

E-learning, corsi on-line e diritto d'autore

Thomas Margoni

1.5

1. Introduzione.....	1
2. Corsi on-line: la prospettiva del diritto d'autore.....	2
3. Il corso on-line come opera dell'ingegno.....	4
3.1 La collaborazione creativa.....	4
3.2 L'opera collettiva.....	6
3.2.1 L'opera multimediale.....	6
3.3 Le banche dati.....	8
3.4 Considerazioni di sintesi sull'inquadramento del corso on-line.....	9
4 La titolarità del corso on-line.....	9
5 Riutilizzabilità di contenuti digitali per la costruzione del corso on-line	13
5.1 Dalle libere utilizzazioni alle eccezioni e limitazioni: la (dis)armonizzazione comunitaria	14
5.2 Uno sguardo al panorama italiano delle eccezioni e limitazioni.....	19
5.3 Un "pubblico dominio contrattuale"?.....	20
6. Conclusioni.....	22

1. Introduzione

E-learning è un'espressione di ampia portata alla quale si suole ricorrere per indicare l'apprendimento e la didattica supportati dall'uso di tecnologie digitali e telematiche¹.

Scopo del presente contributo è quello di descrivere la relazione tra *e-learning* e diritto d'autore. Lo spunto della riflessione è rappresentato dal fatto che le due componenti fondamentali del concetto *e-learning* - il sapere e il software - sono, qualora ricorrano i presupposti di legge, "beni" tutelabili mediante il diritto d'autore.

L'ampiezza dell'argomento in esame impone, però, di procedere ad alcune scelte preliminari circa i profili cui dare risalto. Si è prediletto il caso della (crescente) produzione di corsi *on-line* all'interno dell'università italiana.

Da un punto di vista metodologico, si farà leva sull'approccio di diritto e tecnologia². Questo tipo di approccio induce innanzitutto ad interrogarsi sulla natura del corso *on-line* per stabilire se esso possa essere qualificato come opera dell'ingegno (paragrafo 2). La risposta positiva a tale quesito spiana la strada ad un ragionamento volto a determinare qual è la categoria legislativa di opera nella quale collocare il corso *on-line* (paragrafo 3).

Si passerà poi (paragrafo 4) all'analisi dei problemi concernenti la titolarità dell'opera. Infatti, la presenza di differenti attori e la varietà dei rapporti giuridici intercorrenti tra gli stessi,

1 Il tema dell'*e-learning* con particolare attenzione al panorama italiano è efficacemente trattato da LISCIA (a cura di), *E-learning, stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, Milano, 2004.

2 La complessa relazione tra diritto e tecnologie digitali è esplorata da PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale - Tecnologie Informatiche e regole privatistiche*, II ed., Bologna, 2006.

complicano il quadro di riferimento, innescando discussioni in dottrina e in giurisprudenza.

Successivamente (paragrafo 5), si dedicherà attenzione al tema della riutilizzabilità dei contenuti digitali per la costruzione del corso *on-line*, il quale come qualsiasi altro bene informazionale è altamente “incrementale”. Ci si soffermerà in particolare sul carattere variabile del grado di riutilizzabilità di un’opera o delle componenti di un’opera. Massimo grado di riutilizzabilità - con le limitazioni imposte dagli imprescrittibili diritti morali - nel caso dell’opera caduta in pubblico dominio. Minimo grado di riutilizzabilità, mediante le “libere utilizzazioni” o “eccezioni e limitazioni”, nel caso di opera tutelata dal diritto d’autore (cioè non ancora caduta in pubblico dominio). Si accennerà inoltre al fenomeno dilagante dell’uso di licenze contrattuali genericamente definite “libere” che interseca il tema della riutilizzabilità dell’opera.

Infine, si svolgeranno alcune considerazioni conclusive (paragrafo 6).

2. Corsi *on-line*: la prospettiva del diritto d’autore

Il punto di partenza del ragionamento è costituito da una descrizione dei ruoli ricoperti e delle attività svolte dai principali “attori” della “complessa sceneggiatura” che è alla base del corso *on-line*.

La prima di queste figure è quella del docente, il quale a tutti gli effetti crea il corso e lo organizza, scegliendo i contenuti e la metodologia didattica. Proprio come avviene in un corso presenziale, anche in un modulo didattico *on-line* ci si confronterà con attività differenti, quali possono essere la lezione, la redazione e la distribuzione di materiali integrativi, l’offerta di esercitazioni o di laboratori applicativi, l’attività di tutoraggio e le procedure di verifica dell’apprendimento.

Occorre, dunque, stabilire se una lezione (tradizionale o mediante supporto *on-line*), o addirittura un intero ciclo di lezioni, sia qualificabile come opera tutelabile dalla legge 22 aprile 1941 n. 633, relativa alla protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (d’ora in poi LDA).

I dubbi che potrebbero sorgere a questo proposito non riguardano il carattere “creativo” dell’apporto, quale presupposto della tutela concessa ex artt. 1 e 2 LDA e 2575 cod. civ. Generalmente, l’attività didattica si sostanzia - anche nell’ipotesi di un docente che riprenda pedissequamente i ragionamenti già svolti da altri - per un qualche grado di originalità e di autonomia nell’organizzazione dei contenuti e dei materiali, così come per l’ordine sistematico con il quale vengono trattati gli argomenti³.

Un ostacolo apparentemente più ostico sembrerebbe essere rappresentato dalla mancata fissazione della lezione o delle lezioni su supporto fisico. Tuttavia, è la stessa legge ad ammettere esplicitamente l’oralità delle opere dell’ingegno, specialmente in relazione a quelle creazioni di tipo scientifico o didattico (art. 2, n. 1 LDA). Più in generale la legge individua nella semplice creazione dell’opera il titolo d’acquisto del diritto di esclusiva (art. 2576 cod. civ., art. 6 LDA).

Inoltre, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l’oralità di una lezione - ovvero la mancanza della sua fissazione su di un supporto fisico - non debba far dubitare della relativa tutelabilità. Il fatto che l’opera non sia ancora stata fissata avrà la sola conseguenza di garantire in capo all’autore il diritto esclusivo di procedere in tal senso, salvo ovviamente il diritto ad un uso personale dei terzi ex art. 68 LDA, ed in particolare quello degli studenti iscritti al corso del docente⁴.

³ Si veda Trib. Milano 12 ottobre 1998, in *Annali it. dir. autore*, 1999, 577; App. Perugia 28 febbraio 1995, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 363, con nota di MENESINI.

⁴ Cfr. Trib. Milano 12 ottobre 1998, cit., e Trib. Milano 16 aprile 1998, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Diritti d’autore*, n. 88.

Passando al secondo attore della sceneggiatura, esso è genericamente definibile come “programmatore”. Il programmatore predisporrà la piattaforma tecnologica o *Learning Management System (LMS)*⁵, che rappresenta l’aula virtuale nella quale si incontrano studenti e insegnanti. Il concetto di LMS è relativamente recente e distingue l’attuale stato dell’*e-learning* (definito anche di terza generazione) da altri fenomeni di formazione a distanza (FAD) in auge nel decennio passato, come i *Computer Based Training* o i *Web Based Training*.

La piattaforma tecnologica è un insieme organico di differenti software che permettono le attività più varie. A scopo meramente esemplificativo, si pensi alla possibilità di “chattare” con i propri compagni di classe o con l’insegnante, oppure di assistere ad una lezione, sia in modo asincrono - attuando così una sorta di *time shifting* delle lezioni -, sia nello stesso momento in cui essa viene realizzata; è inoltre possibile avere a disposizione il materiale multimediale “distribuito” o altrimenti utilizzato nella didattica come dispense o *slides*; si pensi, infine, alla possibilità di procedere a percorsi di valutazione *on-line* attraverso la realizzazione di test o di altri esperimenti o prove di conoscenza, realizzando in tal modo forme di *tracking* della formazione tali da poter monitorare l’attività degli studenti, l’assimilazione dei contenuti e le loro motivazioni⁶.

Principio ispiratore di questo schema è quello che si suole definire *one-stop access*, ovvero uno “sportello unico” al quale lo studente (e il docente) possono rivolgersi e dove, grazie ad *account* personali con differenti gradi di “autorizzazione” e di “privilegio”, si svolgono attività differenti a seconda che si tratti di studenti, *tutor* o docenti (si immagini la possibilità di rendere un compito leggibile agli studenti, ma correggibile solo dal docente).

Quello del programmatore è pertanto un compito altamente specializzato e complesso. Costui spesso farà leva su “soluzioni software” già presenti sul mercato. In molti casi le dovrà però configurare adeguatamente per ottemperare alle necessità del docente, o addirittura le creerà *ex novo*⁷.

La piattaforma informatica (o, più genericamente, software) rientra appieno tra le opere potenzialmente tutelabili dalla normativa sulle creazioni. Infatti, i programmi per elaboratore figurano come fattispecie disciplinata dal comma 2 dell’art. 1 della LDA così come modificata dal d. lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 (di attuazione della direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore); in tale articolo viene sancita a chiare lettere la loro parificazione alle opere letterarie protette dalla Convenzione di Berna del 1886⁸.

Dalla figura del programmatore va tenuta distinta quella dell’*instructional designer*, ovvero quel professionista che ha il compito di occuparsi dell’organizzazione dei contenuti e della loro caratterizzazione estetica al fine di facilitare la c.d. usabilità del sito e, in ultima analisi, l’apprendimento. L’apporto dell’*instructional designer* è forse il meno percepibile e il più complesso da descrivere, benché esso ricopra un peso fondamentale nel “presentare” all’utente i servizi proposti. Come già detto, esso deve facilitare “l’usabilità” delle complesse tecnologie messe a disposizione dal programmatore. D’altronde, l’aspetto del sito, la veste grafica, i colori e la foggia, ovvero le caratteristiche in grado di migliorare la fruibilità di un sito web, insomma tutto quello che in terminologia tecnica viene indicato con l’espressione “*look and feel*” è anch’esso - “quando

5 Espressioni equivalenti a quella qui usata sono *Course Management System (CMS)* oppure *Virtual Learning Environment (VLE)*.

6 Per una analisi dell’applicazione delle tecnologie multimediali all’insegnamento del diritto si veda GUARDA, *Tecnologie digitali applicate all’apprendimento del diritto: ipertesti, software didattici e scienze cognitive*, in *Journal of e-Learning and Knowledge Society*, 2007, in corso di pubblicazione.

7 Alcune delle piattaforme maggiormente diffuse, come *Moodle* o *Sakai*, sono distribuite con licenze *Free Open Source Software (FOSS)*. Il crescente utilizzo di questa tipologia di licenze nel mondo digitale è significativo. V. per tutti ROSSATO, *Diritto e architettura dello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, Trento, 2006, e la bibliografia ivi contenuta.

8 Convenzione di Berna per la protezione di opere letterarie ed artistiche del 9 settembre del 1886, così come modificata dall’Atto di Parigi il 24 luglio 1971 emendato nel 1979 e ratificata dall’Italia con legge 20 giugno 1978, n. 399.

sufficientemente creativo ed originale” - opera tutelabile dalla legge sul diritto d’autore⁹.

Tuttavia, le figure del programmatore e dell’*instructional designer* spesso coincidono nella stessa persona, la quale si occupa di entrambe le attività, soprattutto nei progetti di dimensioni ridotte. Ai fini della presente trattazione, e in virtù dell’assimilabilità delle tutele riconducibili alle due figure in essere, esse verranno trattate congiuntamente.

