref-16)
17. L. C. Ubertazzi, *Le banche dati*, in *I diritti d’autore e connessi, Scritti*, Milano 2000, 67, qui p. 78. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artt. 64-*bis*, 64-t*er* e 64-*quater* L.A. [↑](#footnote-ref-18)
19. Artt. 61,62,63 e 64 L.A. [↑](#footnote-ref-19)
20. Così E. Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni nella realtà digitale: una difficile convivenza*, in *Accesso a informazione*, op. cit., p.145 [↑](#footnote-ref-20)
21. M. Bertani, *Internet e la “amministrativizzazione” della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2012 e in *Il regolamento Agcom sul diritto d’autore* a cura di L.C. Ubertazzi, cit. [↑](#footnote-ref-21)
22. In tal senso M. Ramajoli, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d’autore*, in *AIDA* 2014, p. 88. [↑](#footnote-ref-22)
23. Da M. Bertani, *Internet e la “amministrativizzazione” della proprietà intellettuale*, in *AIDA* 2012, p. 129 [↑](#footnote-ref-23)
24. M. Bertani, op. cit. [↑](#footnote-ref-24)
25. M. Bertani, op. ult. cit., p. 135. [↑](#footnote-ref-25)
26. Si permetta di rinviare a M. Delsignore, *Il sistema U.S.A.*, in *AIDA* 2014, p. 3. La sezione OCILLA del DMCA (Digital Millenium Copyright Act) contiene la disciplina della responsabilità in tema di violazione del diritto d’autore. In particolare, vi si introducono talune esenzioni o limitazioni di responsabilità, c.d. *safe harbors*, in capo agli OSP che assumano una condotta collaborativa nella tutela del diritto d’autore, sia attraverso la predisposizione di regole per la sospensione del servizio in capo ai propri utenti che commettano ripetute violazioni, sia a mezzo della non interferenza con le eventuali misure tecniche di protezione del materiale, sia, infine, con la pronta rimozione delle eventuali opere illecite, ove ne abbiano conoscenza. Con maggior dettaglio, le disposizioni del DMCA esentano pienamente dalla responsabilità monetaria - e, almeno parzialmente, dai meccanismi sanzionatori di *injuctions* - i prestatori di servizi, laddove anzitutto e in via generale - senza distinzione, dunque, quanto al tipo di servizio offerto - adottino, dandone poi adeguata diffusione e conoscenza ai propri utenti, condizioni contrattuali che prevedano l’interruzione del servizio per coloro che siano *repeat infringers*, e, in aggiunta, si impegnino a non interferire con eventuali misure tecniche di protezione predisposte dai titolari del diritto d’autore. [↑](#footnote-ref-26)
27. In tal senso B. Tonoletti, *La tutela dei diritti di proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in AIDA 2013, 335. [↑](#footnote-ref-27)
28. L’art. 156 L. A. prevede che “chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell’autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione”. [↑](#footnote-ref-28)
29. In merito M. Ramajoli, *op. cit.*, qui p. 95 ss, che riferisce delle competenze dell’autorità doganale e del prefetto. [↑](#footnote-ref-29)
30. B. Tonoletti, op. cit, 339- 340. [↑](#footnote-ref-30)
31. Così B. Tonoletti, op. cit. [↑](#footnote-ref-31)
32. A. Clini, *Le esperienze dell’enforcement amministrativo*, in *Il regolamento Agcom sul diritto* d’autore, Quaderni AIDA, a cura di L.C. Ubertazzi, Torino, 2014, 160, qui 161. [↑](#footnote-ref-32)
33. Lo stesso regolamento Agcom ha inoltre istituito il Comitato per lo sviluppo e la tutela dell’offerta legale di opere digitali che svolge attività di mediazione per la semplificazione della filiera di distribuzione e in favore dell’adozione di codici di condotta da parte dei fornitori di servizi della società dell’informazione quali mezzi idonei per tutelare l‘offerta legale delle opere digitali contrastando l’offerta di contenuti in violazione del diritto d’autore. La funzione di mediazione spiega la composizione variegata del Comitato che appare dalla natura ibrida come comitato di rappresentanti di interessi, vista la presenza delle associazioni di consumatori, ma anche comitato di esperti governativi, viste le diverse amministrazioni coinvolte. In merito cfr. V. Pampanin, *Il comitato AGCOM per le opere digitali*, in AIDA 2014, 304. [↑](#footnote-ref-33)
34. Critico in merito è M. Renna, *Le questioni di legittimità del regolamento dell’Agcom sulla tutela del diritto d’autore on line*, in *AIDA* 2014, 111. [↑](#footnote-ref-34)
