

Consultazione di opere digitali: quadro comunitario ed esperienze nazionali

Simonetta Vezzoso

Università di Trento

svezzoso@economia.unitn.it

<http://www.jus.unitn.it/users/vezzoso>

1. Introduzione

La messa a disposizione, da parte ad esempio di una biblioteca, di materiale coperto dal diritto d'autore per la consultazione su posti di lettura elettronici tange il diritto di comunicazione al pubblico ed è oggetto di specifica eccezione, sia nella disciplina comunitaria che in quella nazionale. Il Decreto Legislativo n. 68 del 2003 ha infatti implementato nell'ordinamento nazionale l'art. 5, par.3, lett. n della Direttiva UE 2001/29¹ (di seguito, Direttiva SocInfo) sul diritto d'autore nella società dell'informazione in materia di consultazione digitale di opere da terminali situati nei locali di biblioteche, istituti di istruzione, musei o archivi. L'art.71-ter della legge italiana sul diritto d'autore (di seguito, l.a.) riprende in larga misura il tenore della disposizione comunitaria.

Il recepimento nell'ordinamento interno di una eccezione al diritto esclusivo dell'autore che consenta la c.d. consultazione *onsite* non ha incontrato significative opposizioni.

Diversamente in Germania ed in altri Stati dell'Unione Europea, dove l'introduzione di una disposizione analoga è stata ostacolata da vivaci discussioni coinvolgenti, da una parte, il mondo della ricerca, dell'università e della scuola e, dall'altra, dell'editoria, in particolare scientifica, e fa parte solo del secondo pacchetto (*zweiter Korb*) di misure di recepimento della Direttiva SocInfo, che entrerà in vigore all'inizio del 2008. Lo scopo principale del mio intervento è delineare, sullo sfondo del quadro normativo comunitario e dello stimolante dibattito tedesco, la reale portata applicativa, e dunque l'inadeguatezza, dell'art.71-ter l.a.

2. Il quadro normativo comunitario

2.1. La lista di eccezioni e limitazioni ai sensi dell'art.5 Dir.SocInfo ed il rapporto con il three-step test

Con la pubblicazione nel 1995 del Libro Verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione² la Commissione CE ha ufficialmente aperto le consultazioni poi sfociate nell'emanazione della Direttiva SocInfo, un complesso insieme di regole che modificano in profondità il diritto d'autore nell'Unione Europea. Non di rado faticosamente, la Direttiva SocInfo è stata ora attuata in tutti i paesi della Comunità³.

Per quello che qui più direttamente interessa, l'art. 5 Dir. SocInfo prevede una lista esaustiva di limitazioni ed eccezioni al diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico. In particolare, i paragrafi 1 e 2 contengono eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione,

¹ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 in [GUCE 2001 L 16//10](#).

² COM(95) 382 final, del 19 luglio 1995.

³ Si ricorda che gli Stati membri avrebbero dovuto recepire la Direttiva SocInfo entro il 22 dicembre 2002. L'ultima è stata la Francia, nell'agosto del 2006.

mentre il paragrafo 3 contempla eccezioni e limitazioni del diritto di riproduzione e del diritto di comunicazione al pubblico. Ventuno⁴ sono dunque le eccezioni o limitazioni espressamente elencate, delle quali una sola è obbligatoria per gli Stati membri. Fra le eccezioni e limitazioni non vi è alcun ordine gerarchico, non sono fra di loro alternative, e sono cumulativamente applicabili alla medesima fattispecie.

Il Cons. 33 afferma poi esplicitamente che in talune ipotesi di eccezioni o limitazioni “i titolari di diritti dovrebbero ricevere un equo compenso affinché siano adeguatamente indennizzati per l'uso delle loro opere o dei materiali protetti”. Ai sensi del Cons. 36, “(G)li Stati membri possono prevedere l'equo compenso dei titolari anche allorché si applicano le disposizioni facoltative sulle eccezioni o limitazioni che non lo comportano”. Le uniche tre ipotesi in cui il legislatore comunitario prevede esplicitamente un tale compenso sono quelle della reprografia (art. 5, par.2, lett.a), della riproduzione per uso privato ai sensi dell'art. 5, par.2, lett.b, e delle riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale. In tutti gli altri casi, rimane dunque la possibilità di introdurre un equo compenso, che tenga conto delle peculiarità di ognuno di essi, e della necessità, per le eccezioni e limitazioni previste nelle legislazioni degli Stati membri, di superare il *three-step test* ai sensi dell'art.5, par.5 della Dir. SocInfo, di cui a breve si dirà.

Se l'elenco delle eccezioni e limitazioni è esaustivo, il numero delle stesse è indubbiamente ampio. Si è voluto in questo modo tenere almeno parzialmente conto delle diverse tradizioni giuridiche⁵. Il legislatore comunitario lascia ampio margine agli Stati membri nell'attuazione concreta della Dir. SocInfo. Il legislatore comunitario è del tutto consapevole che potranno esistere delle distinzioni sostanziali nelle eccezioni e limitazioni previste dai singoli legislatori nazionali. I legislatori nazionali possono anche decidere di adottare specifiche eccezioni e limitazioni dando loro un campo di applicazione più limitato rispetto a quanto previsto dalla Direttiva SocInfo. E' dunque comunemente riconosciuto che gli sforzi di armonizzazione fra le legislazioni nazionali in tema di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore hanno prodotto dei risultati modesti⁶.