Invero, vi è un ulteriore attore in questa complessa sceneggiatura, colui che mette a disposizione le risorse economiche, infrastrutturali e scientifiche, e che solitamente, anche se non necessariamente, è il datore di lavoro delle figure emerse finora: l’università. Il ruolo dell’università verrà trattato nel paragrafo 3.

Dunque, due (o tre) figure professionali, più quella del “datore di lavoro” che concorrono alla creazione di un’opera articolata dal punto di vista fattuale e teleologico. Sarà interessante osservare come il diritto si comporta nell’allocazione dei diritti relativi agli apporti creativi dei singoli attori e che tipo di dignità affiderà al risultato finale di tale lavoro.

3. Il corso *on-line* come opera dell’ingegno

Dopo aver stabilito che sia il tradizionale corso di lezioni, sia il software usato per approntare la piattaforma tecnologica, sono opere in grado di essere tutelate dalla LDA, è necessario passare all’analisi del corretto inquadramento dell’opera valutata nel suo complesso.

La legge sul diritto d’autore, infatti, prevede l’eventualità che alla creazione dell’opera concorrano più soggetti in collaborazione “spontanea”, oppure diretti da un coordinatore. Inoltre, è altresì prevista la possibilità che l’opera sia composta da differenti *corpora mechanica*¹⁰, si pensi alla classica enciclopedia nella quale sono presenti sia testi che immagini, oppure alla fattispecie dell’opera multimediale, per non dimenticare, infine, la tutela che viene concessa alle banche dati.

3.1 La collaborazione creativa

La collaborazione creativa (detta anche opera in comunione) viene definita dal legislatore all’articolo 10 come quell’opera che si realizza attraverso il contributo creativo inscindibile ed indistinguibile di più persone.

La locuzione “contributo creativo indistinguibile e inscindibile di più persone” ha un significato molto preciso, ma che a prima vista potrebbe sfuggire nella sua reale portata, in quanto “[I] presupposto della collaborazione creativa è quello di una congiunta volontà degli autori non solo di unirsi per la fase creativa di un’opera, ma di accettare la compressione della propria personale creatività in favore del prodotto della collaborazione, che [...] tende a soggettivarsi e quindi, non potendo l’opera dirsi figlia esclusiva di nessuno dei coautori, i cordoni ombelicali che la dovrebbero collegare a ciascuno di essi sono in pratica recisi”¹¹. Attraverso queste parole, si tenta di far comprendere come non sia sufficiente una mera condizione oggettiva dell’opera (cioè che essa sia inscindibile ed indistinguibile), ma sia altresì richiesta la presenza di una certa volontà o predisposizione degli autori orientata ad una creazione autonoma dagli stessi autori singolarmente considerati.

9 V. Trib. Cuneo 24 febbraio 1997, in *Annali it. dir. autore*, 1997, 884, e 23 giugno 1997, in *Giur. piemontese*, 1997, 493, con nota di GALLI.

10 Cfr. V. M. DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d’autore*, II ed., Milano, 2005, 101 e ss.; v., inoltre, FABIANI, *Diritto d’autore e diritti degli artisti interpreti e esecutori*, Milano, 2004.

11 Così DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d’autore*, cit., 77.

Il concetto di “persona collettiva”¹² è forse quello più adatto a catturare la portata di questa affermazione. Si pensi ai connubi creativi che durano nel tempo, per i quali è l’abbinamento dei nomi degli artisti a contare, arrivando esso ad assumere una tale autonomia e capacità distintiva che i singoli nomi degli autori individualmente considerati non posseggono¹³.

Un ulteriore elemento, desumibile dalla lettera dell’art. 10 e necessario per il perfezionamento della fattispecie, è l’esclusione delle opere oggettivamente complesse dal novero delle opere ex art. 10. Invero, i requisiti dell’indistinguibilità e dell’inscindibilità comportano il fatto che l’opera debba essere c.d. semplice, ovvero non debba palesarsi la possibilità che essa sia passibile di specificazione oppure che vi siano singoli elementi identificabili e idonei ad usi separati ed autonomi.

Tuttavia, va notato come la disciplina contenuta nell’art. 10 non esaurisca il *genus* delle opere in collaborazione. Un’ulteriore categoria che viene solo implicitamente riconosciuta dalla legge speciale è quella delle opere c.d. composte. Riconoscimento solo implicito, in quanto manca una regola dettata in via generale come avviene invece per le opere collettive e in comunione. L’esistenza di questo tipo di opera è desumibile da due sezioni (la I e la III) del capo IV della legge. Tali sezioni sono rubricate “opere drammatico-musicali, composizioni musicali con parole, opere coreografiche e pantomimiche” (artt. 33 – 37) e “opere cinematografiche” (artt. 44 – 50).

Per questo tipo di opere, i cui contributi sono senz’altro distinguibili, ma nonostante ciò inscindibili essendo l’opera pensata e creata al fine di un uso unitario, ci si è interrogati in merito al regime di appartenenza applicabile. In realtà, sia il dato letterale¹⁴, sia la dottrina maggioritaria, ritengono che il carattere dell’indistinguibilità non sia necessario per il configurarsi del regime comunista rispetto a questa categoria¹⁵. Tutt’al più, si potranno delineare differenti assetti all’interno della comunione, relativamente al valore delle quote (infatti se i contributi sono distinguibili non ha senso presumere l’uguaglianza delle stesse), allo *status* dei singoli contributi (ovvero in che misura potranno essere utilizzati separatamente), ed alla natura della comunione (*ex lege* oppure negoziale, nel quale ultimo caso sembra potersi escludere l’applicabilità delle regole contenute nello stesso art. 10 LDA che derogano alla fattispecie generale contenuta negli art. 1100 e ss. cod. civ.)¹⁶.

Al fine, pertanto, di una corretta categorizzazione del corso *on-line*, per il quale sembra quantomeno ipotizzabile la presenza di contributi distinguibili ma pensati per essere utilizzati all’interno di un’opera unitaria, saranno proprio queste ultime riflessioni a dover essere sviluppate adeguatamente. Non si ritiene infatti che le regole specifiche dettate per le uniche due fattispecie della categoria “opera composta” tipificate dalla legge possano essere applicate per analogia ad un prodotto che veramente poco ha da spartire con la coreografia, l’operetta, la lirica o l’opera cinematografica¹⁷.

12 DE SANCTIS fa notare come la dottrina tedesca arrivi a parlare di *Kollektiv Person* in V. M. DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell’ingegno*, Milano, 1971, 128.

13 Ad esempio, Fruttero & Lucentini o Garinei e Giovannini.

14 La legge al riguardo usa termini come “comunione” (art. 34) e “coautori” (art. 44).

15 V. GRECO, *Collaborazione creativa e comunione dei diritti di autore*, in *IDA*, 1952, 2-4; GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingegno*, Torino, 1974, 93-95, 252 e ss; AMMENDOLA, *Diritto d’autore* (voce) in *Digesto comm.*, Vol. IV, Torino, 1989, 394-395; V.M. DESANCTIS-FABIANI, *I contratti di diritto d’autore*, in CICU-MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXXI, I, 2000, 69 e ss; UBERTAZZI, *Spunti sulla comunione di diritti d’autore*, in *Annali. it. dir. autore*, 2003, 507-509; V.M. DESANCTIS, *I soggetti del diritto d’autore*, cit., 85 e ss.

16 Il tema della comunione delle opere in collaborazione è stato ampiamente trattato dalla dottrina. Tra i vari contributi V. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 775; GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingegno*, cit., 92; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, 149; PIOLA-CASELLI, *Trattato del diritto d’autore e del contratto di edizione*, Torino, 1972; V. DE SANCTIS, *Contratto di edizione e contratti di rappresentazione e di esecuzione*, Milano, 1984, 30; UBERTAZZI, *Spunti sulla comunione di diritti d’autore*, cit., 2003, 506 e ss.

17 Si vedano per esempio gli articoli 34, 35 e 37. Essi, trattando della relazione tra i contributi dei vari autori e le conseguenze in termini di quote, individuano delle presunzioni basate su regole di esperienza tipiche per questo genere di opere e che non pare possano essere esportate al caso del corso *on-line* se non incorrendo in evidenti forzature. Altrettanto è possibile affermare con riferimento agli art. 45, 46 e 46-bis. Quest’ultima categoria, l’opera

3.2 L'opera collettiva

La seconda fattispecie da analizzare è quella che la legge (art. 3 LDA) definisce opera collettiva. L'opera collettiva - figura non conosciuta nella totalità degli ordinamenti europei - è definibile come quell'opera composta da diversi contributi i quali vengono riuniti attraverso l'attività di un soggetto che realizza così una nuova opera, non come effetto di un'elaborazione creativa, ma come risultato della scelta e del coordinamento dei medesimi contributi¹⁸.

La legge non nega la dignità di opera ai singoli contributi, i quali sono comunque protetti - se, ovviamente, ne ricorrono i presupposti - a prescindere dalla tutela concessa all'opera collettiva. Tuttavia, la legge riconosce come creativa l'attività di colui che si dedica alla scelta ed all'organizzazione di tali contributi, al punto da elevare questo soggetto ad autore dell'opera così ottenuta.

Questa peculiare fattispecie fonda le sue radici in manifestazioni classiche dello scibile umano, ovvero in opere quali quelle enciclopediche o antologiche, arrivando tuttavia a ricomprendere anche pubblicazioni periodiche come riviste e giornali. Non a caso, gli articoli dal 38 al 43 della legge sul diritto d'autore, prescrivendo le regole da applicarsi - normalmente - in mancanza di differente accordo delle parti, si riferiscono a figure come quella dell'editore o del direttore della rivista.

Va segnalato come la fattispecie dell'opera collettiva sia andata ampliando nel tempo la propria capacità di attrazione al punto da rappresentare oggi una categoria all'interno della quale poter ricondurre nuove tipologie di opere. In particolare, con l'avvento dell'era digitale è possibile osservare come quella che ha rappresentato uno degli esempi più diffusi di opera collettiva composta da diversi mezzi espressivi - ingabbiati tuttavia nello stesso supporto comunicativo -, cioè l'enciclopedia, abbia potuto svilupparsi ed evolversi fino a comprendere immagini in movimento, suoni, ed addirittura applicazioni interattive. L'eterogeneità di mezzi espressivi presenti sul supporto digitale ha portato a coniare un nuovo concetto, quello di opera multimediale¹⁹.

3.2.1 L'opera multimediale

Con l'espressione "opera multimediale" si intende quello specifico tipo di opera che raccoglie in sé differenti apporti creativi basati su differenti tecnologie. L'esempio classico che si suole proporre è quello del CD-ROM di presentazione - ad esempio - di un museo nel quale sono presenti scritti, fotografie, immagini in movimento, suoni, spiegazioni orali, oltre al software che - in maniera interattiva - permette all'utente di relazionarsi all'opera in una forma personalizzata e non predeterminata come potrebbe accadere per altri tipi di opere composite.

