

ACCESSO E DIGITALIZZAZIONE NELLA DIRETTIVA COPYRIGHT

Di Lucio Casalini

| 189

SOMMARIO: 1. *Una premessa: la componente digitale nella riflessione giuridica.* – 2. *Il contesto della rete.* – 3. *Quadro normativo e delimitazione del campo dell'indagine.* – 4. *L'azione dell'Unione Europea in questo settore.* – 4.1 *Alcune riflessioni attorno alla direttiva copyright tra armonizzazione e nuovi assetti a geometria variabile.* – 4.2. *(segue) Sull'eccezione di text and data mining.* – 5. *Prime conclusioni.* – 6. *Prospettive di analisi de iure condendo.*

ABSTRACT. L'analisi ha ad oggetto il nuovo sistema di eccezioni e limitazioni previsto dalla recente direttiva copyright e, in particolare, si sofferma sull'eccezione di text and data mining, muovendo dalla presa d'atto che il diritto di accesso alla conoscenza disponibile in rete poggia su un impianto normativo ampiamente inadeguato alle nuove sfide tecnologiche. Ciò sollecita una rimeditazione profonda del sistema di proprietà intellettuale nel mercato unico digitale europeo, ispirata ai principi dell'open access, al fine di riallineare valori costituzionali e regole cogenti, anche avvalendosi dei nuovi strumenti offerti dalla digitalizzazione.

This paper analyzes the new measures of the copyright directive to adapt exceptions and limitations to the digital and cross-border environment, in particular through the use of text and data mining. The right of access to knowledge available on the net still rests on a regulatory framework that is largely inadequate in regard to new technological challenges. This calls for a deep rethinking of the intellectual property system in the DSM, inspired by the principles of open access in efforts to realign constitutional values and mandatory rules, also making use of the new tools offered by digitization.



1. Una premessa: la componente digitale nella riflessione giuridica.

190

I primi anni Venti del XXI secolo sono stati indubbiamente segnati dall'emersione tumultuosa delle nuove tecnologie digitali. La sterminata letteratura che si è formata nel campo delle scienze tecnico-scientifiche¹ ne è la riprova. Letteratura che, di lì a poco, sarebbe fiorita in tutti gli altri ambiti delle scienze sociali e – per quel che qui interessa – nelle scienze giuridiche in modo particolare².

Da questa prospettiva, occorre innanzitutto prendere atto che il sistema delle relazioni è radicalmente mutato. In punto di diritto, questo mutamento ha interessato profondamente i rapporti

¹ Nel dibattito scientifico d'oltreoceano riguardante istruzione e forza lavoro, l'idea di un gruppo di discipline necessario all'innovazione e alla prosperità del Paese comincia a concettualizzarsi attorno agli anni duemila. Nasce, così, il neologismo espresso dall'acronimo STEM, dall'inglese *Science, Technology, Engineering and Mathematics*, termine oggi entrato nell'uso comune per indicare le discipline scientifico-tecnologiche ed i relativi corsi di studio; cfr. H. GONZALEZ, J. KUENZI, *Science, Technology, Engineering, and Mathematics (STEM) Education: A Primer*, consultabile su fas.org, Congressional Research Service, 2012.

² Invero, si è entrati nel nuovo secolo con la dottrina già polarizzata su due contrapposte posizioni che, sinteticamente, posso essere così distinte: da una parte la posizione conservatrice, secondo cui tali fenomeni dovrebbero essere governati con le norme già esistenti ed ogni sforzo innovatore del sistema di regole sarebbe, nell'ipotesi migliore, vano; dall'altra la posizione adeguatrice, che invece sostiene la necessità di conformare la regola al fenomeno regolato, attraverso una rivisitazione degli istituti, almeno laddove si manifesti concretamente una lacuna nel sistema vigente. Per la prima posizione cfr. F.H. EASTERBROOK, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1996, p. 207; A. THIERER, *Permissionless Innovation: The Continuing Case for Comprehensive Technological Freedom*, Arlington, 2016; D. CASTRO, M. McLAUGHLIN, *Ten Ways the Precautionary Principle Undermines Progress in Artificial Intelligence*, in iif.org, 2019; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *Rivista di Biodiritto*, 2020, p. 406. Per la seconda posizione cfr. L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, 1999, p. 50; R. CALO, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in *California Law Review*, 2015, p. 513; A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 497; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1690 e 1696; ID., *Intelligenza artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi Intelligenti*, 2017, p. 617; A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Rivista di Biodiritto*, 2019, p. 8; in Italia – quale che sia la posizione cui s'intenda aderire – imprescindibile la riflessione di uno dei maestri della civilistica italiana, Stefano Rodotà – di cui cfr. almeno S. RODOTÀ, *Teconologie e diritti*, Il Mulino, 1995; ID., *La vita e le regole*, Milano, 2006; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015 – la cui lezione è ripresa opportunamente da D. IMBRUGLIA, *L'intelligenza artificiale (IA) e le regole. Appunti*, in *MediaLaws*, 3, 2020, p. 18.

giuridici sia sotto il profilo soggettivo, ove si affacciano *altre* forme di soggettività che impongono nuove riflessioni³, sia sotto il profilo oggettivo, ove si assiste ad un diverso atteggiarsi del rapporto tra persone e beni. Questi ultimi – quale ulteriore elemento di complicazione – tendono sempre di più a perdere quel substrato di materialità che li ha tradizionalmente caratterizzati come beni in senso giuridico⁴. Ne consegue l'emersione di una nuova categoria di beni immateriali⁵, sempre più presente e diffusa

³ È notorio il riferimento contenuto al punto 59, lett. f), della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), in eur-lex.europa.eu, con cui «invita la Commissione a esplorare, esaminare e valutare, nell'ambito della valutazione d'impatto del suo futuro strumento legislativo, le implicazioni di tutte le soluzioni giuridiche possibili, tra cui [...] l'istituzione di *uno status giuridico specifico per i robot* nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come *persone elettroniche* responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il *riconoscimento della personalità elettronica* dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi» (cors. agg.). Sulla raccomandazione cfr. G. PASSAGNOLI, *Regolamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in *Persona e mercato*, 3, 2019, p. 79; N. BUSTO, *La personalità elettronica dei robot: logiche di gestione del rischio tra trasparenza e fiducia*, in *Cyberspazio e dir.*, 2017, p. 499; G. TADDEI ELMI, F. ROMANO, *Il robot tra ius condendum e ius conditum*, in *Inf. Dir.*, 2016, p. 115. Più in generale, si rinvia a G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* (a cura di P. Femia), Napoli, 2019; U. PAGALLO, *Vital, Sophia, and Co.-The Quest for the Legal Personhood of Robots*, in *Information*, 2018, p. 230; E. PALMERINI, *Robotica e diritto: Suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, p. 1815; e già in epoca ben più risalente, cfr. L.B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in *North Carol. L. Rev.*, 1992, p. 1231.

⁴ Come noto, il nostro codice civile dedica ai beni il Titolo I del Libro III, dedicato alla proprietà. In particolare, la nozione di beni in senso giuridico è stabilita dall'art. 810, ai sensi del quale «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti», intendendosi come tali, secondo l'insegnamento tradizionale, quei beni suscettibili di apprensione e da cui è possibile trarre delle utilità. Invero, sulla portata della norma si è sempre dibattuto, tanto che la dottrina è unanime solo nel considerarla una norma «molto più incline a creare problemi, che a porvi rimedio», così A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, CICU-MESSINEO-MENGGONI, Milano, 2012, p. 7. Tuttavia, va sottolineato che la storia legislativa dell'art. 810 c.c. indica la precisa volontà del legislatore di non definire le cose che possono essere considerate beni come necessariamente corporali ed in sede ermeneutica questo è un dato da non sottovalutare, come avverte lo stesso A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 16. Sul punto, inoltre, cfr. la fondamentale opera di D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970.

⁵ «Lo sviluppo della tecnologia ha contribuito ad aumentare le tipologie di beni che possono essere ricomprese nella categoria dei beni immateriali. Infatti, accanto alle opere dell'ingegno [...] alle invenzioni industriali e ai segni distintivi dell'impresa [...], oggi si parla di nuovi beni immateriali per indicare il

nell'orizzonte economico e giuridico del nostro tempo⁶.