35. Ord. T.A.R. Lazio 26 settembre 2014, n. 10016 e ord. T.A.R. Lazio 26 settembre 2014, n. 10020, comentate da A. Morrone, *Internet come spazio pubblico costituzionale. Sulla costituzionalità delle norme a tutela del diritto d’autore deliberate dall’Agcom*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) e da O. Pollicino, *La rimessione alla Corte della questione di legittimità costituzionale in materia di diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica*, sempre in www.federalismi.it. [↑](#footnote-ref-35)
36. In merito riferiscono A. Bertoni, M. Lillà Montagnani, *La modernizzazione del diritto d’autore e il ruolo degli intermediari di internet quali propulsori delle attività creative in rete*, cit. [↑](#footnote-ref-36)
37. M. Ramajoli, op. cit., p. 96 ss., M. L. Schiavano, *Pubblico e privato negli enti pubblici associativi – il caso della SIAE –problemi di diritto interno e profili comparatistici*, Padova 1997; Fabiani, *Siae*, Dig. Comm., Natalini, in *Giorn. dir. amm.* 1995, p. 961. [↑](#footnote-ref-37)
38. Art. 180 L.A. [↑](#footnote-ref-38)
39. Con la decisione 27 febbraio 2014, causa C-351/12. La sentenza si trova in *Riv. Dir. ind.* 2015, 69,annotata da M. L. Bixio, *Ancora una chance per il sistema monopolistico delle collecting societies. Osservazioni sulla decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea del 27 febbraio 2014 caso OSA.* [↑](#footnote-ref-39)
40. V. Falce, *La modernizzazione del diritto d’autore*, II ed. Torino 2012, p. 251 ss. [↑](#footnote-ref-40)
41. D. L. 24 gennaio 2012, n.1 convertito nella legge 24 marzo 2012, n.27. [↑](#footnote-ref-41)
42. Segnalazione AGCM 4 giugno 2004 favorevole all’esistenza di un organismo di gestione collettiva, ma critica quanto all’esclusività della gestione che non lascia al titolare del diritto la facoltà di decidere liberamente se ed eventualmente a quale intermediario affidare l’esercizio dei propri diritti, in particolare quanto al credito al compenso. [↑](#footnote-ref-42)
43. Cfr. V. Falce, *op. cit.*, p.258 e i riferimenti in nota. [↑](#footnote-ref-43)
44. B. Tonoletti, op.cit., p. 340. [↑](#footnote-ref-44)
45. Sempre B. Tonoletti, op. cit., p. 343. [↑](#footnote-ref-45)
46. *Declaration Three step test,* traduzione italiana a cura di Marco Ricolfi e Thomas Margoni. La versione di riferimento, aperta alla sottoscirzione, è solo quella inglese presente sul sito del Max Plank Institut per la proprietà intellettuale http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration\_three\_steps.pdf, nonché su quello della Queen Mary University http://www.law.qmul.ac.uk/events/archive/declaration\_three\_steps%5B1%5D.pdf. [↑](#footnote-ref-46)
47. De Sanctis, cit., p. 23. [↑](#footnote-ref-47)
48. Caratteristica peculiare del diritto d’autore è, infatti, quella di esigere una tutela che supera i confini del singolo Stato in cui l’opera viene originariamente prodotta; solo così, infatti, la protezione delle opere risulta efficace anche nei confronti delle possibili contraffazioni effettuate all’estero e l’espressione dell’ingegno umano può essere riconosciuta e garantita entro una determinata cultura a condizioni che debbono essere tendenzialmente paritetiche: C. De Vecchis, cit., p. 145. [↑](#footnote-ref-48)
49. Critico quanto alla scelta lessicale G. Ghidini, *Exclusion and access in copyright law: the unbalanced features of the European directive ‘on information society’ (Infosoc)”,* in *Riv. Dir. Ind.* 1/2013. [↑](#footnote-ref-49)
50. Previsto nella convenzione di Berna e poi ripreso sia nella dir. Infosoc, sia dall’accordo TRIPS, nel trattato WIPO, che prevede “I Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell’opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare”. [↑](#footnote-ref-50)
51. G. Ghidini, L. Briceno Moraia, *Il futuro della proprietà intellettuale: un universo in espansione*, in *IDI* 2011, p. 201. [↑](#footnote-ref-51)
52. Con l'art. 4, comma 1 del [decreto legge 8 agosto 2013, n. 91 (in G.U. 09/08/2013, n.186)](http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-08-09&atto.codiceRedazionale=13G00135&atto.articolo.numero=4&atto.articolo.tipoArticolo=0), convertito con modificazioni dalla L. 7 ottobre 2013, n. 112 (in G.U. 08/10/2013, n. 236). [↑](#footnote-ref-52)
53. Il protocollo è pubblicato con un breve appunto di V. Bellani, *SIAE e MIBACT: alleanza per la cultura*, in *IDA* 2014, 298. [↑](#footnote-ref-53)