La dottrina ha avuto modo di identificare le caratteristiche che dovrebbero

cinematografica, sembrerebbe tuttavia possedere alcuni elementi comuni con l'opera multimediale, qual'è un corso *on-line*. Si tratta di un'approssimazione errata. Infatti, "[P]roprio la bidirezionalità del flusso di informazioni tra utilizzatore e strumento informatico realizza la caratteristica interattività delle opere multimediali. Tale bidirezionalità è resa possibile dalla presenza di un software che consente la consultazione dei contenuti tramite richiami ipertestuali e ipermediali, in maniera tale da creare una sequenza reticolare e non lineare *come nelle opere cinematografiche* la quale rappresenterà il fulcro di quel concetto di interattività connaturata al prodotto multimediale" (corsivo aggiunto); così GUGLIELMETTI, *Le opere multimediali*, in *Annali it. dir. autore*, 1998, 109; v. anche PASCUZZI, *Il diritto tra tomi e bit: generi letterari e ipertesti*, Padova, 1997.

¹⁸ Così DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, cit., 95.

¹⁹ Per una ricognizione di questa categoria nel panorama giuridico italiano si veda DI COCCO, *L'opera multimediale: qualificazione giuridica e regime di tutela*, Torino, 2005.

contraddistinguere un'opera o prodotto multimediale: facilità di riproduzione, facilità di trasmissione a distanza e di utilizzo plurimo contestuale, possibilità di intervenire su singoli elementi e di manipolarli, possibilità di combinare opere appartenenti a tipologie differenti, possibilità di memorizzare i dati occupando spazi di memoria ridotti, interattività che si traduce nella possibilità di una navigazione reticolare nell'opera²⁰.

Il legislatore, al contrario, non si è voluto esprimere in merito ai requisiti delle opere multimediali. Tuttavia, è possibile rinvenire, sia a livello comunitario sia a livello italiano, alcuni interventi che lambiscono il tema delle opere multimediali.

Si pensi al Libro Verde sul diritto d'autore nella società dell'informazione del 1995, nel quale le istituzioni comunitarie definiscono l'opera multimediale come una combinazione di dati e opere espresse in forma differente (fotografie, immagini in movimento, suoni, testi, etc.), organizzate per mezzo di un software che ne determini la consultazione²¹.

Si pensi poi ad un recente atto regolamentare che tratta della materia in esame nell'ambito del fenomeno delle cosiddette università telematiche. Si tratta del decreto del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca del 17 aprile 2003, così come modificato dal d.m. 15 aprile 2005²².

Tale decreto, ancorché destinato alla più generale regolamentazione dell'insegnamento universitario a distanza, risulta di qualche utilità ai fini del nostro discorso. Infatti, nell'elencare i requisiti amministrativi che tali università a distanza debbono rispettare, sembra introdurre - seppur senza nominarlo - un concetto ben conosciuto nel mondo dell'*e-learning*, ovvero quello di *learning objects* (LO)²³. I LO sono definiti come quei moduli didattici standard, multimediali e riutilizzabili che la moderna scienza pedagogica indica come elementi costitutivi di ogni concreta manifestazione del concetto di *e-learning*²⁴.

Non è certamente il caso di attribuire un particolare rilievo al contenuto del decreto in

20 Così GUGLIELMETTI, *Le opere multimediali*, cit. Distinto da quello di opere multimediali deve mantenersi il concetto di opere derivate o elaborazioni creative. Tali sono considerate le trasformazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali traduzioni in altra lingua, trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, adattamenti, riduzioni, compendi e variazioni non costituenti opera originale. A favore della riconducibilità dell'opera multimediale nell'alveo dell'opera derivata si veda CHIMENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano, 1996, 48 ss.; NIVARRA, *Le opere multimediali su Internet*, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 131; *contra* V.M. DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, cit., 104 ss., dove l'autore sembra suggerire la categoria delle opere collettive; FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti ed esecutori*, cit., 93-98, il quale pare avallare una tutela che oscilla tra le opere audiovisive e le banche dati. Tuttavia sia De Sanctis, sia Fabiani sembrano sostenere la necessità di una valutazione caso per caso, essendo difficile addivenire ad un inquadramento univoco dell'opera multimediale.

21 Cfr. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society*, Brussels, 19 aprile 1995, COM(95) 382 final.

22 D. m. 17 aprile 2003, recante criteri e procedure di accreditamento dei corsi di studio a distanza delle università statali e non statali e delle istituzioni universitarie abilitate a rilasciare titoli accademici di cui all'art. 3 del d. m. 3 novembre 1999, n. 509.

23 Pur non essendovi una definizione generalmente accettata di LO, vi è una certa convergenza sul fatto che essi debbano rappresentare unità "minime", non ulteriormente suddivisibili, in grado, tuttavia, di possedere un senso ed un contenuto didattico autonomo ed indipendente, oltre che funzionale alla loro riutilizzabilità in differenti combinazioni e in nuovi percorsi didattici. Inoltre, essi saranno espressi in formato digitale affinché possano essere reperiti tramite i c.d. *metatag*, quantunque su quest'ultimo punto non vi sia assoluta convergenza. Per una trattazione completa del fenomeno si rimanda alla relativa voce contenuta nella versione italiana di Wikipedia, all'URL: http://it.wikipedia.org/wiki/Learning_object

24 V. d. m. 509/2003, cit.; nello specifico si veda il primo articolo del decreto in esame, il quale, al comma 1, recita quanto segue: "[i] corsi di studio a distanza [...] utilizzano le tecnologie informatiche e telematiche [...]". Tra le prescrizioni tecniche presenti nei successivi articoli, particolarmente significativi sono: l'utilizzo di personal computer, la fruizione di materiali didattici multimediali e interattivi, l'utilizzo di contenuti didattici standard, interoperabili e modularmente organizzati, il monitoraggio continuo tramite il tracciamento del percorso e i momenti di valutazione ed autovalutazione. Inoltre, l'organizzazione didattica dei corsi deve valorizzare al massimo le potenzialità delle *Information and Telecommunication Technologies* (ITC), e specialmente multimedialità ed interattività.

esame. Tuttavia, va sicuramente notato il fatto che la multimedialità, ovvero una delle caratteristiche fondamentali dei LO, è considerata dal decreto in esame un elemento fondamentale per la realizzazione di un corso di *e-learning*.

Dunque, nonostante non si possa scorgere alcun dato normativo o giurisprudenziale esplicito circa la riconducibilità di un corso di *e-learning* nel solco dell'opera multimediale, attraverso un processo di successive approssimazioni, tale conclusione pare quantomeno verosimile. Infatti, se un corso di *e-learning* è il risultato della somma dei *learning objects* che lo compongono - e questi ultimi sono opere multimediali - allora va da sé che il corso gode di tutte le caratteristiche del concetto di opera multimediale.

Ciò nondimeno, tale riconducibilità non condurrebbe ad alcun risultato certo, dato che né la legge, né la giurisprudenza si sono espresse sulla natura dell'opera multimediale.

3.3 Le banche dati

A mente dell'art. 2, n.9, LDA, qualora oggetto di protezione siano le raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo, la tutela accordata sarà quella del diritto d'autore in senso stretto, ma non si estenderà al loro contenuto, lasciando impregiudicati i diritti esistenti su di esso²⁵. In questo caso il bene giuridico protetto è la creazione intellettuale originale dell'autore che si deve manifestare nella struttura o forma della banca e nella scelta e predisposizione metodologica dei dati.

Inoltre, ed indipendentemente dal fatto di trovarsi in presenza di una creazione intellettuale, la normativa comunitaria ha creato uno speciale diritto, *sui generis* per l'appunto, posto a tutela di "investimenti rilevanti" profusi per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o per la sua presentazione, impiegando a tal fine mezzi finanziari, tempo e lavoro (art. 7 della direttiva 96/9/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 11 marzo 1996 sulla protezione legale delle banche di dati, trasposto nell'art. 102-bis, comma 3, LDA). In questo secondo caso, dove il bene giuridico tutelato non è l'attività creativa o intellettuale dell'autore, bensì l'investimento economico e finanziario del costituente, il suo "sudore della fronte"²⁶, la protezione offerta dalla legge si affievolisce sia da un punto di vista temporale (15 anni a decorrere dal 1° gennaio successivo alla data di completamento della banca di dati), sia da un punto di vista di facoltà riservate. Infatti nel caso del diritto *sui generis* è concesso al costituente di vietare solo gli atti di estrazione e di reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della raccolta²⁷.

Va notato come le due tutele non siano esclusive, nel senso che al ricorrere dei presupposti di entrambe è perfettamente possibile che la stessa banca dati venga protetta sia dal diritto d'autore - in virtù della creatività ed originalità della struttura di selezione e organizzazione dei dati - sia dal

25 Nella prospettiva del diritto d'autore comunitario le banche dati sono una categoria relativamente giovane, infatti sono apparse sulla scena solo nel '96 con l'approvazione della direttiva 96/9/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 11 marzo 1996 sulla protezione legale delle banche di dati (d'ora in poi direttiva *database*), trasposta nell'ordinamento italiano con d. lgs. 15 giugno 1999, n.169. che ha inciso sostanzialmente sulla LDA. Le norme coinvolte nella novella sono principalmente gli articoli: 1, 2, 12-bis, 64-*quinquies*, 64-*sexies*, 102-bis, 102-ter, 156-bis, 162-ter, 171-bis, 171-ter. Tuttavia, deve essere notato come una protezione dell'attività di scelta di informazioni e contributi e della loro organizzazione fosse già presente nel nostro ordinamento da tempi ben più risalenti e proprio in virtù della già osservata categoria di opera collettiva.

26 Nei paesi di *common law* si parla di *swet of the brow*. Negli Stati Uniti la dottrina giurisprudenziale del *swet of the brow* è stata rigettata dalla Corte Suprema in *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephon Service Co.*, 499 U. S. 340 (1991).

27 Art. 102-ter comma 3 LDA. Si veda inoltre Corte giust. 9 novembre 2004, causa C-203/02, in *Dir. Internet*, 2005, 451, con nota di VITTI.

diritto *sui generis* - in virtù dell'investimento di ingenti risorse profuso per la raccolta e sistematizzazione dei dati - come specificamente previsto dall'art. 7, paragrafo 4, primo periodo, della direttiva *database*, confluito nell'art. 102-*bis*, comma 3, primo periodo, LDA.

Nel caso di un corso *on-line*, è il tipo di accesso ai singoli *learning objects* che rappresenta il criterio per determinare se si è in presenza di una banca dati. Infatti, se i LO rimangono individualmente accessibili, ovvero se la struttura del corso *on-line* è parificabile ad una raccolta di singoli moduli didattici affiancata da un software atto alla consultazione, ed è l'utente, di sua iniziativa e senza alcun percorso predeterminato, a scegliere individualmente tra i diversi moduli posti a disposizione, allora è probabile che ci si trovi di fronte ad una banca dati proteggibile mediante diritto d'autore e/o diritto *sui generis*.

Se al contrario, i singoli moduli didattici non sono individualmente accessibili ed interpellabili, bensì la loro consultazione diviene funzione di un percorso didattico non lineare - in quanto interattivo - ma comunque prestabilito secondo una determinata logica didattica, allora è probabile che ci si trovi di fronte ad una nuova opera unitaria non rientrante nella categoria delle banche dati e pertanto protetta esclusivamente dal diritto d'autore²⁸.

3.4 Considerazioni di sintesi sull'inquadramento del corso *on-line*

Come si è già accennato, non è agevole - se non addirittura impossibile - stabilire a priori un *genus* all'interno del quale far rientrare sempre e comunque la *species* corso *on-line*.