Muovendo da questi assunti, l'analisi che segue, lungi dal voler pervenire a conclusioni definitive, mira, all'opposto, a tracciare un solco per lo sviluppo di ulteriori riflessioni su una questione che perfettamente s'inscrive in quest'orizzonte e che concerne il rapporto tra digitalizzazione e proprietà intellettuale (*rectius* diritto d'autore). In particolare, dopo aver tratteggiato la fisionomia del contesto della rete (§2) e delimitato il quadro normativo *ratione materiae* (§3), tale peculiare rapporto verrà riletto alla luce del recente attivismo del legislatore europeo in questo settore (§4), confluito da ultimo nella direttiva UE 790/2019 (cd. direttiva copyright) (§4.1). Si proverà, quindi, a mettere a fuoco alcune delle principali novità introdotte al regime di eccezioni e limitazioni, grazie all'ausilio delle nuove tecnologie digitali, in particolare del cd. *text and data mining* (§4.2). Infine, dopo aver tratto alcune prime conclusioni (§5), si cercherà di delineare, *de iure condendo*, le prospettive di analisi in tema di digitalizzazione, *open access* e proprietà intellettuale, provando a coglierne i punti d'intersezione, in vista del recepimento della direttiva copyright nel nostro ordinamento (§6).

software, i diritti audiovisivi sulle manifestazioni sportive, le immagini dei beni e l'etere», cfr. A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 228. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, se sol si pone mente ai mercati finanziari (*rectius* agli strumenti finanziari), al *know-how* di un'impresa, ai *big data*, ecc. In questo senso, la Commissione europea ha rilevato in una sua recente comunicazione (su cui v. *infra* nota 29) come «[i]ntangible assets such as inventions, artistic and cultural creations, brands, software, know-how, business processes and data are the cornerstones of today's economy. Over the last two decades, the volume of annual investments in such 'intellectual property products' increased by 87% in the EU, while the volume of tangible (non-residential) investments increased by only 30%. Investments in intangibles were also significantly less affected by the 2008 economic crisis». Per un'analisi del fenomeno in Italia, completa di dati e proiezioni nel nostro Paese, si rinvia alla *lectio magistralis* tenuta dal Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco il 16 dicembre 2020 in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 2020/2021 del *Gran Sasso Institute*, dal titolo «Economia, innovazione, conoscenza», consultabile all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni>.

⁶ È noto che, a livello globale, il principale *asset* strategico per le imprese è oggi rappresentato da beni immateriali, *i.e.* dati e informazioni; in una parola dalla conoscenza, intesa come volano di innovazione e crescita. Si assiste, così, ad una vera e propria rivoluzione digitale dove, come in tutte le rivoluzioni, è in corso una lotta per assicurarsi il predominio proprio sui dati, sulle informazioni e sulla conoscenza. Sul concetto di «rivoluzione», in chiave storica, si rivela illuminante anche in questo mutato contesto l'opera di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, Bologna, 2006.

2. Il contesto della rete.

Le peculiari dinamiche *supra* tratteggiate si dispiegano nel più ampio contesto della *rete*, entro cui si sono aperti e sviluppati scenari affatto nuovi, in special modo negli ultimi due decenni. È di tutta evidenza, infatti, come non si è più al cospetto di un mero strumento di comunicazione o di un supporto informatico, che succede al telegrafo, al telefono o al *personal computer*.

Al contrario, la rete si configura oggi come un sofisticato sistema di relazioni, comunicazione e conoscenza⁷ che, *de facto*, permea il mondo materiale circostante, in forza delle sue caratteristiche di interattività e pervasività. Da una prospettiva inversa, si potrebbe affermare che la rete rappresenta una vera e propria *estensione* del mondo materiale, capace di innescare un processo di osmosi – oggi accelerato dall'emergenza pandemica⁸ – che ha reso del tutto evanescente il confine tra *offline* e *online*⁹. Eppure, i profili di criticità relativi all'accesso alla rete persistono, anzi sembrano addirittura esacerbati dalla congiuntura sanitaria¹⁰.

Proprio con riferimento a questi profili, gli inventori del protocollo TCP/IP, ovvero del cd. accesso remoto, che ci consente di accedere e navigare in Internet, già da alcuni decenni denunciano i potenziali effetti distorsivi, in particolar modo riferendosi proprio alla circolazione della conoscenza¹¹.

⁷ Riecheggia la teoria dei sistemi sociali del sociologo tedesco Niklas Luhmann, intesi come insiemi di operazioni o elementi collegati fra di loro in base a criteri prestabiliti o in base a programmi dotati di una qualche autonomia, alla cui base vi è la comunicazione; cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 2001.

⁸ La quale, se da un lato ci ha costretti nelle nostre case, dall'altro, al contempo, ci ha proiettati giocoforza nella dimensione digitale, dove lavorare, incontrarsi, discutere e seguire con le nostre attività quotidiane.

⁹ Su questa dimensione, efficacemente compendiata con l'espressione *OnLife*, il filosofo Luciano Floridi sostiene che «quando nell'infosfera i confini tra la vita "online" e quella "offline" vengono meno, e siamo continuamente connessi gli uni agli altri, circondati da oggetti intelligenti in grado di interagire con noi e da costanti flussi di dati, allora possiamo dire di essere integrati nel mondo "onlife"»; cfr. L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Milano, 2020, pp. 77-78.

¹⁰ Difatti, il problema del *digital divide* è ancora ben lungi dall'essere risolto ed è prepotentemente tornato di grande attualità anche nel dibattito pubblico. In Italia, tra i primi e più attivi a denunciarlo, connettendolo ai concetti di accesso e di cittadinanza, cfr. S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004.

¹¹ «Per la società, l'impatto sarà più o meno buono principalmente a seconda di come verrà risolta la seguente questione: essere collegati sarà un privilegio o un diritto? Se la possibilità di sfruttare il vantaggio della "amplificazione

Infatti, nelle intenzioni dei suoi ideatori¹², le tecnologie di comunicazione digitale erano intese come strumenti di *democratizzazione*. Invece, come per un'eterogenesi dei fini, si sono trasformate in un reticolo di confini valicabili solo attraverso *password* e *username*, il più delle volte dietro pagamento di un lauto abbonamento. Trattasi di nuove forme di segmentazione escludenti, a cui in letteratura ci si riferisce con l'espressione *new enclosures*¹³: confini che separano, ad un primo livello, coloro che hanno accesso ad Internet da coloro che non hanno accesso e, ad un secondo e più stringente livello, coloro ai quali è comunque negata la possibilità di accedere ad archivi, banche dati, *repositories*, che costituiscono vere e proprie miniere di dati e informazioni, nonché fonti del sapere scientifico e innovativo.

3. Quadro normativo e delimitazione del campo dell'indagine.

Il diritto di accesso alla conoscenza¹⁴ poggia su un complesso impianto normativo, riconducibile all'alveo della cd. proprietà intellettuale. Qui

dell'intelligenza" sarà riservata a una élite privilegiata della popolazione, la Rete non farà che esasperare le differenze tra le opportunità intellettuali. Se invece l'idea della Rete dovesse restare, come noi speravamo progettandola, un ausilio per l'istruzione, e se tutte le menti vi dovessero reagire positivamente, di certo il beneficio per il genere umano sarà smisurato» (LickLieder e Taylor, 1968).

¹² Tra cui gli stessi Tim Berners-Lee e Robert Cailliau, considerati i padri fondatori di Internet, che – diversamente da altri protagonisti della rivoluzione digitale – non brevettarono mai il loro software, ma lo lasciarono libero di circolare in rete secondo la modalità *open source*. In questo modo è la stessa Internet a poter essere considerata un bene comune della conoscenza, che risponde a regole condivise e comuni, custodite da un consorzio internazionale pubblico/privato (il W3C presieduto dallo stesso Tim Berners-Lee); cfr., *passim*, C. HESS, E. OSTROM, *Understanding knowledge as a common*, Cambridge, 2007.

¹³ Questo fenomeno di privatizzazione trae origine dai nuovi sviluppi del capitalismo e dalla emersione di nuove risorse cui si è fatto cenno, presentando molte similitudini con le *enclosures* delle terre comuni, avvenute alle soglie della prima rivoluzione industriale (sec. XVI). Per questa ragione oggi si parla in letteratura di *new enclosures* (o *second enclosures movement*), che hanno ad oggetto, principalmente, le informazioni e i dati. Cfr. A. QUARTA, G. SMORTO, *op. cit.*, p. 256; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, *passim*. Per una efficace analisi di questi temi cfr., altresì, G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011.

¹⁴ Ai fini dell'analisi da intendersi come «[l]a conoscenza che, in rete, non ha il carattere naturale della scarsità, ed è quindi suscettibile di usi non rivali, configurandosi propriamente come un *common*», cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 113. Più diffusamente sul rapporto tra accesso e conoscenza cfr. *ibidem*, p. 130.

l'interprete attinge principi e regole della circolazione di beni immateriali, volti a soddisfare gli interessi dei diversi soggetti a vario titolo coinvolti, amplificati dal loro dispiegarsi nella cd. società dell'informazione¹⁵.

Segnatamente, con riferimento a tali peculiari interessi, vi è quello dell'autore dell'opera, il quale vanta – secondo la ricostruzione dualistica tradizionale¹⁶ – da un lato diritti di natura *morale* (ovvero, *in primis*, la possibilità di rivendicare in qualsiasi luogo e momento la paternità dell'opera), dall'altro diritti di natura *patrimoniale* (ovvero le diverse facoltà di sfruttamento economico dell'opera stessa); per contro, vi è l'interesse generale di un numero indeterminato di potenziali fruitori che dell'opera intendano *lato sensu* godere e disporre, per un personale sviluppo ed arricchimento.

Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, il diritto d'autore è così chiamato a svolgere un ruolo cruciale, poiché dirimente sia sul piano sociale – sono coinvolti valori fondamentali costituzionalmente protetti, come il pieno e il libero sviluppo della persona umana (art. 2 Cost.) e la promozione e lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (art. 9 Cost.) – sia sul piano economico – poiché il suo corretto funzionamento è preconditione indispensabile per innescare l'innovazione e la crescita, oltre che per garantire l'eguaglianza nell'accesso alle risorse (art. 3 Cost.) e la funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.).