54. R. Caso, *Alle origini del copyright e del droit d’auteur: spunti in chiave di diritto e tecnologia*, Postfazione al volume di U. Izzo, *Alle origini del copyright e del diritto d’autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carocci, 2010. [↑](#footnote-ref-54)
55. L. Paccagnella. *Open access. Conoscenza aperta e società dell’informazione*, Bologna 2010. [↑](#footnote-ref-55)
56. Si ricorda qui di seguito il pensiero di R. Caso che si è occupato a fondo del tema già in un volume da lui curato dal titolo *Pubblicazioni scientifiche, diritti d’autore e open access*, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008, Trento 2009 e, da ultimo, nello scritto *La legge italiana sull'accesso aperto agli articoli scientifici: una prima panoramica*, in *Aedon* 2013, n. 3. [↑](#footnote-ref-56)
57. Sempre R. Caso, op. ult. cit., che precisa che il fenomeno è particolarmente evidente nelle aree scientifiche che fanno uso di periodici e di indici bibliometrici (come l*'Impact factor*), ma riguarda anche i settori, operanti nell'area delle scienze umane e sociali, che non adoperano la bibliometria (peraltro, i settori c.d. non bibliometrici fanno uso crescente di succedanei come il rating delle riviste per fasce di qualità). Queste caratteristiche del mercato si saldano all'esclusività del diritto d'autore sulle pubblicazioni. Il titolare del diritto d'autore cede - generalmente: senza previa negoziazione - in esclusiva i diritti patrimoniali all'editore che li commercializza. Una volta effettuata la cessione dei diritti, l'autore non può ripubblicare l'opera presso altre sedi editoriali senza l'autorizzazione dell'editore. L'interazione tra valutazione e diritto d'autore eleva barriere all'entrata del mercato alimentando il potere oligopolistico in capo a un numero limitato di editori. Tale interazione genera una serie di problemi, il più evidente dei quali è la crescita esponenziale del prezzo dei periodici scientifici determinatasi negli ultimi decenni. In buona sostanza, la spesa per l'acquisto dei periodici scientifici è divenuta sempre meno sostenibile per le istituzioni di ricerca, mentre i profitti dei grandi gruppi editoriali crescono progressivamente. [↑](#footnote-ref-57)
58. Si specifica che vi sono altre ragioni che alimentano l'oligopolio: il fatto che i lettori siano poco sensibili al prezzo (sono le biblioteche e non i ricercatori/lettori ad avere contezza dei prezzi praticati dagli editori), la scarsa trasparenza dei prezzi applicati ai grandi contratti di licenza (c.d. *big deals*) per l'accesso in *bundling* alle risorse editoriali (le condizioni contrattuali di queste licenze e in particolare le clausole economiche sono coperte da riservatezza) e alcune operazioni di fusioni/acquisizioni dei grandi gruppi editoriali che hanno portato alla concentrazione del mercato. [↑](#footnote-ref-58)
59. R. Caso, *Relazione introduttiva. L’open access alle pubblicazioni scientifiche: una nuova speranza*, nel volume *Pubblicazioni scientifiche, diritti d’autore e open access*, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008, Trento 2009, p.7, qui p.42. [↑](#footnote-ref-59)
60. C (2012) 4890 final. [↑](#footnote-ref-60)
61. 2. I soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica adottano, nella loro autonomia, le misure necessarie per la promozione dell'accesso aperto ai risultati della ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici, quando documentati in articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico che abbiano almeno due uscite annue. I predetti articoli devono includere una scheda di progetto in cui siano menzionati tutti i soggetti che hanno concorso alla realizzazione degli stessi. L'accesso aperto si realizza:

    a) tramite la pubblicazione da parte dell'editore, al momento della prima pubblicazione, in modo tale che l'articolo sia accessibile a titolo gratuito dal luogo e nel momento scelti individualmente;

    b) tramite la ripubblicazione senza fini di lucro in archivi elettronici istituzionali o disciplinari, secondo le stesse modalità, entro diciotto mesi dalla prima pubblicazione per le pubblicazioni delle aree disciplinari scientifico-tecnico-mediche e ventiquattro mesi per le aree disciplinari umanistiche e delle scienze sociali.