Stabilire a priori, se a "prevalere" debba essere la categoria individuata dall'art. 2 n.9, dall'art. 3, dall'art. 10, o dall'art. 102-*bis* LDA pare attività speculativa. Come emerso più volte, a questo punto non è più esclusivamente una caratteristica dell'opera a determinare la sua riconducibilità ad una categoria, ma altresì valutazioni quali l'organizzazione del lavoro e la ripartizione delle mansioni, gli investimenti profusi per la sua creazione, la presenza di determinate figure che svolgono uno specifico compito in forma creativa (il coordinatore), o requisiti di carattere personale o motivazionale.

Ciò detto, si può, nondimeno, sostenere che un corso di *on-line*, così come concepito attualmente nel panorama universitario italiano, è verosimilmente inquadrabile come opera collettiva (e multimediale), in quanto risulta centrale la presenza di una figura (solitamente il docente) che oltre a selezionare (ed eventualmente concorrere a creare) i contenuti, impartisce le direttive al programmatore circa le proprie esigenze didattiche. Attraverso questo "ciclo produttivo", egli assume quel ruolo di coordinatore e selezionatore che la legge speciale richiede per integrare la figura dell'opera collettiva.

4 La titolarità del corso *on-line*

Abbiamo già avuto modo di affermare che nell'intricata "sceneggiatura" di un corso *on-line* vi è un ulteriore attore, dal ruolo nient'affatto secondario: il datore di lavoro oppure il committente. Ruolo interpretato, nello scenario qui preso in considerazione, dall'università.

L'oggetto di questo paragrafo è l'analisi della natura del rapporto che lega l'autore dell'opera al soggetto che ha commissionato l'opera stessa, o presso il quale costui è dipendente. In

28 V. GUGLIEMMETTI, *Le opere multimediali*, cit.

questa sede, ci si limiterà ad esaminare la normativa vigente la quale dà adito a più di un dubbio²⁹.

Innanzitutto, va delimitato l'ambito soggettivo. Infatti, deve notarsi come nel caso di docenti universitari - professori e ricercatori - non si debba fare riferimento alla normativa che governa i normali rapporti di lavoro subordinato oppure di collaborazione. Nel caso delle figure professionali appena richiamate, è invece necessario fare riferimento a quella particolare normativa che regola le obbligazioni e i diritti dei lavoratori riconducibili al settore del pubblico impiego. Questo perché la recente ondata legislativa che ha portato alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego³⁰, ha escluso esplicitamente dal proprio ambito di applicazione il lavoro dipendente di ricercatori e professori impiegati nelle università (differentemente da quanto avvenuto per altri enti pubblici di ricerca)³¹.

Passando, invece, al più specifico campo di indagine che si sta affrontando, va segnalato come l'art. 11, comma 1, LDA indichi che alle amministrazioni dello stato spetta il diritto d'autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese.

Per il nostro sistema, tale previsione è già di per se derogatoria. Infatti, nell'ordinamento italiano, come del resto in tutti quelli di tradizione continentale, autore di un'opera dell'ingegno può essere di regola solo una persona fisica.

Ma ancor più interessante ai nostri fini è il comma 2 dello stesso articolo che si riporta per estratto: “[l]o stesso diritto [d'autore] spetta agli enti privati che non perseguano scopi di lucro, salvo diverso accordo con gli autori delle opere pubblicate, nonché alle *accademie e agli altri enti pubblici culturali sulla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni*” (corsivo aggiunto). Tale previsione va integrata con quella dell'art. 29 che si trova nella sezione III intitolata “Durata dei diritti di utilizzazione economica dell'opera”. Quest'ultimo recita: “[l]a durata dei diritti esclusivi di utilizzazione economica spettanti, a termini dell'art. 11, [...] è di vent'anni [...]. Per le comunicazioni e le memorie pubblicate dalle accademie e dagli altri enti pubblici culturali tale durata è ridotta a due anni, trascorsi i quali, l'autore riprende integralmente la libera disponibilità dei suoi scritti.”

A norma dell'art. 11, comma 2 ultimo periodo, sembra che nel caso di accademie ed enti assimilati (si pensi essenzialmente alle università come è dato desumere anche dai “confusi lavori preparatori”³²) il legislatore abbia voluto conferire alle università una peculiare tutela che riguarda sia i diritti esclusivi di tipo economico sia quelli morali. Infatti, secondo autorevole dottrina³³, “lo stesso diritto” del secondo comma si riferisce al “diritto d'autore” così come individuato al primo. Ciò significa che, nel caso di opere quali atti e pubblicazioni che riguardano la normale vita dell'ente, alle università spettano non solo i diritti di sfruttamento economico, ma addirittura i diritti di paternità, integrità, ritiro dell'opera dal commercio, e pubblicazione/inedito³⁴. Su queste opere la durata del diritto, ex art. 29, è di vent'anni dalla prima pubblicazione. Questa situazione è all'atto pratico assimilabile a quanto avviene per gli enti pubblici territoriali.

La parte del secondo comma presa ora in considerazione non sembra tuttavia riferirsi ai contributi scientifici ed alle lezioni, bensì alle pubblicazioni di eventi in cui l'università (attraverso i propri organi) possiede un attivo ruolo di organizzazione, come possono essere le pubblicazioni di

29 Per quanto riguarda il tema della titolarità dei prodotti della creatività e dell'inventiva dei dipendenti e dei collaboratori si veda GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 256 ss.; V. M. DE SANCTIS, *Gli enti collettivi come autori*, in *Annali it. dir. autore*, 1998, 387 ss; recentemente, CASO (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, Trento, 2005.

30 Tale ondata legislativa è iniziata con il d. lgs. n. 29 del 1993 e si è assestata, al momento, con il d. lgs. n. 165 del 2001. Per un approfondimento del tema si veda BORZAGA, *Ricerca scientifica pubblica, proprietà intellettuale e rapporti di lavoro*, in CASO (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, cit.

31 Dunque, occorre ancora fare riferimento al d.p.r. n. 3 del 1957, testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, ed in particolare del suo art. 34.

32 Sono parole di GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 209.

33 V. GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 209.

34 A questa categoria si suole ricondurre atti come comunicazioni sull'andamento dell'attività, relazioni su certi risultati conseguiti collettivamente, resoconti di congressi.

indagini sulla situazione ed organizzazione dell'ateneo nelle quali si manifesta la personalità dell'ente collettivo.

Maggior attinenza ai fini del nostro studio possiede sicuramente il combinato disposto dell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 11 e dell'ultimo periodo dell'art. 29. Infatti, per quanto attiene alle memorie e alle comunicazioni, cioè appunto i contributi di accademici e docenti, pubblicati in atti o riviste, il diritto dura soltanto due anni, trascorsi i quali l'autore riacquista integralmente la libera disponibilità dei suoi scritti. Ovvero, secondo la tesi di Greco e Vercellone, il diritto d'autore nasce a titolo originario in capo all'ente culturale (sia i diritti patrimoniali che i diritti morali) così come disposto dall'art. 11. Trascorsi i due anni, terminerà il diritto dell'ente, ma l'opera non entrerà in pubblico dominio, cominciando a decorrere da tale data, da un lato, il diritto esclusivo dell'ente alla pubblicazione, riproduzione, diffusione dell'opera (della durata di 20 anni), dall'altro, il diritto morale dell'autore sulla propria opera³⁵.

Di diverso avviso è altra dottrina³⁶, la quale - in maggiore aderenza a quella che sembra la prassi vigente - ritiene che, ad eccezione dei casi nei quali sia la personalità dell'ente collettivo a manifestarsi, non si possa configurare un diritto morale né originario né derivato in capo all'ente e che pertanto sono sicuramente esclusi da questa disciplina i contributi che gli accademici o i collaboratori producono autonomamente all'interno dell'ente pubblico culturale. In particolare, verrebbe disattesa la ricostruzione secondo la quale il dato letterale imporrebbe la titolarità dell'ente. Infatti nell'art. 11 non è rinvenibile in alcuna parte la dicitura "comunicazioni e memorie" [pubblicate dagli enti pubblici culturali]. Di conseguenza, seguendo questa ricostruzione, la norma dell'art. 29 LDA disciplina una vera e propria eccezione alla regola generale stabilita dall'art. 11 LDA. La *ratio legis* di tale ricostruzione va individuata nel fatto che memorie e comunicazioni, dato il loro carattere scientifico-culturale, possono esprimere soltanto il pensiero dell'autore (persona fisica) che le ha redatte, mentre l'apporto dell'ente in questo caso sarà di carattere meramente organizzativo e logistico. In questa fattispecie, è evidente come la personalità (giuridica) dell'ente non abbia modo di manifestarsi nell'opera facendo venir meno in tal modo le giustificazioni di quell'artificio in virtù del quale in altri casi è lecito imputare originariamente alcuni diritti in capo alle persone giuridiche³⁷.

In questo ultimo caso, l'autore è il titolare originario di ogni diritto: senza soluzione di continuità per i cosiddetti diritti morali e con un termine sospensivo di due anni per i diritti d'utilizzazione economica. In proposito si è sottolineato che "gli enti culturali sembrerebbero godere di una licenza obbligatoria temporanea, ma esclusiva, giustificata da un *favor legis* nei loro confronti"³⁸.

A conferma di questa impostazione, pare deporre la giurisprudenza, la quale ha avuto occasione di sostenere come un requisito fondamentale, affinché si possa creare a titolo originario il diritto d'autore in capo all'ente pubblico culturale, sia la totale assenza del nome dell'autore sull'opera. In difetto di ciò verrebbe escluso ogni diritto delle accademie e degli altri enti pubblici culturali sulle opere dagli stessi pubblicate³⁹.

35 V. GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit.

36 V. DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, cit., 53 ss., e dello stesso autore *Gli enti collettivi come autori*, cit., 387 ss.; si veda anche FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti ed esecutori*, cit.; per una trattazione contestualizzata nell'ambito del trasferimento tecnologico si veda RONCONI, *Attribuzione e circolazione dei diritti di proprietà intellettuale sui risultati della ricerca scientifica pubblica: i margini dell'autonomia*, in CASO (a cura di), *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, cit., 181 ss.

37 V. DE SANCTIS, *Gli enti collettivi come autori*, cit.

38 V. DE SANCTIS, *Gli enti collettivi come autori*, cit., 389.

39 V. Trib. Milano 22 ottobre 1953, in *Dir. autore*, 1954, 46 e App. Milano 3 maggio 1955, in *Dir. autore*, 1955, 352. Tuttavia lo stesso GRECO-VERCELLONE fa notare come "[l]a motivazione della sentenza ignora completamente l'esistenza dell'art. 29 che parla chiaramente di "comunicazioni e memorie", cioè tipicamente di opere dell'ingegno vere e proprie, per lo più di carattere scientifico, che di regola portano il nome dell'autore". Si veda inoltre Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 1993, n. 77, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1125, secondo la quale "a un professore universitario che partecipa con propri diritti a un'opera collettiva senza un vincolo di collaborazione, spetta il pieno ed esclusivo

Questa teoria, che vede nell'art. 29 una chiara ed evidente eccezione alla regola generale stabilita dall'art. 11, va opportunamente declinata in funzione del tipo di opera in esame, potendosi individuare due situazioni distinte.

Nella prima, ovvero quando ci si trova dinnanzi a raccolte o ad opere collettive di vario genere che vengono pubblicate sotto il nome dell'ente collettivo o accademia ed a loro spese, non vi sarebbe spazio per alcun dubbio circa la loro riconducibilità originaria all'ente.