Al fine di favorire – ad un tempo – creatività, innovazione e la più ampia diffusione della

¹⁵ L'espressione "società dell'informazione" è usata soprattutto dai sociologi per indicare l'attuale società post-industriale. Ciò che più spiccatamente la caratterizza è il prevalere di un bene immateriale come l'informazione rispetto all'industria, il settore dell'economia che è stato trainante per tutto il XX secolo. Si veda in argomento la voce "società dell'informazione" in *Enciclopedia della scienza e della tecnica Treccani* ove si legge che «l'elevato dinamismo che caratterizza la società contemporanea colloca l'informazione in posizione centrale, attribuendole il ruolo di risorsa strategica che condiziona l'efficienza dei sistemi, divenendo fattore di sviluppo sociale ed economico, di crescita e di ricchezza culturale. La società dell'informazione è un contesto in cui le nuove tecnologie informatiche e di telecomunicazione assumono un ruolo fondamentale nello sviluppo delle attività umane». Per un ulteriore approfondimento cfr. S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, qui l'Autore delinea distinte nozioni giuridiche di informazione, a partire dalla configurazione di due funzioni fondamentali associate alle attività di natura informativa giuridicamente rilevanti: la funzione di riproduzione e quella di rappresentazione.

¹⁶ Cfr. G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, Bologna, 2020, p. 85, che richiama l'immagine del *Doppelrecht*, utilizzata dai giuristi tedeschi di impostazione kohleriana per riferirsi a questo tipo di diritti composti da due parti distinte e tra loro reciprocamente autonome.

conoscenza, il processo di modernizzazione del diritto d'autore, in armonia con il nuovo contesto digitale¹⁷, prima ancora che un'opportunità risulta, allora, essere un'esigenza. Pertanto, se da una parte il diritto a beneficiare dell'accesso ad internet e alle fonti della conoscenza disponibili in rete occupa una posizione centrale¹⁸, dall'altra, il quadro normativo *in subjecta materia* si presenta assai articolato e multilivello. Il che rappresenta un *caveat* che impone di delimitare il campo dell'indagine.

Nell'ampio *genus* della proprietà intellettuale, infatti, si tende a ricomprendere tanto i diritti di privativa industriale, quanto il diritto d'autore ed i diritti ad esso connessi¹⁹. Tuttavia, nella prospettazione tradizionale, con tale espressione si suole fare riferimento al solo campo del diritto d'autore, mentre per gli altri diritti si parla, specificamente, di proprietà industriale. Distinzione che ha trovato un contrappunto in due fondamentali Convenzioni internazionali della fine del sec. XIX:

¹⁷ In questo senso cfr. R. CASO, *op. cit.*, p. 25 ove sostiene che «[...] la riscoperta dell'anima illuministica del diritto d'autore appare la strada maestra sia nell'interpretazione delle norme esistenti sia nella rifondazione dell'impianto normativo di tutto il diritto d'autore europeo. Rimettere al centro l'opera e la sua valenza di azione comunicativa finalizzata all'uso pubblico della ragione significa ribadire che il diritto d'autore non ha nulla a che fare con il controllo esclusivo dei dati. Significa inoltre ricollocare al centro della scena l'uomo e il suo pensiero. Perché l'illuminismo non è il datismo, la nuova religione che vede nei dati e nella c.d. intelligenza artificiale il preludio del superamento dell'uomo», qui riprendendo la riflessione attorno alla nuova religione del datismo svolta in Y. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2018, p. 559.

¹⁸ In un saggio scritto nel 2000 dal titolo *L'Era dell'Accesso. La rivoluzione della new economy*, l'economista ed attivista statunitense Jeremy Rifkin sostiene con lucidità e lungimiranza la progressiva perdita di rilevanza della proprietà fisica a favore del controllo dei flussi di valore e, dunque, l'importanza strategica del concetto di "accesso" alle reti ed alle informazioni, che prenderà il sopravvento sul mero titolo di proprietà dei beni, cfr. J. RIFKIN, *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid for experience*, 2000. Sul punto cfr. inoltre l'approfondita riflessione di P.J.A. DEHART, D. KLOZA, *Internet (access) as a new fundamental right*, in *European Journal of Law and Technology*, 3, 2012, p. 3.

¹⁹ Per fare il punto sulla disciplina, si rinvia integralmente a L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2012; ID. (a cura di), *La proprietà intellettuale*, Torino, 2011; A. FERRETTI, *Il nuovo diritto d'autore. Manuale operativo*, Miano, 2012; C. GALLI, A.M. GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011; M. DE SANCTIS, *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Editoriale Scientifica, 2012; G. COLANGELO, *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Bologna, 2011; A.S. GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Roma, 2018; G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, cit.

la Convenzione di Berna del 1886 (ratificata dall'Italia con L. 20 giugno 1978, n. 399, nel testo di Parigi del 24 luglio 1971), dedicata alla materia del diritto d'autore, e la Convenzione di Parigi del 1883 (ratificata dall'Italia con L. 28 aprile 1976, n. 424, nel testo di Stoccolma del 14 luglio 1967), che ha gettato le basi per la protezione della proprietà industriale.

I due settori sono, poi, confluiti nella più ampia nozione di proprietà intellettuale, sotto l'azione congiunta di altri due fondamentali accordi internazionali: la Convenzione di Stoccolma del 1967 (ratificata dall'Italia con L. 28 aprile 1976, n. 424), istitutiva dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (WIPO), e l'accordo TRIPS del 1994 (ratificato dall'Italia con L. 29 dicembre 1994, n. 747).

Nel nostro ordinamento, sul piano sostanziale, ciò che attualmente caratterizza la proprietà intellettuale è la struttura dominicale dei diritti che, conformemente alla tradizione romanistica, si configurano come diritti esclusivi su beni immateriali. Oggetto del diritto è, infatti, una *res incorporales*, ovvero – mutuando le espressioni della dottrina tomistica – il cd. *corpus mysticum* (l'opera letteraria o l'idea innovativa) e non anche il supporto materiale, il cd. *corpus mechanicum* (ad es. il libro che incorpora un romanzo).

Dunque, l'uso del termine "proprietà" è influenzato da ragioni storiche di egemonia culturale e dogmatica del diritto di proprietà come categoria ordinante²⁰, con tutte le conseguenze in termini di esclusività, pienezza ed assolutezza che esso porta con sé²¹. In particolare, i diritti di proprietà intellettuale sono quei particolari diritti di esclusiva che consentono a chi ne è titolare uno sfruttamento economico, limitato nel tempo²², con temporanea sottrazione dalle regole della concorrenza. Si realizza così un monopolio, assistito da efficaci rimedi giudiziari *ad hoc*, anche di natura

²⁰ Si pensi, tuttavia, alle recenti vicende giudiziarie legate alla brevettazione dei geni. Fondamentale, al riguardo, la decisione della Corte federale statunitense (Southern District of New York, March 29, 2010) nel caso *Myriad Genetics*, che giudica il genoma umano non appropriabile in via esclusiva attraverso i dispositivi della proprietà intellettuale, in questa ipotesi il brevetto. Cfr. G. COLANGELO, *La proprietà delle idee: le privative intellettuali tra comparazione ed analisi economica*, Bologna, 2015.

²¹ Nella manualistica cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2019, p. 725; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 211; P. PERLINGERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2020, p. 114.

²² Per il diritto d'autore i diritti di utilizzazione economica dell'opera durano fino a 70 anni dopo la morte dell'autore; mentre per i diritti di brevetto il limite arriva a 20 anni. In entrambi i casi, tale limite è improrogabile e, alla scadenza, il bene entra nel pubblico dominio.

cautelare – come l’inibitoria e il sequestro – per impedirne l’utilizzazione a terzi in assenza di consenso²³.

Il nostro codice civile contempla alcune norme a carattere generale (artt. 2563-2594 c.c.), collocate nel Libro V dedicato al lavoro. La disciplina speciale della proprietà industriale si rinviene, inoltre, nel relativo codice, emanato con d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, noto come Codice della proprietà industriale (c.p.i.). Tuttavia, come anticipato, l’analisi verrà delimitata alla materia del diritto d’autore, regolata fundamentalmente agli artt. 2575-2583 c.c. e dalla L. 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni, soprattutto di matrice comunitaria²⁴, volte al rafforzamento dei diritti di esclusiva e all’ampliamento dei beni tutelabili²⁵.

Quanto al contenuto del diritto d’autore troviamo un chiaro referente normativo nell’art. 2577 c.c., ove è compiuta la scomposizione, *supra* accennata, in una componente *morale*, illimitata nel tempo e nello spazio, accanto ad una componente *patrimoniale*, assoggettata a limiti di tempo e suscettibile di formare oggetto di contrattazione. A quest’ultimo riguardo, la L. n. 633/1941 regola

anche i principali contratti per mezzo dei quali l’autore dispone dei relativi diritti patrimoniali²⁶.

La cornice normativa si chiude con il regolamento sul ruolo dell’Autorità Garante per le Garanzie nelle Comunicazioni (allegato A alla Delibera n. 680/13/Cons del 12 dicembre 2013) in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica²⁷, che introduce un particolare *iter* amministrativo a tutela dei diritti violati in rete²⁸.