    2-*bis*. Le previsioni del comma 2 non si applicano quando i diritti sui risultati delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione godono di protezione ai sensi del codice di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30;

    3. Al fine di ottimizzare le risorse disponibili e di facilitare il reperimento e l'uso dell'informazione culturale e scientifica, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca adottano strategie coordinate per l'unificazione delle banche dati rispettivamente gestite, quali quelle riguardanti l'anagrafe nazionale della ricerca, il deposito legale dei documenti digitali e la documentazione bibliografica

    4. Dall'attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le pubbliche amministrazioni interessate provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. [↑](#footnote-ref-61)
62. G. Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell’economia di mercato*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1999, p. 725. [↑](#footnote-ref-62)
63. B. Tonoletti, op. cit., p. 363. [↑](#footnote-ref-63)
64. G. Ghidini, *Exclusion and access in copyright law: the unbanlanced features of the European Directive “on Information Society”*, in *Dir. Ind.* 2013, parte I, p. 5. Sull’ancoraggio costituzionale di questi diritti cfr. anche L. C. Ubertazzi, *Il fondamento costituzionale del diritto d’autore*, op. ult. cit., 389, qui p. 390. [↑](#footnote-ref-64)
65. G. Ghidini, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Merc.conc.reg.*2005, 247. [↑](#footnote-ref-65)
66. Allo stesso modo l’opera dell’ingegno può ricadere all’interno della categoria dei beni culturali, soprattutto laddove si tratti di opere destinate a essere fruite visivamente d’arte figurativa o plastica attraverso la pittura, il disegno, la scultura, l’architettura e la fotografia. In merito il Codice dei beni culturali esclude siano tali le opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga ad oltre 50 anni, per le cose mobili, 70 anni, per le cose immobili. Poiché, però, per il diritto d’autore i 70 anni decorrono dalla morte dell’autore, può accadere che l’opera sia ancora soggetta al diritto d’autore e, al contempo, in quanto bene culturale, alle regole del codice, con la conseguenza di subordinare l’esercizio del diritto di proprietà su tali beni, non ostante il carattere assoluto e discrezionale proprio del diritto d’autore, all’interesse culturale collettivo. In proposito si rinvia a A. Pojaghi, *Beni culturali e diritto d’autore*, in *IDA* 2014, p. 149. [↑](#footnote-ref-66)
67. G. Ghidini, L. Briceno Moraia, *Il futuro della proprietà intellettuale: un universo in espansione*, in *IDI* 2011, p. 201. [↑](#footnote-ref-67)
68. In proposito compaiono ben due articoli nei fascicoli 2015 dell’Harvard Law Review ove si discute della legittimità costituzionale di una tale riforma *Copyright Reform and Taking Clause*,128 Harv. L. Rev. 973 e J. P. Fishman, *Creating Around Copyright*, in 128 *Harv. L. Rev.* 1333 ove si mette in discussione l’attuale disfavore rispetto ai limiti e condizionamenti contenuti nella disciplina del copyright, mettendo in luce come proprio i limiti e i condizionamenti siano lo spunto per la creatività (…*the incentives versus access debate that has long dominated copyright theory has misunderstood the relationship between creativity and constraint. Information may want to be free, but creativity does not.*”. [↑](#footnote-ref-68)