Nella seconda, al contrario, trattandosi di opere semplici o composite, affinché vi sia titolarità dell'ente, il campo dovrebbe restringersi agli atti relativi all'organizzazione ed alla normale attività dello stesso (statuti, verbali, resoconti di attività, bandi, etc.). Al di fuori di questa circoscritta fattispecie, trovano spazio quelle comunicazioni e memorie realizzate in via autonoma dagli accademici o da coloro che hanno un rapporto di collaborazione con l'ente pubblico culturale e che sono soggette alla sola licenza legale per il periodo di due anni dalla pubblicazione⁴⁰. In questa categoria rientrano anche quelle opere collettive nelle quali non sia ravvisabile alcun intervento della personalità dell'ente, ancorché pubblicate a spese dell'istituzione (si pensi essenzialmente al volume pubblicato dall'università, ma curato e coordinato scientificamente da un docente, nel quale vengono raccolti i contributi di altri ricercatori).

E proprio in questo passaggio va ricercata la *ratio legis* che governa tutta la disciplina ed alla quale ci si dovrebbe riferire nei casi dubbi: l'attribuzione originaria in capo all'ente è configurabile solo quando vi è una manifestazione diretta della personalità dell'ente stesso.

Entrambe le teorie appena riportate sono autorevolmente supportate ed entrambe rappresentano una raffinata ed acuta analisi del dato legislativo. Tuttavia la seconda delle due - quella che vede la titolarità originaria dell'ente circoscritta a ben determinati casi - pare in grado di meglio coniugarsi con quanto stabilito da un importante documento contrattuale qual è il contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) del settore in questione. Infatti i CCNL relativi al personale del comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione⁴¹, nonché al personale del comparto università⁴², indicano a chiare lettere che il "ricercatore o il tecnologo ha diritto ad essere riconosciuto autore delle ricerche svolte. Alla pubblicazione dei relativi risultati, solitamente, provvedono gli enti di appartenenza sostenendo le relative spese" e che "[il ricercatore o tecnologo] ha diritto ad essere riconosciuto autore o coautore delle ricerche a cui lavora".

Per quanto attiene ai diritti patrimoniali, i due contratti in esame stabiliscono rispettivamente che "[q]ualora l'ente comunichi di non essere interessato alla pubblicazione, o in ogni caso decorsi due mesi dalla comunicazione dei risultati della ricerca senza che sia pervenuta alcuna comunicazione da parte dell'Ente circa l'interesse alla pubblicazione stessa, l'autore può pubblicare il lavoro come ricerca propria [...]" e che "[s]alvo che l'Amministrazione non ritenga di pubblicare i risultati della ricerca in ambito dei propri programmi editoriali, l'autore ha diritto alla comunicazione in proprio [...]".

Dunque, sembra che il contratto collettivo stabilisca abbastanza chiaramente che il titolare del diritto d'autore sia il ricercatore. Solo per i diritti patrimoniali si può osservare una posizione di privilegio dell'ente, il quale avrà la potestà di decidere se pubblicare i risultati della ricerca all'interno della propria attività editoriale, oppure di permettere all'autore una pubblicazione in proprio.

Ciò detto, la frammentarietà della normativa in esame e l'assoluta novità delle pratiche legate all'*e-learning* non permettono una categorizzazione rigorosa. In mancanza di precisi accordi

diritto d'autore per i contributi messi a disposizione dell'editore [...]".

40 Va comunque segnalato come tale previsione sia pressoché totalmente disattesa dalla prassi.

41 Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro relativo al personale del comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione per il quadriennio normativo 1998-2001 ed il biennio economico 1998-1999, reperibile alla seguente URL: http://www.aranagenzia.it/HomeAran.nsf/CONTRALINKN/RIC_LIV_210202_Q

42 Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro relativo al personale del comparto università per il quadriennio normativo 2002-2005 ed il biennio economico 2002-2003, reperibile alla seguente URL: http://www.aranagenzia.it/HomeAran.nsf/CONTRALINKN/UNI_LIV_270105

contrattuali o in tutti quei casi nei quali la normativa appena riportata non paia in grado di risolvere tutti i dubbi, è opportuno fare ricorso ai principi generali del diritto civile e in particolare a quelli di matrice lavoristica.

Ad esempio, quando ci si trova in presenza di un prodotto creato da un dipendente o commissionario all'interno di un rapporto di lavoro subordinato o di prestazione d'opera, entra in gioco il "principio dell'alienità del risultato", il quale vuole che in un normale rapporto di lavoro i risultati del lavoro siano riconducibili al datore o committente e non all'autore materiale. Un'espressione di tale principio è ravvisabile nella legge sulle invenzioni agli artt. 64 e ss. del codice della proprietà industriale⁴³. Tuttavia, va notato come nel caso dei prodotti della creatività - a differenza delle invenzioni - sia d'obbligo assicurarsi che tale risultato rientri all'interno delle obbligazioni dedotte in contratto, perché altrimenti, ancorché l'opera venga creata sul luogo di lavoro, durante l'orario di lavoro e con i mezzi dell'impresa, essa sarà di esclusivo appannaggio del proprio autore⁴⁴. Di conseguenza, in tutti quei casi in cui il contratto di riferimento nulla dica circa la creazione di corsi *on-line*, ovvero se essa debba considerarsi obbligazione alla quale il docente è tenuto, la titolarità di tali contenuti sarà discussa.

Il dato che emerge pare confermare i timori già espressi in precedenza, ovvero di una situazione altamente incerta dal punto di vista giuridico. Nel momento in cui l'interprete verrà chiamato ad esprimersi circa l'allocazione dei diritti d'autore con riferimento ad un corso *on-line*, egli dovrà innanzitutto osservare con estrema attenzione l'aspetto relativo all'organizzazione del lavoro (c.d. *workflow* creativo), e al contempo la presenza a livello contrattuale diretto o indiretto (si pensi sostanzialmente alle *policy* o linee guida d'ateneo) di regole generali circa l'attribuzione dei diritti.

In mancanza di regole contrattuali, il panorama normativo lascia spazio a molti dubbi circa la titolarità di un'opera oggettivamente e soggettivamente complessa qual è un corso *on-line*, dubbi che ancora una volta dovranno essere risolti attraverso un'analisi approfondita del caso specifico⁴⁵.

5 Riutilizzabilità di contenuti digitali per la costruzione del corso *on-line*

Un ulteriore profilo di complessità che trae le proprie origini dal travagliato rapporto tra diritto (d'autore) e nuove tecnologie è riconducibile alla cosiddetta riutilizzabilità dei contenuti⁴⁶. Spesso, infatti, il docente, o il responsabile della piattaforma di *e-learning*, si troverà di fronte al problema

43 V. d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, così come modificato dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35 e dal d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140. Tale ultimo decreto legislativo converte in diritto interno la direttiva 2004/28/CE in materia di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, c.d. direttiva *enforcement*.

44 Così BORZAGA, *Ricerca scientifica pubblica, proprietà intellettuale e rapporti di lavoro*, cit., 136-157 e 164-167. Si vedano in particolare i regimi derogatori stabiliti per alcuni tipi di opere come quello previsto dall'art. 12-*bis* LDA per il software.

45 La situazione è sintomaticamente differente negli Stati Uniti, dove sia sotto la vigenza del vecchio *Copyright Act* del 1908 sia -almeno sembra- sotto quella del nuovo *Copyright Act* del 1976, le corti sono state concordi nell'attribuire ai docenti - almeno in tutti quei casi in cui non fosse stabilito altrimenti da un accordo contrattuale e in cui il lavoro non fosse *prepared for the employer* - la proprietà dei propri corsi e nel dimostrare che in questi casi non trovava applicazione la dottrina del *work for hire*, in base alla quale la titolarità dell'opera spetta al datore di lavoro e non al dipendente, in virtù di una c.d. *teacher exception*. V. *Sherril v. Grieves* 57 Wash. L. Rep. 286, 20 Copyright Office Bulletin 675 (1929). Inoltre, si veda *Williams v. Weisser* (1969) 273 CA2d 726. Dopo l'entrata in vigore *Copyright Act* del 1976 si segnalano: *Weinstein v. Universtiy of Illinois*, 811 F.2d 1091 (7th Circ. 1987), e *Hays v. Sony Corporation of America*, 847 F.2d 412 (7th Cir. 1988).

46 Per un'analisi dei limiti -non solo legali- a cui è sottoposto il bene giuridico "informazione" nello spazio digitale e telematico si veda per tutti LESSIG, *The future of ideas*, Stanford, 2001.

dell'utilizzo di materiale che non è frutto della propria attività intellettuale. Ciò non deve sorprendere, basti pensare a quante volte in una lezione frontale vengono citati altri autori, riutilizzando le loro formule o versi, oppure - nel caso specifico di una lezione di storia dell'arte - si rappresenti il quadro più famoso dell'artista di riferimento, esponendolo in aula, attraverso una foto, un lucido, o una *slide*.

Le problematiche connesse all'utilizzo di materiale coperto da diritto d'autore (ovvero non ancora caduto in pubblico dominio) all'interno di un corso di insegnamento sono sintomatiche della funzione di bilanciamento degli interessi contrapposti rivestita dalla normativa speciale sulla disciplina delle opere dell'ingegno. Infatti, in questa fattispecie, è evidente la tensione tra tutela dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale e difesa dell'interesse generale (e costituzionale) ad un insegnamento libero e di qualità.

Se nel caso di un corso di lezione "classico" questo profilo non è motivo di particolari controversie, altrettanto non si può sostenere per un corso *on-line*. Infatti, nel caso di un corso *face to face* l'utilizzo di materiale protetto - come una foto - si esaurisce nel momento stesso in cui viene trasmesso il sapere oggetto della lezione, ovvero tale utilizzo è *self-contained*⁴⁷. Al contrario, nel caso di un corso *on-line* ci si troverà sempre e comunque in presenza di una riproduzione digitale e dunque - almeno potenzialmente - non temporanea dell'opera.

Questo rilievo vuol porre l'accento sul fatto che una riproduzione digitale è una riproduzione perfetta, dematerializzata, e dai costi marginali irrisori. Essa inoltre è passibile di qualsiasi forma di utilizzo, essendo difficile distinguere *ex ante* tra copie destinabili e non destinabili ad una diffusione al pubblico, eventualmente anche a scopo commerciale (la legge speciale a questo proposito parla di *spaccio*).

Queste ben note caratteristiche della copia digitale hanno portato a coniare l'espressione "copia privata di massa", apparente ossimoro che vuole sottolineare come, nel mondo digitale, i confini tra una riproduzione a fini personali e una riproduzione in grado di frustrare le aspettative economiche del titolare dei diritti sbiadiscano, lasciando il terreno giuridico disseminato di incertezze. Queste caratteristiche della copia digitale, secondo quanto rilevato da una parte della dottrina, costituirebbero ragioni sufficienti a determinare l'impossibilità di estendere le libere utilizzazioni (o "eccezioni e limitazioni" al diritto d'autore, secondo la nuova terminologia di cui agli artt. 65 e ss. LDA) al campo delle riproduzioni - o di altri tipi di utilizzi - digitali dell'opera⁴⁸.