4. L’azione dell’Unione Europea in questo settore.

Sul piano eurounitario, il diritto di proprietà intellettuale e, in particolare, il diritto d’autore, che qui ci occupa, sono stati oggetto di attenzione crescente²⁹.

Questa è testimoniata dal singolare fermento legislativo degli ultimi anni, che ha trovato la propria base giuridica, anzitutto, nell’art. 17 della stessa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea³⁰, oltre che in due fondamentali norme dei

²³ Cfr. R. CASO, *I libri nella “tempesta perfetta”: dal copyright al controllo delle informazioni digitali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, XXXI, n. 1, 2013, ove afferma che «[l]a scelta del legislatore è una scelta di equilibrio. Monopolio sì, ma limitato nel tempo e in ampiezza». Poi aggiunge che «esistono margini di libertà della fruizione grazie a meccanismi come le libere utilizzazioni e il fair use». Più ampiamente, cfr. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2019, p. 131.

²⁴ La legge sul diritto d’autore è stata attraversata da numerosi interventi modificativi nel corso degli oltre settanta anni dalla sua entrata in vigore (da ultimo, con le modifiche apportate dalla L. 3 maggio 2019, n. 37). Oggi, anche la disciplina autoriale domestica è chiamata a regolare nuove fattispecie emergenti – *ça va sans dire* – dallo sviluppo tecnologico. Tra le più sfidanti, la riconoscibilità in capo ai sistemi di intelligenza artificiale di un’autonoma capacità creativa. Sul punto, per un primo approfondimento, cfr. L. CHIMIENTI, *Diritto d’Autore 4.0. L’intelligenza artificiale crea?*, Pisa, 2020; G. SARTOR, M. DEGLI ESPOSTI, F. LAGIOIA, *The Use of Copyrighted Works by AI Systems: Art Works in the Data Mill*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11, 2020, p. 51-69; G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 4, 2019, p. 253. Di recente in Europa, la questione è stata riproposta, tra le altre, in seno alla Commissione giuridica (JURI) del Parlamento Europeo, con la proposta di risoluzione contenuta nel “progetto di relazione sui diritti di proprietà intellettuale per lo sviluppo di tecnologie di intelligenza artificiale (2020/2015(INI))” del 24 aprile 2020. Per un primo approfondimento, sia consentito il rinvio alla *Rubrica di aggiornamento dell’OGID*, nota n. 4, *Il Draft Report sulla proprietà intellettuale*, in *Persona e Mercato*, 2/2020, p. 149.

²⁵ Ciò ha portato anche ad un accentuarsi del dibattito, soprattutto internazionale, sul rapporto tra proprietà intellettuale e diritto della concorrenza. Mette conto rilevare che, in taluni casi, per temperare la portata dell’esclusiva si è fatto ricorso alle regole in materia *antitrust* (*Magill*, Corte di Giustizia C-241/91 e *IMS Health* C-418/01).

²⁶ Gli artt. 118-136, ad esempio, disciplinano il contratto di edizione, con il quale l’autore concede (in via esclusiva, salvo patto contrario) ad un editore l’esercizio del diritto di pubblicare l’opera, per conto e a spese dell’editore. Quest’ultimo s’impegna a riprodurre l’opera e metterne in vendita le riproduzioni, pagando all’autore il compenso pattuito, generalmente determinato in misura percentuale sul prezzo di copertina.

²⁷ Per una efficace analisi delle disposizioni si veda M. OROFINO, *L’intervento regolamentare dell’AGCOM in materia di diritto d’autore: profili di criticità formale e sostanziale*, in PIZZETTI (a cura di), *Il caso del diritto d’autore*, Torino, 2013, p. 123, ove l’Autore sottolinea che «la regolamentazione del diritto d’autore non è andata di pari passo con l’evoluzione tecnologica».

²⁸ Ad oggi sono molteplici le violazioni segnalate all’AGCOM, ma la scelta di delegare la repressione del fenomeno della pirateria in rete alla regolamentazione amministrativa è considerato in dottrina assai controverso ed ha sollevato particolari perplessità, tanto da non poter essere considerato, secondo alcuni, parte del processo di modernizzazione del diritto d’autore. Cfr. A. BERTONI, M.L. MONTAGNANI, *La modernizzazione del diritto d’autore e il ruolo degli intermediari Internet quali propulsori delle attività creative in rete*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, 1, 2015; A. PAPA (a cura di), *Il diritto d’autore nell’era digitale*, Torino, 2019, pp. 1-13, 39-47, 57-73.

²⁹ Culminata di recente nella Comunicazione della Commissione europea COM(2020) del 25 novembre 2020 al Parlamento europeo, al Consiglio al Comitato Economico e Sociale ed al Comitato delle Regioni dal titolo “*Making the most of the EU’s innovative potential. An intellectual property action plan to support the EU’s recovery and resilience*”, consultabile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0760>.

³⁰ Per un’analisi critica, puntuale ed approfondita, si rinvia integralmente a C. SGANGA, *Propertizing European Copyright. History, Challenges and Opportunities*, Cheltenham, 2018.

Trattati: l'art. 3 TUE (in particolare al co. 3, dove si «promuove il progresso scientifico e tecnologico») e l'art. 179 TFUE (che auspica la realizzazione di uno Spazio Europeo della Ricerca, entro cui persone e contenuti possano circolare liberamente, in virtù di una «quinta libertà»³¹, essenziale allo sviluppo dell'Europa).

Prima tappa fondamentale del processo di armonizzazione in tema di diritto d'autore è stata, certamente, l'adozione della direttiva 29/2001/CE, del 27 settembre 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (cd. direttiva *infosoc*).

Questo primo significativo intervento del legislatore europeo è volto al superamento del principio di territorialità, ormai atavico, che informa la materia. In esso sono previste eccezioni e limitazioni al diritto di esclusiva dell'autore e dei titolari dei diritti connessi, al fine di dare maggiore flessibilità all'intero sistema del *copyright*, perennemente costretto ad adeguarsi ai rapidi avanzamenti dell'innovazione tecnologica.

In particolare, nella direttiva è tracciata la linea di *discrimen* tra diritto esclusivo e libera utilizzazione, quale fondamentale momento per stabilire quale sia la tutela riconosciuta al diritto d'autore. Da qui vengono stabilite le deroghe alla sua esclusività, per tre ordini di ragioni: i) tutela della cultura e di interessi superiori; ii) ovviare ad illeciti imperseguibili; iii) forme di utilizzazione effimere.

È interessante rilevare fin d'ora come la direttiva lasci ampia facoltà ai singoli Stati membri di stabilire eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi sull'opera (ad es. riproduzione, comunicazione, distribuzione). Come noto, l'impianto legislativo di eccezioni e limitazioni è costruito attorno alla elencazione dell'art. 5 dalla direttiva 29/2001/CE, ove sono tipizzate le ipotesi consentite di utilizzazione dell'opera e, inoltre, è data facoltà agli Stati membri di introdurne di nuove all'interno del proprio ordinamento statale, purché i titolari dei diritti ricevano un *equo compenso*. La norma si chiude stabilendo che le eccezioni e le limitazioni in essa contemplate «sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali 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».

In seguito, si è registrato un nuovo deciso impulso dell'Unione Europea, con l'affermazione di un principio di notevole portata. Attraverso raccomandazioni della Commissione e un corposo *impact assessment*, si è stabilito che i risultati della ricerca scientifica condotta mediante l'utilizzo di risorse pubbliche debbano essere resi utilizzabili da parte della collettività ed essere, perciò, sottoposti inderogabilmente ad un regime di libero accesso³². Questa presa di posizione della Commissione europea rinsalda la connessione tra accesso e libera circolazione della conoscenza, spostando l'angolo visuale: l'esito di uno studio condotto con fondi pubblici può dirsi *ab origine* bene comune accessibile a tutti. Ad un'attenta osservazione non sfugge come tale principio sia destinato ad avere una portata dirompente sulla prassi contrattuale nello spazio europeo³³.

Allo stato dell'arte, l'*acquis* comunitario sul diritto d'autore consta di un insieme di undici direttive e due regolamenti, volti alla armonizzazione dei diritti degli autori, degli interpreti ed esecutori, dei produttori e delle emittenti³⁴.

³² Cfr. Raccomandazione della Commissione del 17 luglio 2012 sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione (2012/417/UE), in *eur-lex.europa.eu*.

³³ Già nel programma Europa 2020 «Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva», la Commissione ha presentato sette iniziative faro, tra cui la cd. *Agenda digitale*, tese a «trasformare l'UE in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale». A proposito di mercato unico digitale, sul sito istituzionale del Parlamento Europeo si può leggere che: «il mercato unico digitale è uno dei settori più promettenti e impegnativi in termini di progresso e crea potenziali vantaggi in termini di efficienza, pari a 415 milioni di euro. Il mercato unico digitale apre nuove opportunità di incentivazione dell'economia tramite il commercio elettronico, facilitando nel contempo la conformità amministrativa e finanziaria per le imprese ed emancipando i clienti tramite l'*e-government*. I servizi di mercato e quelli governativi sviluppati nel mercato unico digitale stanno evolvendo dalle piattaforme fisse a quelle mobili, sono sempre più presenti e offrono accesso a informazioni e contenuti in qualsiasi momento, luogo e da qualsiasi dispositivo (commercio e *governance* diffusi). Quest'evoluzione necessita di un quadro normativo che contribuisca allo sviluppo del *cloud computing*, a una connettività dei dati mobili senza confini e a un accesso semplificato alle informazioni e ai contenuti, pur tutelando la vita privata, i dati personali, la sicurezza informatica e la neutralità della rete». Consultabile all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

³⁴ Direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (cd. direttiva *infosoc*), 22 maggio 2001; direttiva relativa al diritto di noleggio e al diritto di prestito e a taluni diritti connessi al diritto d'autore nel settore della proprietà intellettuale (cd. direttiva noleggio e prestiti), 12 dicembre

³¹ L'espressione compare per la prima volta nelle conclusioni del Consiglio Europeo del 13 e 14 marzo 2008, che invita a creare una «quinta libertà» fondata sulla «promozione dell'accesso aperto alla conoscenza e dell'innovazione aperta», al fine di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle conoscenze»; cfr. www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/99417.pdf.