5.1 Dalle libere utilizzazioni alle eccezioni e limitazioni: la (dis)armonizzazione comunitaria

Il cambio terminologico da un evocativo "libere utilizzazioni" ad un più posato "eccezioni e limitazioni" è un aspetto secondario, ma curiosamente sintomatico dell'adeguamento italiano alla normativa comunitaria.

Per poter comprendere la reale portata delle attuali previsioni in materia, si rivela utile fare un passo indietro per osservare la natura e la *ratio* che stanno alla base delle disposizioni aventi ad oggetto le utilizzazioni libere. Questa ricognizione si presta ad essere eseguita sia in un'ottica di diritto interno, sia alla luce delle più recenti previsioni sovranazionali.

Relativamente alla prima prospettiva, è appena il caso di ricordare come la legge sul diritto d'autore, conscia della propria funzione bilanciatrice di interessi contrapposti, garantisca agli autori

47 Ovvero "[...] within the walls of a physical classroom and does not have a major economic significance" (COSÌ XALABARDER, *On-line Teaching and Copyright: Any hopes for an EU Harmonized Playground?*, in corso di pubblicazione, reperibile in versione pre-print all'URL: www.uoc.edu/in3/dt/esp/20418.html).

48 V. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 115.

e loro aventi causa alcuni diritti esclusivi, ma al contempo si adoperi per limitare queste prerogative stabilendo confini oltre i quali tali esclusive sono destinate a soccombere (il riferimento è principalmente agli artt. 65 – 71-*decies*). I motivi di tale limitazione sono riconducibili ad interessi pubblici di grande importanza nel panorama dei valori costituzionali quali lo sviluppo della cultura (art. 9 Cost.), la libertà di espressione del pensiero (art. 21 Cost.), la tutela della libera iniziativa privata (art. 41 Cost.) e della proprietà privata (art. 42 Cost.), nonché, per quel che più ci interessa in questa sede, la promozione della libertà nell'arte, nella scienza e nell'insegnamento (art. 33 Cost.).

In base alla seconda prospettiva, vi è da osservare come le principali fonti sovranazionali prevedano limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore alle quali il legislatore italiano è andato nel tempo adeguandosi. In particolare, vedremo come l'eccezione a fini didattici e di ricerca scientifica si presenti come una costante. Una breve rassegna di tali fonti è di insostituibile aiuto per una corretta individuazione della reale portata tanto delle eccezioni ex artt. 65 – 71-*decies* LDA, quanto dell'eccezione per fini didattico-scientifici (art. 70 LDA).

La convenzione di Berna, già nella sua prima versione, prevedeva un'eccezione alle esclusive fornite agli autori per scopi didattici e scientifici⁴⁹. Simile previsione - pur se basata su una differente sistematizzazione e su una diversa formulazione - è possibile rinvenire nei due trattati della *World Intellectual Property Organization* (WIPO) del 1996: il *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty*⁵⁰.

Ancor più dettagliato è però il “considerando” n. 14 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, divenuta famosa al pubblico con il nome di *European Union Copyright Directive* (d'ora in poi EUCD)⁵¹. Tale *considerando* recita: “[t]his Directive should seek to promote learning and culture by protecting works and other subject-matter while permitting exceptions or limitations in the public interest for the purpose of education and teaching”.

Tuttavia, l'articolo cui bisogna volgere la nostra attenzione è il 5(3)(a), il quale permette agli stati membri di esentare ogni “uso diretto al solo scopo di illustrazione o di insegnamento o di ricerca scientifica, sempre che la fonte incluso il nome dell'autore sia indicata a meno che ciò non risulti impossibile, e comunque sempre nella misura giustificata dallo scopo non commerciale dell'attività”⁵².

49 V. Convenzione di Berna per la protezione di opere letterarie ed artistiche. Nella versione del 1886 era l'art. 8 a disciplinare la materia. Nella versione attualmente in vigore si tratta dell'art. 10(2). Il tema delle libere utilizzazioni per scopi didattici e scientifici nella convenzione di Berna è esaurientemente trattato da RICKETSON, GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights: The Berne convention and beyond*, II ed., Oxford, 2006. In particolare si segnala come, attraverso l'analisi delle novelle che si sono avvicinate negli anni relativamente al testo dell'articolo in esame, tali autori giungano alla conclusione che i motivi di tali puntuali modificazioni sono ricollegabili alla volontà di “to take full advantages of the new means of dissemination provided by modern technology [...] and there is no reason today to argue that it should not extend to digital fixations of works”; v. RICKETSON, GINSBURG, *id.*, I, 793.

50 In entrambi i trattati è presente nel preambolo una affermazione che esalta la funzione di bilanciamento tra diritti di esclusiva degli autori e il più generale interesse pubblico all'informazione “*particularly education, research and access to information*” espletata dal diritto d'autore. Si veda il *WIPO Copyright Treaty* firmato a Ginevra il 20 dicembre 1996 e il contestuale *WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

51 La dottrina ha criticato aspramente tale direttiva, in particolare per ragioni di tecnica legislativa. Tra i vari motivi qui si segnala l'incentivazione di un elevato particolarismo giuridico relativamente alle libere utilizzazioni. Per una puntuale critica della direttiva in esame si veda HUGENHOLZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant and Possibly Invalid*, in EIPR 2000, 22(11), 499-505.

52 Al riguardo è interessante notare come la dottrina internazionale sia pressoché concorde nel ritenere questo articolo come uno dei maggiormente soggetti all'attività di lobbying dei vari gruppi di interesse. Si veda in proposito JEHORAM, *European Copyright law – Ever more Horizontal*, in IIC, 2001, 532 – 544; HART, *The Copyright in the Information Society Directive: An Overview*, in EIPR 2002, 24(2), 58-64.

Seguendo la via tracciata dalla Convenzione di Berna⁵³, l'eccezione per scopi didattico-scientifici dell'EUCD è da considerare tecnologicamente neutrale e intesa a coprire sia l'insegnamento c.d. *face to face* sia quello c.d. *face to interface*, comprendendo in questo secondo sintagma l'insegnamento a distanza supportato da tecnologie digitali (*Distance Digital Learning o DDE*)⁵⁴.

Come è stato sottolineato⁵⁵, il “considerando” 42 dell'EUCD include espressamente la didattica a distanza all'interno dell'eccezione per usi scientifico-educativi, mentre l'*Explanatory Memorandum* di accompagnamento alla proposta di direttiva conferma che il proposito è esattamente quello di “includere il nuovo ambiente elettronico” nel novero delle possibilità di insegnamento a distanza e di conseguenza nelle eccezioni giustificate da tale scopo⁵⁶.

Pertanto, l'eccezione in esame è destinata a comprendere sia gli atti di riproduzione sia quelli di comunicazione al pubblico. Inoltre, il legislatore nazionale è libero di estendere tale eccezione anche agli atti di distribuzione, come previsto dall'art. 5(4). Pare, dunque, che l'EUCD contempli una *teaching exception* in grado di includere sia l'insegnamento “classico”, sia quello supportato dalle nuove tecnologie. Per quanto attiene ad eventuali limiti è osservabile come - nel solco della tradizione inaugurata dalla Convenzione di Berna - l'EUCD eviti di fornire un elenco esaustivo dei soggetti legittimati, del tipo di opere o della quantità che di esse è possibile riprodurre.

Ancorché non tipizzati, però, detti limiti esistono e vanno individuati alla luce di due principi specificamente inclusi nello stesso art. 5(3)(a): ovvero “to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved”, e dell'ancor più problematico “for the sole purpose of illustration for teaching”. Inoltre, si segnala un ulteriore vaglio al superamento del quale tutte le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore devono sottostare: l'art. 5(5) dell'EUCD. L'articolo in parola vuole che le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore debbano essere sottoposte ad un test basato su tre distinti requisiti; da qui il nome che correntemente viene usato per individuarlo, ovvero quello di *Three Step Test* (3ST). Passiamo in breve rassegna i due limiti identificati agli articoli 5(3)(a) e quello *ex* 5(5).

- a) Per quanto riguarda il primo dei requisiti individuati nello stesso articolo 5(3)(a), ovvero quello dello scopo non commerciale, va sicuramente segnalato come la stessa direttiva fornisca alcuni elementi ermeneutici di grande importanza per indirizzare l'interprete. Il “considerando” n. 42, infatti, suggerisce che la valutazione circa la natura non commerciale dell'attività in questione non debba avere carattere esclusivamente ontologico. In particolare, la struttura organizzativa ed i mezzi di finanziamento non sono un fattore decisivo ai fini della valutazione dello scopo commerciale o meno. Ciò significa, per esempio, che la natura privata dell'istituzione non è motivo di esclusione, ma solo un aspetto da considerare⁵⁷, magari ai fini di una corretta determinazione dell'equo compenso da corrispondere ai titolari⁵⁸.
- b) Per quanto attiene al secondo requisito *ex* 5(3)(a), ovvero quello delle finalità illustrative (per fini di insegnamento o di ricerca scientifica), va segnalato come l'aggettivo *illustrative* abbia contribuito ad esasperare proprio quei problemi interpretativi per la soluzione dei quali esso era stato pensato. Infatti, ci si è chiesti se il parametro “scopi illustrativi” fosse stato

53 V. Ricketson GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights: The Berne convention and beyond*, cit.

54 V. XALABARDER, *Copyright and Digital Distance Education: The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, in *Colum.J.L. & Arts*, 2003, 26, 101 – 178.

55 V. XALABARDER, *On-line Teaching and Copyright: Any hopes for an EU Harmonized Playground?*, cit.

56 V. Explanatory Memorandum che accompagna la proposta della Commissione per la direttiva, 10 Dicembre 1997 (COM)(97)628 final), O. J. C-108/6 (07.04.1998).

57 Situazione totalmente differente pare essere quella nordamericana, dove il TEACH ACT limita tale eccezione agli enti di istruzione non-profit, v. sec. 110(2) US Copyright Act.

58 Come viene fatto notare da XALABARDER, *Copyright and Digital Distance Education: The Use of Pre-Existing Works in Distance Education Through the Internet*, cit.

inserito per ridurre la portata dell'eccezione in merito. Invece, come è stato notato, l'espressione *illustration for teaching* è pensata proprio per essere un perfetto equivalente degli altri riferimenti di cui è intrisa l'intera direttiva (come è confermato, per esempio, dai già citati *consideranda* 14 e 34)⁵⁹.

- c) Infine, a proposito del *Three Step Test* (3ST) di cui all'art. 5(5) della direttiva, va evidenziato come il nome di questo "nuovo" strumento derivi dalla sua struttura interna, la quale si compone di un triplice vaglio, al cui superamento è sottoposto il giudizio di conformità di un'eccezione al diritto d'autore. Infatti, le eccezioni e limitazioni previste nella direttiva devono essere applicate esclusivamente in "determinati casi speciali, che non confliggano con il normale sfruttamento dell'opera e che non causino un irragionevole pregiudizio ai legittimi interessi dei titolari dei diritti". Definire "nuovo" il 3ST potrebbe apparire non corretto, in quanto lo stesso strumento (oppure uno molto simile, date le leggere variazioni semantiche) è presente nei più importanti trattati internazionali in materia di diritto d'autore⁶⁰. Nonostante quest'ultimo rilievo, sembra comunque possibile parlare di "novità"; ciò per almeno due ragioni che inducono a soffermarsi per un attimo sul 3ST. In primo luogo, esso sembra essere diretto non solo ai legislatori nazionali, bensì anche alle corti nazionali⁶¹. Tale argomento deriva logicamente dal fatto che mentre un trattato internazionale ha – solitamente – come interlocutore il legislatore nazionale, il quale dovrà provvedere a dar corso alle obbligazioni assunte in sede di ratificazione, una direttiva – se trasposta in forma pedissequa – si tramuterà in diritto interno e conseguentemente gli strumenti presenti nella prima entreranno nella disponibilità delle corti. Gli esempi – quantomeno italiani – di questo tipo di trasposizione "letterale" sono diffusi in tutto l'ambito del diritto comunitario⁶². Tuttavia, se da una prospettiva teorica, il conferimento alle corti nazionali di uno strumento ermeneutico standardizzato potrebbe astrattamente rappresentare un passo in avanti verso l'armonizzazione del diritto comunitario, da un punto di vista applicativo, gli esempi concreti sinora disponibili dimostrano il contrario⁶³. Il pericolo insito in tale approccio è infatti notevole. Merita di essere messo in luce come demandare ad una corte la possibilità di dare un significato certo ad uno strumento originariamente di natura più diplomatica che regolatrice, non sia buona regola di politica legislativa, in particolare se l'obiettivo perseguito è l'armonizzazione. In più, il 3ST non si caratterizza sicuramente per chiarezza e precisione nell'identificazione della propria portata. Né vi sono nel corpo normativo della direttiva o nei *consideranda* canoni esegetici sui quali fondare interpretazioni univoche del test⁶⁴.

59 V. XALABARDER, *On-line Teaching and Copyright: Any hopes for an EU Harmonized Playground?*, cit., in particolare "In fact, although it should not define per se the scope of the EUCD exception, it may be helpful to revisit the conclusion drawn when examining the legislative history of the B[ern]C[onvention] exception: that "illustration for teaching" was not intended to limit or reduce the "educational" purpose itself, but rather to help clarify the amount of work that could be used for teaching purposes".

60 Si veda innanzitutto l'art. 9(2) della Convenzione di Berna. Inoltre, il 3ST è presente nell'art. 10 del WCT, nell'art. 16 del WPPT, e infine nell'art. 13 dei *Trade Related Aspects of Intellectual Property rights* (TRIPs), accordo siglato all'interno della *World Trade Organization* nel 1994.

61 V. JEHOAM, *Restrictions on Copyright and their Abuse*, in *EIPR*, 2005, 27(10), 359- 364; DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005.

62 Esempi in tal senso sono l'Italia o la Francia. Per il caso opposto, ovvero dove il legislatore ha inteso se stesso come l'unico destinatario del 3ST si veda per esempio il Belgio o la Germania.

63 Si veda per esempio la Corte di Cassazione Francese, Sez. I civile, del 28 febbraio 2006, caso noto come "*Mulholland Drive*" dal titolo del DVD al centro del contenzioso. Inoltre si veda anche la decisione della Corte Federale tedesca del 11 luglio 2002, e la decisione di primo grado della Corte distrettuale dell'Aia, del 2 marzo 2005.

64 D'altra parte, nemmeno altri interventi pensati per fornire una chiarificazione di tale strumento si sono rilevati realmente efficaci, v. *Report by the WIPO Special Group*, del 17 marzo 2000, (WT/DS114/R), n. 7.58. V. anche GINSBURG, *Towards supranational copyright law? The WTO Panel decision and the "three step test" for a copyright exceptions*, in *RIDA*, 2001, 187, *Ficsor*, *How much of what? The three-step test and its application in two recent*

In secondo luogo, va svolta una considerazione di tipo sistematico. Un meccanismo quale il 3ST, inteso a guidare l'attività del legislatore nazionale chiamato ad esprimersi circa l'introduzione di nuove eccezioni o limitazioni, viene totalmente stravolto nella sua funzione qualora venga inserito in un atto normativo che altresì prevede un *numerus clausus* di eccezioni o limitazioni. Infatti, in quest'ultima configurazione, esso fatalmente si trasforma in un ingranaggio volto a ridurre la possibile introduzione di nuove eccezioni e la loro portata. In altre parole, si passa da una porta aperta all'introduzione di nuovi limiti ai diritti di esclusiva, ad una porta chiusa, in quanto le eccezioni già esaustivamente individuate dovranno altresì conformarsi al giudizio del 3ST.

Concludendo il discorso relativo al 3ST, va segnalato come una norma non possa essere oggetto di un giudizio di valore *per se*, ma debba essere necessariamente valutato alla luce del *corpus* giuridico del quale fa parte. Il 3ST potrebbe teoricamente ancora rappresentare una clausola generale per l'introduzione critica e ponderata di nuove limitazioni al diritto d'autore, ovvero uno strumento flessibile in grado di indirizzare sicuramente il legislatore ed eventualmente anche il giudice verso un'autentica armonizzazione del diritto d'autore⁶⁵. Tuttavia, a fronte del carattere esasperatamente rafforzativo del diritto di esclusiva tipico dell'attuale diritto comunitario, è difficile che si delinei uno scenario di questo genere.

Un ultimo aspetto da prendere in considerazione è quello relativo alle misure tecnologiche di protezione (*Technological Protection Measures*, TPMs), ovvero quelle tecnologie idonee a impedire atti quali l'accesso o la copia non autorizzati di opere protette dal diritto d'autore. Le TPMs sono state elevate a categoria giuridica autonoma - a differenza, per esempio, del più controverso concetto di *Digital Rights Management* (DRM)⁶⁶ - dalle principali convenzioni internazionali sul diritto d'autore (WCT e TRIPS) e dal diritto nazionale che vi ha dato applicazione. Negli Stati Uniti è stato il discusso *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) del 1998 ad introdurre la categoria delle misure c.d. anti-accesso e anti-copia. Nel panorama comunitario è ancora all'EUCD che occorre fare riferimento.

In questa sede, risulta necessario porre in evidenza quanto previsto dall'art. 6, paragrafo 4, dell'EUCD. Infatti, dopo aver stabilito che gli stati membri devono fornire un'adeguata protezione legale contro gli atti di aggiramento delle misure tecnologiche di protezione, vengono poste due importanti regole.

La prima (paragrafo 4, primo comma) stabilisce che "in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accordi fra titolari e altre parti interessate, gli Stati membri prendono provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione, prevista dalla normativa nazionale in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettere a), c), d), e), o dell'articolo 5, paragrafo 3, lettere a), b) o e) [della medesima EUCD], i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al materiale protetto in questione"⁶⁷. L'elenco delle

WTO dispute settlement cases, in RIDA, 2002, 111.

65 Sulla funzione del 3ST nell'attuale panorama comunitario v. GEIGER, *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?*, in IIC, 2006, 683 – 699; nonché dello stesso autore, *Copyright and Free Access to Information: For a Fair Balance of Interests in a Globalised World*, EIPR, 2006, 28(7), 366-373.

66 V. CASO, *Digital Rights Management, Il commercio dell'informazione digitali tra contratto e diritto d'autore*, ristampa digitale, Trento, 2006, scaricabile liberamente all'URL: <http://www.jus.unitn.it/users/caso/publicazioni/drm/homeDRM.asp?cod=roberto.caso>

67 I commi secondo e terzo del paragrafo 4 così recitano:

"Uno Stato membro può inoltre adottare siffatte misure nei confronti del beneficiario di un'eccezione di una limitazione prevista in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), a meno che i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato nella misura necessaria per poter beneficiare dell'eccezione o limitazione in questione e in conformità delle disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 5, senza impedire ai titolari di adottare misure adeguate relativamente al numero di riproduzioni conformemente alle presenti

eccezioni richiamate dalla norma include, dunque, l'eccezione (art. 5(3)(a)) per fini educativi e di ricerca scientifica.

La seconda (paragrafo 4, quarto comma), pone tuttavia una singolare distinzione alla quale ricollega una significativa diversità di trattamento. Infatti, nel caso in cui le opere o i materiali protetti dai diritti connessi siano distribuiti in una forma che sia accessibile al pubblico in un luogo e in un tempo individualmente scelti (c.d. distribuzione *on-demand*), l'obbligo per i titolari dei diritti di garantire il godimento delle eccezioni individuate nello stesso articolo 6, paragrafo 4, primo comma viene meno. A dispetto della contorta forma espressiva adottata dalla direttiva, il contenuto è facile da intuire: nel caso in cui le opere protette da TPM siano rese disponibili attraverso una rete quale Internet, ogni tipo di eccezione al diritto d'autore svanisce, ed il diritto all'accesso, allo studio, alla cronaca, alla libera manifestazione del proprio pensiero vengono sacrificati.

5.2 Uno sguardo al panorama italiano delle eccezioni e limitazioni

Non resta ora che illustrare la trasposizione italiana dell'art. 5(3)(a) dell'EUCD. A questo proposito è stato autorevolmente sostenuto come la normativa italiana sia – quantomeno relativamente alle eccezioni per scopi didattici - “not clear enough to permit us to analyze them without being too speculative”⁶⁸.

Infatti, il nostro legislatore ha deciso di procedere ad una trasposizione pressoché letterale di quanto previsto a livello comunitario, omettendo di fornire alcun parametro utile ad un corretto dimensionamento dell'eccezione in parola. Inoltre, la giurisprudenza finora non ha avuto modo di esprimersi in merito.

L'art. 5(3)(a) EUCD ha inciso, per il tramite del d. lgs. 68/2003, sull'art. 70 LDA, che attualmente recita al primo comma: “[i]l riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a *fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali*” (corsivo aggiunto).

Come risulta dalla lettera della norma, convergono nello stesso articolo sia l'eccezione relativa alla citazione a fini di critica e cronaca sia quella per scopi didattici. In quest'ultima fattispecie si osserva la presenza degli ulteriori requisiti delle finalità illustrative e dei fini non commerciali.

In effetti la legge italiana sembra riprendere pedissequamente la normativa comunitaria senza aggiungervi molto. Quanto detto per la normativa europea riguardo all'assenza di limiti quantitativi oggettivi può perciò essere riproposto per l'art. 70 LDA. Più nello specifico, la totale assenza dei suddetti limiti dovrà essere intesa nel senso di consentire la libera riproduzione e comunicazione al pubblico di brani di opere protette “ogni qualvolta che queste non costituiscano sostanzialmente una vera e propria pubblicazione dell'opera da parte di terzi in concorrenza con l'utilizzazione economica che è nell'esclusiva dell'autore anche se questo non l'abbia ancora

disposizioni.

Le misure tecnologiche applicate volontariamente dai titolari, anche in attuazione di accordi volontari e le misure tecnologiche attuate in applicazione dei provvedimenti adottati dagli Stati membri, godono della protezione giuridica di cui al paragrafo 1”.

68 V. ERNST & HAEUSERMANN, in GASSER (a cura di), *Teaching Exception in European Copyright Law – Important Policy Questions Remain*, the Berkman Center for Internet & Society, 2006-10, 2006, reperibile all'url: <http://cyber.law.harvard.edu/publications>

esercitata praticamente in quella determinata forma. In particolare va osservato come il diritto di elaborazione dell'autore comprenda anche il riassunto della propria opera"⁶⁹. Inoltre, e a differenza che negli scopi di critica o cronaca, nel caso di insegnamento o ricerca tale utilizzo dovrà avvenire al di fuori di ogni uso commerciale, in base ai già individuati criteri contenuti nella direttiva⁷⁰.