Finora, attraverso questa serie di interventi, il legislatore eurounitario è riuscito, almeno in parte, a ridurre le divergenze nazionali, ad assicurare un livello di protezione più adeguato a promuovere la creatività e gli investimenti nel settore, promuovendo la diversità culturale e garantendo un migliore accesso dei consumatori e delle imprese ai contenuti e ai servizi digitali in tutta Europa.

Resta fermo il principale obiettivo degli sforzi di armonizzazione del legislatore europeo, ovvero quello di consentire ai beni e ai servizi protetti dal diritto d'autore di circolare liberamente all'interno del mercato unico digitale.

4.1. Alcune riflessioni attorno alla direttiva copyright tra armonizzazione e nuovi assetti a geometria variabile.

Proprio al fine di promuovere la più ampia circolazione dei beni e il più ampio accesso ai contenuti, in uno con la piena realizzazione del mercato unico digitale, è stata adottata, da ultimo, la direttiva 790/2019/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, il 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e

2006; direttiva relativa al diritto di seguito a beneficio dell'autore di un'opera d'arte originale (cd. direttiva sui diritti di rivendita), 27 settembre 2001; direttiva relativa al coordinamento di talune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi al diritto d'autore applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo (cd. direttiva satellite e cavo), 27 settembre 1993; direttiva sulla protezione giuridica dei programmi per elaboratore (cd. direttiva software), 23 aprile 2009; direttiva sull'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale (cd. IPRED), 29 aprile 2004; direttiva sulla protezione giuridica delle banche di dati (cd. direttiva sulla banca dati), 11 marzo 1996; direttiva relativa alla durata della protezione del diritto d'autore e di taluni diritti connessi che modifica la precedente direttiva del 2006 (cd. direttiva sulla durata), 27 settembre 2011; direttiva relativa ad alcuni usi autorizzati di opere orfane (cd. direttiva sulle opere orfane), 25 ottobre 2012; direttiva sulla gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi e licenze multi-territoriali dei diritti su opere musicali per uso online nel mercato interno (cd. direttiva CRM), 26 febbraio 2014; direttiva relativa ad alcuni usi autorizzati di talune opere e di altri oggetti protetti dal diritto d'autore e dai diritti connessi a favore di persone non vedenti, ipovedenti o altrimenti disabilite dalla stampa (direttiva che attua il trattato di Marrakech nell'UE), 13 settembre 2017; regolamento relativo allo scambio transfrontaliero tra l'Unione e i paesi terzi di copie in formato accessibile di talune opere e di altre materie protette dal diritto d'autore e dai diritti connessi a beneficio di persone non vedenti, ipovedenti o altrimenti disabilite dalla stampa (regolamento che attua il trattato di Marrakech nell'UE), 13 settembre 2017; regolamento sulla portabilità transfrontaliera dei servizi di contenuti online nel mercato interno (cd. regolamento sulla portabilità), 14 giugno 2017.

sui diritti connessi nel mercato unico digitale, che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE³⁵.

Con essa, il legislatore europeo si pone tre obiettivi: i) adeguare talune eccezioni chiave al diritto d'autore all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero; ii) migliorare le procedure di concessione delle licenze e garantire un più ampio accesso ai contenuti; iii) garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore. Più in generale, l'obiettivo principale è, dunque, quello di rafforzare l'armonizzazione del quadro normativo comunitario del diritto d'autore nel peculiare ambito delle nuove tecnologie digitali e, in particolare, di Internet.

A questo fine, il regolatore europeo sembrerebbe, *prima facie*, legittimare l'utilizzo di alcune attività estremamente rilevanti per la libera e piena diffusione delle informazioni e dei dati, in particolare della ricerca scientifica, sull'onda delle più evolute tecniche di estrazione di dati e dei processi di digitalizzazione. Il riferimento corre alle cd. tecniche di *text and data mining* (TDM), finalizzate all'estrazione di testo e di dati per scopi di ricerca scientifica (artt. 3-4), nonché all'utilizzo di opere e altri materiali in attività didattiche digitali e transfrontaliere (art. 5), alla conservazione del patrimonio culturale (art. 6), all'utilizzo di opere fuori commercio possedute da istituti di tutela del patrimonio culturale (art. 8). Tutte attività che, come sottolinea il considerando 8 della medesima direttiva, «possono arrecare beneficio [...] alla comunità di ricerca e, in tal modo, sostenere l'innovazione».

Soffermando l'attenzione sugli artt. 3 e 4, è possibile constatare come si riconoscano, attraverso il *text and data mining* specifiche eccezioni a favore degli organismi di ricerca e degli istituti di tutela del patrimonio culturale con riferimento ai diritti di cui all'art. 5, lett. a) e all'art. 7, par. 1, della direttiva 1996/9/CE, nonché ai diritti di cui all'art. 2 della direttiva 2001/29/CE. Ne consegue che, in caso di estrazione di dati e informazioni per scopi di ricerca scientifica da opere alle quali si ha legalmente accesso, gli organismi di ricerca non debbano essere sottoposti alle più restrittive previsioni prescritte nell'ambito della tutela giuridica delle banche dati e, soprattutto, in materia di riproduzione, le quali sono destinate a riconoscere in via esclusiva agli

³⁵ Per un'analisi in prospettiva storica cfr. L. MOSCATI, *Sfide tecnologiche e diritto d'autore tra riferimenti storici e direttive europee*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Napoli, 8, 2017, p. 443; qui il sistema europeo viene messo in relazione con il Nord America e in particolare con il Canada, che, secondo l'Autrice, «presenta aspetti meno conosciuti ma più vicini al modello europeo».

autori la possibilità di autorizzare o vietare la riproduzione, diretta o indiretta, delle proprie opere.

Al fine di garantire tale obiettivo, il par. 4 dell'art. 3 attribuisce, altresì, agli Stati membri il precipuo compito di instaurare un dialogo tra titolari dei diritti ed enti in modo da consentire l'individuazione concorde di nuove *best practices* per l'applicazione di tali eccezioni. Inoltre, la stessa norma esclude gli organismi di ricerca anche dall'applicazione del controverso art. 15, che attribuisce agli editori i diritti di riproduzione e di comunicazione delle opere al pubblico nel caso di utilizzo online delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico da parte di prestatori di servizi della società dell'informazione.

Per osservare i primi effetti di tale esclusione basta volgere l'attenzione oltralpe. In Francia, infatti, a seguito del recepimento tramite la *LOI no 2019-775 du 24 juillet 2019, tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse*, si è avuto l'intervento tanto dell'Autorità garante della concorrenza francese del 9 aprile 2020, quanto – in senso confermativo – la decisione della Corte d'appello di Parigi del 8 ottobre 2020, che ha imposto a Google di negoziare con gli organi di stampa e le associazioni di categoria per l'individuazione di un'equa remunerazione per l'uso dei cd. *snippets*³⁶.

Più in generale, se, da una parte, la Convenzione di Berna introduce le cd. libere utilizzazioni e, dall'altra, la direttiva 2001/29/CE le qualifica come deroghe limitate e specifiche, da recepire facoltativamente a livello nazionale (fatta eccezione per le cd. copie temporanee – *ex art. 5, co. 1* – di cui se ne sancisce l'obbligatorietà), con la direttiva *copyright* il decalogo degli usi leciti delle opere protette, che è tale se sussiste la previa autorizzazione del titolare, diventa obbligatorio, salvo che per l'eccezione di ricerca scientifica e di insegnamento, e non più discrezionalmente rimesso alla volontà degli Stati membri³⁷.

Tuttavia, la dottrina ha accolto con un certo sfavore la nuova disciplina, rilevandone le

molteplici contraddittorietà, probabilmente frutto del travagliato iter di adozione nelle sedi istituzionali europee³⁸. A ben vedere, infatti, il regime delle eccezioni e delle limitazioni si presenta ancora non pienamente armonizzato, essendo agevole rilevare diversi profili di disomogeneità che, prevedibilmente, non verranno risolti in sede di recepimento. Di tal guisa, sembrerebbe tradito uno dei principali obiettivi che lo stesso legislatore europeo si è prefissato con questo intervento: al considerando 5, infatti, riconosce apertamente che, in specifici settori, «la natura facoltativa delle eccezioni e limitazioni di cui alla direttiva 96/9/CE, 2001/29/CE e 2009/4/CE [...] può avere un impatto negativo sul funzionamento del mercato interno».

Sebbene lo sforzo appaia apprezzabile – almeno nei limiti in cui, da una parte, viene acceso finalmente un primo faro sull'attività precipuamente svolta dagli organismi di ricerca e, dall'altra, si cerca di introiettare tecniche avanzate di digitalizzazione e trattamento di informazioni e dati, incentivando l'uso di software a ciò deputati – il quadro che emerge sembra essere ancora piuttosto confuso. Ne consegue un nuovo assetto a geometria variabile: in parte armonizzato, laddove si sancisce il carattere obbligatorio delle eccezioni e limitazioni, in parte ancora disomogeneo, ove affidato all'autonomia normativa dei singoli legislatori nazionali³⁹.

Nel paragrafo che segue, si cercherà di mettere in luce ulteriori criticità che sembrano emergere dal dato normativo, già a partire da alcuni problemi definatori⁴⁰.

4.2. (segue) Sull'eccezione di *text and data mining*.

Il Titolo III della direttiva *copyright* è significativamente intitolato “Misure miranti ad adeguare le eccezioni e limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero” e all'art. 7, di chiusura del medesimo titolo, si sancisce l'imperatività delle norme in esso contenute.

In particolare, ai sensi dell'art. 2 della direttiva, rubricato “Definizioni”, con “*text and data mining*” si deve intendere «qualsiasi tecnica di analisi

³⁶ Per maggiori dettagli, sia consentito il rinvio alla *Rubrica di aggiornamento dell'OGID*, nota n. 7, *Droits voisins e snippets: la Corte d'appello di Parigi conferma la decisione dell'Autorità garante della concorrenza francese nei confronti di Google*, in *Persona e mercato*, 4/2020, p. 501.

³⁷ Così V. FALCE, *Direttiva Copyright 2019: fair use ed eccezioni al copyright tra esigenze di “apertura” e necessità di indirizzo*, in *Filodiritto*, 2019. Paradigmatico, in questo senso, è la previsione, all'art. 5 della direttiva *infosoc*, di ben 21 eccezioni e limitazioni ai diritti di riproduzione e comunicazione al pubblico, di cui una sola obbligatoria per gli Stati membri. Almeno su questo piano, dunque, la recente direttiva *copyright* si pone in decisa controtendenza rispetto al precedente approccio europeo.

³⁸ Cfr. R. CASO, *The academic copyright in the age of commodification of scientific research*, in *SCIRES-IT – SCientific REsearch and Information Technology*, 2020, p. 25; PAPA (a cura di), *op. cit.*, p. 11.

³⁹ Cfr. G. SPEDICATO, *Principi di diritto d'autore*, cit., p. 191.

⁴⁰ Sui problemi definatori dei termini «dato» e «informazione» cfr. A. STROWEL, *Big Data and Data Appropriation in the EU*, in T. APLIN (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2020, p. 107.



automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni»⁴¹.

Dunque, all'interno dei singoli Stati membri dovrà essere introdotta un'eccezione per le riproduzioni e le estrazioni di testo e di dati, da opere o altri materiali cui si abbia legalmente accesso, a condizione che l'utilizzo delle stesse non sia stato espressamente riservato dai titolari dei diritti, ad esempio attraverso strumenti che consentano la lettura automatizzata di contenuti resi pubblicamente disponibili online⁴².

L'art. 3, nel tratteggiare l'ambito dell'eccezione in tema di riproduzioni ed estrazioni per scopi di ricerca scientifica, richiama soggettivamente gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale. Per "organismo di ricerca" deve intendersi «un'università, comprese le relative biblioteche, un istituto di ricerca o qualsiasi altra entità il cui obiettivo primario sia condurre attività di ricerca scientifica oppure condurre attività didattiche che includano altresì attività di ricerca scientifica: a) senza scopo di lucro o reinvestendo tutti gli utili nella propria attività di ricerca scientifica, o b) con una finalità di interesse pubblico riconosciuta da uno Stato membro, in modo che non sia possibile l'accesso su base preferenziale ai risultati generati da detta ricerca scientifica da parte di un'impresa che esercita un'influenza determinante su tale organismo». Per "istituto di tutela del patrimonio culturale", invece: «una biblioteca accessibile al pubblico, un museo, un archivio o un istituto per il patrimonio cinematografico o sonoro».

Appare chiaro come il legislatore europeo abbia scelto di offrire una elencazione esemplificativa dei soggetti che possono ricondursi a tali definizioni, il che appare, *prima facie*, eccessivamente restrittivo e potenzialmente foriero di ambiguità. Inoltre, non si preoccupa di chiarire chi, in concreto, sarà investito del ruolo di riproduzione ed estrazione. Sennonché,

⁴¹ Per un eccellente inquadramento si rinvia ai lavori del Max Planck Institute, che in tema di eccezioni ha fornito importanti spunti in parte considerati dalle Istituzioni Europee in sede di finalizzazione e approvazione della stessa direttiva. Cfr. HILTY, HEIKO, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper, n. 17-02, disponibile all'indirizzo: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900110.

⁴² «Sia l'eccezione *ex art. 3*, sia quella *ex art. 4* sono subordinate al fatto che chi effettua il TDM deve avere legalmente accesso alle opere o agli altri materiali. Ciò implica l'aver stipulato una licenza con il titolare del diritto o che il contenuto sia stato messo a disposizione gratuita su Internet», così CASO, *op. cit.*, p. 20.

è appena il caso di rilevare come difetti una definizione di dati e di informazioni e come, gli stessi, non siano protetti in quanto tali dal diritto autoriale, che si limita, come noto, a proteggere la forma creativa di un'opera, senza estendere le tutele del diritto esclusivo alle informazioni e ai dati incorporati nell'opera stessa⁴³.

Alcuni interpreti hanno sostenuto al riguardo che il TDM è tuttora un'attività non toccata dal diritto di riproduzione, in base all'assunto che il diritto di riproduzione riguarda pur sempre l'opera e la sua valenza comunicativa, non già i dati di cui è composta⁴⁴. Non sembra fare chiarezza neppure il considerando 8, ove si sottolinea che «in alcuni casi, l'estrazione di testo e di dati può riguardare atti protetti dal diritto d'autore dal diritto *sui generis* sulle banche dati, o entrambi, in particolare la riproduzione di opere o altro materiale, l'estrazione di contenuti da una banca dati o entrambi, come avviene ad esempio quando i dati vengono normalizzati nel processo di estrazione di testo e di dati. Se non sussistono eccezioni né limitazioni è richiesta un'apposita autorizzazione ai titolari dei diritti». E nemmeno il successivo art. 4 fa particolarmente luce sul punto. La norma dispone un'eccezione per le riproduzioni e le estrazioni effettuate da opere o altri materiali cui si abbia legalmente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati, a condizione che l'utilizzo delle opere e di altri materiali non sia stato espressamente riservato dai titolari dei diritti in modo appropriato. Certamente non facile sarà prevedere cosa si intenderà per "riserva appropriata" in sede applicativa⁴⁵.

⁴³ Sul punto ha aperto un primo dibattito dottrinario P.B. HUGENHOLTZ, *Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, Institute for Information Law (IViR), in Lohsse, *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 75-99. Sulle opportunità ed i rischi dell'uso dei Big Data nella scienza cfr. S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data. Cinque modi in cui i Big Data danneggiano la scienza, e come salvarla*, Roma, 2018. Ad ogni modo, l'estrazione di testo e di dati non dovrebbe, né potrebbe, qualificare una forma di sfruttamento coperta da diritti di esclusiva, diritti d'autore o altri diritti *sui generis*. Critico sul punto R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, in *Trento LawTech Research Papers*, n. 38, 2020, p. 22, che afferma «[i]n definitiva, questa disciplina sembra più puntata a creare un mercato secondario del TDM consegnandolo nelle mani dei titolari dei diritti che a liberare l'analisi dei dati».

⁴⁴ Cfr. R. CASO, *op. cit.*, p. 16, in particolare nota 33.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 5 gli Stati membri dovranno altresì consentire l'utilizzo digitale di opere e altri materiali esclusivamente per finalità illustrativa ad uso didattico, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito, purché tale utilizzo: i) avvenga sotto la responsabilità di un istituto di istruzione, nei suoi locali o in altro luogo o tramite un ambiente elettronico sicuro accessibile

In conclusione, sarà giocoforza rimesso agli Stati membri individuare in maniera più stringente e analitica il perimetro della nuova eccezione, costretti tra i due poli del difficile bilanciamento tra tutela autoriale e diffusione della conoscenza⁴⁶. E laddove con il recepimento nazionale non si colmino queste incertezze, si lascerà all'autorità giudiziale il compito – non facile – di interpretare tali norme. A questo riguardo, è opportuno rilevare che il principale canone interpretativo delle norme in materia di eccezioni e limitazioni è, come noto, il cd. *three step-test* che, in estrema sintesi, si fonda su tre parametri principali: i) le eccezioni e limitazioni devono essere «clearly defined» e «narrow in scope and reach»; ii) non siano in conflitto con lo «sfruttamento normale» dell'opera dell'ingegno; iii) non abbiano come effetto quello di causare un «pregiudizio ingiustificato» ai legittimi interessi del titolare. Ciò, tuttavia, non impone una interpretazione necessariamente *restrittiva* di tali norme, come per lungo tempo ritenuto in giurisprudenza, anche a ragione del *nomen* stesso «eccezioni e limitazioni», che escluderebbe ogni possibilità di interpretazione analogica. Invero, parrebbe preferibile un'interpretazione di tipo *estensivo* di tali norme, specialmente nell'ambiente digitale, come peraltro dimostrato da alcune recenti decisioni della Corte di Giustizia Europea (ad esempio nel caso *Vereniging Openbare Bibliotheken*, CGUE C-174/15) che muovono in questo senso, allo scopo di preservarne il cd. effetto utile⁴⁷.