Un ultimo aspetto di rilievo nel panorama giuridico italiano riguarda l'orientamento giurisprudenziale pressoché costante nell'interpretare qualunque libera utilizzazione - ovvero tutta la categoria ex artt. 65-71-*decies* - in forma restrittiva, rifiutando ogni tipo di interpretazione estensiva o analogica⁷¹.

Anche per quanto attiene la previsione dell'art. 6, paragrafo 4, dell'EUCD relativo alle misure tecnologiche di protezione, il legislatore italiano si è limitato ad una trasposizione letterale della norma, facendola confluire negli art. 71-*quinquies* e 71-*sexies*, nei quali è possibile ritrovare la stessa vaghezza comunitaria.

Risulta difficile prevedere come si comporterà la giurisprudenza quando si troverà a dover decidere di casi aventi ad oggetto presunte violazioni del diritto d'autore per scopi di insegnamento e di ricerca, soprattutto riguardo a fattispecie in cui tale trasmissione di sapere non sia "*self-contained*", ma si concretizzi in atti di copia digitale.

A tale proposito, uno strumento esegetico è rappresentato dal problematico 3ST, sopra illustrato, il cui contenuto normativo è stato trasposto fedelmente dal nostro legislatore negli art. 71-*nonies* e 71-*decies* LDA.

Ad ogni modo, all'interno del nostro panorama istituzionale, va ribadita l'assoluta necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme aventi ad oggetto il diritto d'autore e i diritti connessi. In particolare, come la giurisprudenza costituzionale ha già avuto modo di sottolineare, risulta essenziale il rispetto delle previsioni contenute agli art. 9, 21, 33, 35, 41 e 42 Cost.⁷².

5.3 Un "pubblico dominio contrattuale"?

A questo punto è possibile formulare alcune ipotesi al fine di inquadrare correttamente la disciplina relativa alla riutilizzabilità dei contenuti.

Innanzitutto, nel caso di opere scadute nel pubblico dominio a fronte del decorso temporale della tutela (che ricordiamo essere generalmente di 70anni *p.m.a.*), ogni tipo di utilizzazione - nel rispetto dei diritti morali dell'autore - sarà lecita. Questione differente si pone per opere derivate dall'originale (quale può essere per esempio una traduzione), oppure per i diritti che non inseriscono l'opera, bensì la sua esecuzione o edizione o altra forma di presentazione al pubblico (cioè i diritti connessi degli artisti interpreti ed esecutori, delle emittenti radiotelevisive, e degli altri soggetti indicati agli artt. 72 e ss. della legge speciale).

Per le opere tuttora sottoposte a tutela ci si trova dinnanzi ad alcuni usi legittimi, ovvero

69 Così DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, cit., 271; v. anche CARTELLA, *Presupposti e limiti dei riassunti (e citazioni) di opere altrui*, in *Riv. dir. ind.*, 1980, I, 405.

70 La normativa brevettuale si muove su una diversa logica, v. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in *Annali it. dir. autore*, 2002, 139.

71 V. Cass. 15 gennaio 1992, n. 412, in *Dir. informazione e informatica*, 1993, 97, con nota di FAZZINI; 19 dicembre 1996, n. 11343, in *Foro it.*, 1997, I, 255; 7 marzo 1997, n. 2089, in *Dir. autore*, 1997, 362; Trib. Milano 20 aprile 1993, in *Dir. informazione e informatica*, 1994, 45, con nota di MIOLI; Trib. Macerata 25 maggio 1985, in *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Diritti d'autore*, n. 40; Trib. Milano 23 gennaio 2003, in *Dir. autore*, 2004, 96; App. Milano 25 gennaio 2002, in *Annali it. dir. autore*, 2002, 801.

72 Il riferimento va ovviamente e principalmente all'art. 9 Cost. che - come fa notare GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, cit. - è stato alla base di Corte costit. 20 marzo 1978, n. 20, che ha sancito l'illegittimità costituzionale del divieto fino allora in vigore di brevettazione di farmaci.

ammessi dalla stessa legge a determinate condizioni, e ad altri riservati all'autore o al suo cessionario o licenziatario.

Abbiamo avuto modo di osservare come, in merito agli usi legittimi, sia attualmente riscontrabile un'elevatissima incertezza interpretativa relativamente ai reali confini di tali utilizzazioni. Tutto ciò è inevitabilmente destinato a provocare un "chilling effect", un effetto deterrente sulla creatività. Tale effetto è innescato dai timori connessi al rischio che una certa attività ragionevolmente valutabile come lecita ex art. 68 e ss. LDA, possa essere invece valutata come illecita da un tribunale. Maggiore chiarezza rispetto a questo profilo sarebbe auspicabile, non solo per rendere più efficiente un sistema che, anche causa dell'elevata incertezza giuridica soffre di costi transattivi elevatissimi, ma altresì per riavvicinare la disciplina speciale ai valori costituzionali ed alle fonti internazionali.

Quando, invece, ci si muove nell'ambito degli usi riservati, l'utilizzo di materiale protetto può avvenire solo a seguito di un accordo tra i titolari dei relativi diritti ed il potenziale utilizzatore, secondo le regole di un normale contratto di licenza⁷³, o eventualmente di cessione⁷⁴.

In questo contesto, va segnalata una tendenza che negli ultimi anni ha assunto un peso sempre maggiore all'interno del fenomeno della c.d. contrattualizzazione del diritto d'autore⁷⁵, ovvero il ricorso a quelle innovative licenze che vengono definite genericamente *Open Content/Access Licenses*.

Per quel che interessa di più in questa sede, va notato che questa tipologia di licenza gode di un successo crescente anche nel microcosmo dell'*e-learning*⁷⁶.

Evitando di entrare nello specifico di ciascuna sotto-tipologia, va osservato come caratteristica minima e comune delle licenze in esame sia quella di prevedere nelle proprie clausole la possibilità per chiunque di avere libero accesso all'opera, di poter utilizzarla (in particolare, copiarla) e a volte ridistribuirla (ma non sempre in versione modificata o per scopi commerciali)⁷⁷. In altri termini, vengono contrattualmente concessi quegli usi che la disciplina legislativa dispositiva degli ultimi decenni è andata riducendo nella portata e nel numero. Questo fenomeno pare essere una reazione sociale alla deriva normativa in atto. Una reazione nata nel mondo del software con il fenomeno del *Free Open Source Software* e del principale documento contrattuale

73 Per la natura giuridica della c.d. licenza all'utente finale, si veda da ultimo CASSANO, *Contratti informatici. Condizioni generali di contratto e tutela del consumatore nell'era di Internet*, in *Diritto dell'internet*, 2007, I, 5 ss. e i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

74 Notasi tuttavia i casi, sempre più frequenti, in cui la legge ammette un utilizzo dell'opera sottratto all'autorizzazione del titolare dei diritti, ma lo vincola alla corresponsione di un canone o equo indennizzo stabilito da regolamenti o da accordi promossi da enti rappresentativi degli stessi titolari. In questi casi si può parlare di una tutela non più basata su *property rules* -classica dei diritti di proprietà intellettuale- bensì su *liability rules*, secondo la distinzione originariamente formulata da Calabresi e Melamed, v. CALABRESI – MELAMED, *Property rules, Liability rules and Inalienability: one view of the cathedral*, 85 *Hav. L. Rev.*, 1089 (1972); per un'analisi di questo tipo di rimedi applicati ai diritti di proprietà intellettuale v. BLAIR – COTTER, *Intellectual Property. Economic and Legal Dimensions of Rights and Remedies*, Cambridge, 2005.

75 Per la capacità della normativa contrattuale di ridisegnare i confini del diritto d'autore si veda, GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2002.

76 V. http://en.wikipedia.org/wiki/Open_access. Gli esempi di tale pratica sono in continuo aumento e sempre più "prestigiosi". Spicca tra tutti il c.d. *Open Courseware* (OCW) del Massachusetts Institute of Technology (MIT), ma altrettanto degno di nota risulta essere il progetto OpenLearn della Open University. Va anche segnalato come la maggior parte di queste licenze sia rappresentata dalle licenze Creative Commons, progetto ideato dal prof. Lessig (www.creativecommons.org). Tuttavia, progetti e iniziative con ad oggetto la costituzione di *Open Educational Resources* (OER) sono sempre più spesso al centro dell'attenzione internazionale, come dimostra lo spazio che l'UNESCO dedica a questo fenomeno, cfr. http://oerwiki.iiep-unesco.org/index.php?title=Main_Page

77 V. http://en.wikipedia.org/wiki/Open_content. Si veda inoltre la dichiarazione di Berlino sull'*Open Access* ripresa anche dalla CRUI:

http://en.wikipedia.org/wiki/Berlin_Declaration_on_Open_Access_to_Knowledge_in_the_Sciences_and_Humanities e <http://www.aepic.it/conf/index.php?cf=1>

attraverso il quale esso si veicola, cioè la GNU *General Public License*⁷⁸, e poi estesa a tutti i tipi di contenuti digitali e non.

Di certo, quello che viene (provocatoriamente) definito un “pubblico dominio contrattuale” - ovvero un pubblico dominio improprio dove non è più la legge a definire con esattezza i confini dei diritti di esclusiva, ma il contratto - rappresenta un ottimo (forse l’unico?) strumento per la difesa della libera diffusione del sapere, della conoscenza e della ricerca scientifico-tecnologica. Tuttavia, non si può pensare che questa tipologia di accordi contrattuali sia la soluzione a tutti i problemi sinora individuati. D’altro canto, non va dimenticato che la zona di libertà contrattualmente definita è fatalmente destinata a sottostare al diritto (imperativo) dei contratti⁷⁹.

6. Conclusioni

Questo saggio si è posto l’obiettivo di introdurre il lettore alle implicazioni maggiormente controverse del rapporto tra diritto d’autore ed *e-learning*.

È emerso come la normativa e la giurisprudenza italiane non abbiano avuto il modo (e la forza) di esprimersi organicamente su tali implicazioni.

Questa scarsità di fonti, però, non può sorprendere più di tanto. Da un lato, infatti, il fenomeno dell’*e-learning* è molto recente. Dall’altro, bisogna tener conto che, rispetto a quanto avvenuto per le invenzioni, la produzione di contenuti culturali, e specialmente la formazione scientifica, si è evoluta molto più lentamente ed ai margini delle logiche di mercato.

Tuttavia, l’attuale scenario sembra destinato a mutare profondamente e rapidamente.

Il mercato della produzione dei contenuti culturali sta vivendo una crescita inimmaginabile solo fino a pochi anni or sono⁸⁰. In particolare, la formazione scientifica sta scoprendo, soprattutto grazie all’uso delle tecnologie digitali, la propria capacità di generare profitti. In questo senso, l’esempio dei corsi *on-line* è sintomatico.

Se poi si aggiunge lo strutturale stato di mancanza di fondi degli atenei (in particolare italiani), non è azzardato sostenere che le tensioni tra interessi contrapposti, che si sono delineate nel corso della trattazione, sono destinate a moltiplicarsi. È opportuno farsi trovare preparati.

78 V. il testo della *General Public License* del progetto GNU, reperibile all’URL: <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>

79 V. ELKIN-KOREN, *What contracts can't do: The limits of private ordering in facilitating a Creative Commons*, in *Fordham Law Review*, Vol. 74, 2005, reperibile all’URL: <http://ssrn.com/abstract=760906>

80 Si pensi all’industria *entertainment*, della musica *on-line*, dei film, etc.