5. Prime conclusioni.

solo agli alunni o studenti e al personale docente di tale istituto; ii) sia accompagnato dall'indicazione della fonte, compreso il nome dell'autore, tranne quando ciò risulti impossibile.

⁴⁶ Ancora aspramente critico R. CASO, *op. cit.*, p. 23, ove afferma che «la disciplina delle eccezioni e limitazioni contenuta nella direttiva CDSM risulta alquanto deludente. Avrebbe dovuto rappresentare un'argine all'ordine privato, ma si rivela confusa, debole e inefficace. Ciò vale anche per le eccezioni e limitazioni riferite alle attività di TDM. Alcuni correttivi sono auspicabili in sede di attuazione della direttiva. Tuttavia, i difetti dell'impostazione di fondo rimangono tutti». Ancora sulla stessa linea delle precedenti direttive, riguardo alle quali cfr. L. MOSCATI, *op. cit.*, p. 447, ove si sottolinea «una notevole diversità di implementazione da parte degli Stati membri, e quindi ad una frammentazione del quadro normativo, in quanto ai legislatori nazionali è lasciata ampia discrezionalità. Di conseguenza, l'attuazione da parte del legislatore italiano è stata in alcuni casi anche più restrittiva, non cogliendo tutte le possibilità offerte dal testo della direttiva e scegliendo in alcuni casi, tra quelle previste dalla stessa, le opzioni meno permissive per i potenziali utilizzatori».

⁴⁷ Cfr. G. SPEDICATO, *op. cit.*, p. 197.

Il processo di digitalizzazione spiana la strada ad una rimeditazione profonda della disciplina della proprietà intellettuale e, in particolare, del diritto d'autore. Come avvenuto nel XV sec. con la rivoluzione gutenberghiana, che ha segnato il passaggio dalla cultura manoscritta alla cultura tipografica con l'invenzione della stampa, nel XXI sec. è la rivoluzione digitale, caratterizzata dalla smaterializzazione dei beni, a scardinare il vecchio sistema e a rivelarsi potenzialmente in grado di arginare quella che, dalla migliore dottrina, è stata definita una deriva protezionistica del diritto di proprietà intellettuale⁴⁸.

Difatti, anche in questo settore si registra, ancora una volta, la natura ancipite del processo di digitalizzazione. Se da una parte consente la massima diffusione possibile della conoscenza, condizionata unicamente dalla possibilità di accesso alla rete; dall'altra offre uno strumentario tecnologico che, se piegato a certi utilizzi, ne determina un'indesiderabile *overprotection*⁴⁹.

Si pensi, ad esempio, ai cd. *digital rights management* (DRM), programmi informatici attraverso cui è possibile fissare cosa si possa e non si possa fare di un *file* digitale. Con questi strumenti informatici diventa possibile abilitare e disabilitare facoltà e scindere le diverse prerogative che spettano tradizionalmente al proprietario – copiare, leggere, ascoltare, rivedere –, con un livello di efficacia impossibile da raggiungere per un bene materiale. In definitiva, è il codice, ossia il software installato nel file, a stabilire le condizioni d'uso⁵⁰. Non mancano, infatti, norme che forniscono copertura giuridica ad atti di autotutela tecnologica unilateralmente posti in essere da parte dei titolari dei diritti di esclusiva⁵¹.

Ciò si ripercuote, inevitabilmente, sull'autonomia negoziale, ove si tende ad imporre clausole escludenti in forza di una consustanziale asimmetria tra le parti, a cui negli anni ha cercato di porre rimedio la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea⁵², ma che trova nello strumento tecnologico un sicuro alleato⁵³.

⁴⁸ Cfr. G. GHIDINI, *Proprietà intellettuale: per una prospettiva sistematica*, in *Dir. merc. tecnol.*, 2013; ID., *Opere dell'ingegno: più libertà per i «derivati culturali»*, in *Dir. merc. tecnol.*, 2014.

⁴⁹ Cfr. G. SPEDICATO, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁰ Cfr. A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 62.

⁵¹ Così G. SPEDICATO, *op. cit.*, p. 27, che richiama, oltre ai DRM, le cd. misure tecnologiche di protezione (TPM), di cui alla direttiva *infosoc*. A questo riguardo, si è parlato di «trionfo della forza d'autore», cfr. SPADA, *Copia privata ed opere sottochiave*, in *Rivista di diritto industriale*, 2002, p. 603.

⁵² Cfr., *ex multis*, CGUE C-355/12, noto come caso *Nintendo*. Più in generale, alcune ultime pronunce dei giudici di Lussemburgo lasciano intravedere qualche margine di

Come emerso nel corso dell'analisi, già ad una prima lettura di parte delle disposizioni contenute nella direttiva *copyright*, pare potersi aderire a quella parte della dottrina che intravede una dose troppo esigua di coraggio nelle scelte di politica legislativa del regolatore europeo⁵⁴. Quando non addirittura una certa confusione, a fronte della rilevata natura ambivalente della componente tecnologica, che pare essersi riversata anche nella trasposizione normativa. In questo scenario, appare arduo raggiungere quegli ambiziosi ed auspicati obiettivi di armonizzazione e, *lato sensu*, di modernizzazione del diritto d'autore, permeabile ai principi dell'*open access*, quantomeno con riferimento ai prodotti della ricerca scientifica⁵⁵.

A questo specifico riguardo, non solo la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, ma anche la comunità accademica internazionale nel suo complesso evidenziano, da qualche decennio, tutti i limiti dell'approccio dominicale ai risultati della ricerca, soprattutto quando tali risultati siano il frutto di attività finanziate con fondi pubblici.

irrobustimento delle eccezioni e limitazioni, sebbene sia ancora presto per tirare le somme: cfr. CGUE, Grande Sez., 29 luglio 2019, n. C-69/17, *Funke Medien NRW GmbH* c. Repubblica federale di Germania, punto 70: «tuttavia, sebbene l'articolo 5 della direttiva 2001/29 sia intitolato "Eccezioni e limitazioni", occorre rilevare che siffatte eccezioni o limitazioni comportano a loro volta diritti a vantaggio degli utenti di opere o di altri materiali protetti (v., in tal senso, sentenza dell'11 settembre 2014, *Eugen Ulmer*, C-117/13, EU:C:2014:2196, punto 43)»; ancora, sentenza del 29 luglio 2019, C-516/17, *Spiegel Online GmbH* c. *Volker Beck*, punto 54. Sugli ultimi sviluppi giurisprudenziali v. C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online* (August 1, 2019), in *European Intellectual Property Review*, 11, 2019, p. 683.

⁵³ «Di fronte ai nuovi rischi di accentrimento del potere di controllo e di calcolo dei dati, il diritto d'autore se correttamente ridisegnato assolve alla sua funzione fondamentale di presidio (uno dei tanti) di una società democratica», in R. CASO, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁴ In questo senso cfr. A. PAPA (a cura di), *op. cit.*, p. 158, ove si parla di «occasione sostanzialmente persa», per non aver introdotto norme esplicitamente e direttamente dedicate ai principi dell'*open access*, che ancora poggia su un fragile sistema di *soft law*.

⁵⁵ «Dimensioni elefantache, linguaggio confuso, prescrizioni normative contraddittorie e incapacità di condurre a un'effettiva armonizzazione consegnano agli Stati membri un testo di difficile attuazione e interpretazione. È facile prevedere che la direttiva darà adito a un gigantesco contezioso giudiziario (oltre che a una copiosa produzione dottrinale), nel quale il dialogo tra la Corte di Giustizia e le corti nazionali deciderà – al prezzo di una moltiplicazione esponenziale dei costi di transazione e di gestione delle controversie – gli esiti (mai definitivi) dello scontro tra i molteplici interessi che ruotano attorno al diritto d'autore», così R. CASO, *op. cit.*, p. 9.

Prendendo le mosse da talune iniziative condotte a livello internazionale⁵⁶, vari Paesi hanno intrapreso i primi passi legislativi, volti a favorire una transizione, quantomeno parziale, del mondo della ricerca scientifica da un modello basato sulla rigida applicazione della disciplina autoriale ad uno ispirato ai valori dell'*open access* (e, in una prospettiva ancora più generale, a quelli dell'*open science*)⁵⁷. In Italia, un primo importante passo che muove in questa direzione si è registrato con la legge 7 ottobre 2013, n. 112 – che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 8 agosto 2013, n. 91 recante «Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo» – il cui art. 4 impone ai soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica di adottare le misure necessarie per la promozione dell'accesso aperto ai risultati della ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50% con fondi pubblici.

Si tratta di un *paradigm shift* – per mutuare il lessico kuhiano⁵⁸ – tuttora in pieno svolgimento: molte sono le questioni ancora oggetto di discussione, sia sul piano teorico, che applicativo. Sotto tale ultimo aspetto, occorrerebbe trovare soluzioni – giuridiche, oltre che gestionali – che consentano di contemperare adeguatamente gli interessi e i diritti dei vari soggetti coinvolti nell'attività di ricerca.

6. Prospettive di analisi *de iure condendo*.

⁵⁶ Risale al 2003 la ben nota *Dichiarazione di Berlino* (*Berlin Declaration on open access to knowledge in the sciences and humanities*) sull'accesso aperto alla letteratura scientifica, pietra miliare nella storia europea dell'*Open Access*. Obiettivo della dichiarazione, quello di garantire la massima diffusione possibile delle pubblicazioni scientifiche mediante l'utilizzo di Internet.

⁵⁷ Solennemente espressi dall'art. 27 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, che sancisce al primo comma il diritto di ogni individuo di «prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici». Peraltro, senza soluzione di continuità, riconosce al secondo comma che «ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivante da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia l'autore».

⁵⁸ L'espressione è stata coniata da Thomas Kuhn nella sua fondamentale opera *The structure of scientific revolutions*, per descrivere un cambiamento nelle assunzioni basilari all'interno di una teoria scientifica dominante. L'opera rappresenta una pietra miliare nel dibattito epistemologico moderno e alla sua influenza si deve l'introduzione nel gergo scientifico e filosofico del termine *paradigma*. Cfr. T.S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press, 1962.

In quest'orizzonte fenomenico connesso alla digitalizzazione che si presenta perennemente inafferrabile, il giurista è chiamato a muoversi lungo traiettorie tanto affascinanti quanto, talvolta, ardue da percorrere fino in fondo⁵⁹.

Eppure, tale tipo di approfondimento scientifico appare non soltanto desiderabile, ma altresì indispensabile affinché innovazione, sostenibilità⁶⁰ e libertà procedano nella stessa direzione e alla medesima velocità nella società globale⁶¹.

Il giurista, infatti, non può abdicare al fondamentale compito di comprensione, sistematizzazione e regolamentazione di questi fenomeni⁶² che, tanto radicalmente e con pervasività sempre maggiore, stanno modificando non soltanto l'ontologia, ma anche l'epistemologia dell'esistente e delle relazioni che in esso s'inverano⁶³. Dismettere gli occhiali dell'analisi, a causa del livello di complessità dei fenomeni oggetto dell'indagine, significherebbe abbandonare i processi di innovazione e di digitalizzazione ad una presunta capacità autoregolativa⁶⁴ e, in definitiva,

cedere ad un determinismo della tecnica che tutto può e tutto fa⁶⁵.

Alla luce dell'imminente recepimento della direttiva *copyright*⁶⁶, dunque, sembra opportuno proseguire l'indagine, in una prospettiva *de iure condendo*, orientandola sulla disciplina giuridica di riferimento e, in una prospettiva anche applicativa, sull'elaborazione delle *best practices* e di nuovi modelli negoziali. Segnatamente, l'indagine potrebbe muovere, anzitutto, da una precisa comprensione degli obblighi normativi di pubblicazione in *open access* dei prodotti della ricerca scientifica e della loro possibile armonizzazione con la residua libertà contrattuale dell'autore che intenda affidare la suddetta pubblicazione a intermediari professionali che operano per finalità lucrative, ovvero agli editori.

Decisivo in questo senso potrebbe, inoltre, rivelarsi lo studio delle clausole contrattuali utilizzate nel settore, prendendo in considerazione tanto il panorama nazionale quanto quello internazionale, senza obliterare l'esame delle modalità di gestione dei diritti nel contesto di riviste scientifiche che già pubblicano contributi in *open access*. Conseguentemente, si potrebbe provare ad elaborare nuovi modelli contrattuali per la pubblicazione in *open access* dei prodotti della ricerca scientifica.

Ciò in base alla preventiva analisi della disciplina applicabile alla digitalizzazione e messa a disposizione del pubblico di opere cadute in pubblico dominio, unitamente ad un'accurata valutazione analogica delle modalità di gestione delle opere in pubblico dominio cui sia applicabile anche la disciplina speciale posta dal Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, come da ultimo modificato dalla L. 11 settembre 2020, n. 120), finalizzata alla loro pubblicazione in *open access*.

quale, all'interno del libero mercato, la ricerca egoistica del proprio interesse, porterebbe vantaggi non soltanto al singolo individuo, ma anche alla società, fino al raggiungimento, per l'intero sistema economico, del cd. equilibrio economico generale. Cfr. A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1776.

⁶⁵ Cfr. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, ove i due maestri si pongono la domanda centrale, che fa da *fil rouge* dell'intera opera: «Può la tecnica essere regolata o si fa, essa stessa, regola del nostro mondo?». Oltreoceano, fondamentale la riflessione sul punto di L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

⁶⁶ In Italia, il Senato della Repubblica ha dato il via libera il 29 ottobre 2020 (con 134 voti favorevoli, 64 contrari e 31 astenuti) al disegno di legge di delegazione al Governo per il recepimento di 33 direttive europee in vari settori. Tra queste anche la direttiva 790/2019/UE. Si tratta del primo passo dell'iter di recepimento del provvedimento, che passa all'esame della Camera. Ai sensi dell'art. 29 della stessa direttiva, tutti gli Stati membri dovranno conformarsi entro il 7 giugno 2021.

⁵⁹ Basti pensare alla qualificazione in senso giuridico di *blockchain* e *smart contracts* che, invero, sconta *ab origine* una certa ambiguità lessicale ed una difficoltà intrinseca nella trasposizione di concetti prettamente tecnici in nozioni ed istituti giuridici. A questo riguardo, si rinvia ai tentativi di regolamentazione posti in essere dai singoli legislatori nazionali, su entrambe le sponde dell'Atlantico, con risultati tutt'altro che dirimenti. In Italia, cfr. art. 8-ter, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (cd. decreto semplificazioni), conv. con L. 11 febbraio 2019, n. 12. Cfr. S. ORLANDO, *Profili definitivi degli "smart contracts"*, in R. Clarizia (a cura di), *Internet, contratto e persona: quale futuro?*, Pisa, 2021, p. 41.

⁶⁰ Cfr. R. HENDERSON, *Reimagining Capitalism in a World on Fire*, New York, 2020; F. EKARDT, *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law*, Berlino, 2020; F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, 2017; G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Persona e mercato*, 4, 2020, p. 334.

⁶¹ «Il problema della libertà si pone oggi a un livello più profondo, che è il livello della società civile. Non importa che l'individuo sia libero 'dallo Stato' se poi non è libero 'nella società'. Non importa che lo Stato sia liberale se poi la società è dispotica. Non importa che l'individuo sia libero politicamente se non lo è socialmente. Come ognuno può facilmente capire, alludo in questo contesto ai problemi di libertà che nascono nella società tecnocratica. Brevemente, il vero problema dei moderni non è più quello della libertà dallo Stato o nella società politica, bensì quello della libertà nella società globale», cfr. N. BOBBIO, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, Milano-Roma, 1978, p. 1003.

⁶² Il giurista che, nelle parole del maestro Giuseppe Benedetti, «voglia assolvere la sua missione di giurista impegnato ad accompagnare col suo sapere la cultura dell'Unione Europea», in G. VETTORI, *Dialogo con Giuseppe Benedetti su Ermeneutica e Diritto europeo*, in *Persona e mercato*, 2011.

⁶³ Cfr. L. FLORIDI, *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, cit., p. 41 ss.

⁶⁴ In ciò rievocando la mano invisibile di smithiana memoria: una sorta di provvidenza immanente al sistema, in virtù della

Sul piano dei valori, un maggiore sforzo ermeneutico, ancor prima che normativo, nel segno dei principi dell'*open access* restituirebbe alla conoscenza quel connotato di bene funzionale al libero esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona⁶⁷. L'eguaglianza nell'accesso, inoltre, autorizzerebbe a considerare chiunque non soltanto fruitore, ma anche generatore attivo di conoscenza, atteso il valore incrementale della stessa⁶⁸.

⁶⁷ In linea con la definizione di beni comuni stilata dalla Commissione Rodotà (2007) e ripresa dalla Suprema Corte di Cassazione a sezioni unite nella nota sentenza del 14 febbraio 2011, n. 3665, con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2012, p. 524. In dottrina, senza pretese di esaustività, cfr. *ex multis* M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; L. NIVARRA, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2016, p. 41; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismi.it*, 3, 2014; A. QUARTA, *Beni comuni, uso collettivo e interessi generali: un percorso giurisprudenziale*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2019; A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013.

⁶⁸ «Diritti fondamentali, accesso, beni comuni disegnano una trama che ridefinisce il rapporto tra il mondo delle persone e il mondo dei beni. Questo, almeno negli ultimi due secoli era stato sostanzialmente affidato alla mediazione proprietaria, alle modalità con le quali ciascuno poteva giungere all'appropriazione esclusiva dei beni necessari. Proprio questa mediazione viene ora revocata in dubbio. La proprietà, pubblica o privata che sia, non può comprendere ed esaurire la complessità del rapporto persona/beni. Un insieme di relazioni viene ormai affidato a logiche non proprietarie», così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 2015, pp. 109-110. Con riferimento all'eguaglianza, cfr. A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2020.