Inoltre, l'art. 5 non solo contempla un elenco esaustivo di esenzioni, ma ogni eccezione o limitazione prevista dai legislatori nazionali deve superare il test formulato all'art. 5 par. 5 della Dir.SocInfo:

“(5) le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare”.

Le incertezze di interpretazione del c.d. test dai tre gradini, o *three-step test* non contribuiscono a ridurre le differenze esistenti fra i diversi sistemi di eccezioni adottati dagli

⁴ Da nove che erano nella prima Proposta di Direttiva del 1997. A questa cifra si giunge però solo volendo considerare un'eccezione anche la c.d. clausola “antenato” della lett. o dell'art.5, par.3, in base alla quale le legislazioni nazionali possono mantenere ulteriori eccezioni e limitazioni oltre alle venti precedenti, a condizione che si tratti di casi di scarsa rilevanza, che riguardano solo utilizzi analogici e non incidono sulla libera circolazione delle merci e dei servizi all'interno della Comunità, v. J.Reinbothe, *Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht*, ZUM, 2002, 43, 46.

⁵ V. anche il Cons.32.

⁶ V., fra gli altri, P.Marzano, *Diritto d'Autore e Digital Technologies. Il Digital Copyright nei Trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, 2005, Giuffrè, p.290ss.

Stati dell'Unione Europea⁷. Si pone poi un problema di fondo con riguardo alla relazione fra il test stesso e le ventuno ipotesi di eccezioni e limitazioni elencate ai parr. 1-3 dell'art. 5 della Dir.SocInfo. Se l'applicazione del *three-step test* a tutte le eccezioni e limitazioni è espressamente prevista dal legislatore comunitario, c'è infatti da chiedersi in che misura nella previsione di ognuna delle ventuno limitazioni il legislatore comunitario abbia già tenuto conto del test in questione, oppure abbia fatto affidamento sulla potenziale portata correttiva e "rieliquibrante" ad ogni modo disposta ai sensi dell'art.5, par. 5. La risposta a questo interrogativo ha conseguenze di notevole portata per il legislatore (e l'interprete) nazionale. Si consideri infatti che nella seconda ipotesi (e, dunque, di un affidamento del legislatore comunitario sulla successiva portata correttiva del par. 5), neppure un recepimento letterale nelle discipline nazionali delle disposizioni dell'art.5, parr. 1-3 della Direttiva potrebbe essere sufficiente, richiedendo in ogni caso gli eventuali adattamenti imposti ai sensi del test dai tre gradini⁸. D'altro lato, sembrerebbe perlomeno bizzarro che il legislatore comunitario abbia previsto delle eccezioni e limitazioni che, di per sé, *non superano* il test all'esame.

Un qualche chiarimento può forse prestare il Cons. 44 della Dir.SocInfo. Premettendo che le "eccezioni e le limitazioni non possono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti", si aggiunge poi che

"(L)'introduzione di tali eccezioni o limitazioni da parte degli Stati membri deve in particolare tenere debitamente conto dell'accresciuto impatto economico che esse possono avere nel contesto del nuovo ambiente elettronico".

Va preliminarmente sottolineato che la versione italiana della Direttiva non appare la più felice, se confrontata con altri testi. Come appena visto, menzione è della "*introduzione* [corsivo mio] di tali eccezioni e limitazioni da parte degli Stati membri" e potrebbe nascere il dubbio che ci si riferisca alle sole limitazioni ulteriori rispetto a quelle già previste nelle legislazioni nazionali al momento dell'emanazione della Dir.SocInfo. Che tale interpretazione non sia corretta emerge fra l'altro da un rapido raffronto con versioni in altre quattro lingue, che unanimemente parlano di "previsione" e non di "introduzione"⁹. Con riguardo dunque alle eccezioni e limitazioni *previste* dagli Stati membri, nel Considerando in questione si esprime la preoccupazione che le stesse possano non tenere sufficientemente conto del loro accresciuto impatto economico nella realtà telematica. Di conseguenza, si ritiene possibile l'ulteriore limitazione della "portata di alcune eccezioni o limitazioni...nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere e materiali protetti".

Sembrerebbe dunque che l'importanza particolare del *three-step test* risieda nell'orientamento che lo stesso sarebbe in grado di fornire ai legislatori nazionali nell'adattare le previsioni ed eccezioni previste nei loro rispettivi ordinamenti, ed in particolare tenendo conto del loro, eventuale, più significativo impatto economico a seguito di difficilmente prevedibili sviluppi della società dell'informazione. Si potrebbe dunque guardare alla lista delle eccezioni e limitazioni di cui all'art.5, parr.1-3 come ad una ripresa e (blanda) armonizzazione della

⁷ Sulle quali v. ampiamente M.Senfleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, 2004, Kluwer Law International.

⁸ Così, ad esempio, secondo S.Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, SCCR/9/7, 2003, p. 72, con riguardo esplicitamente alle eccezioni di cui all'art. 5, par.2, lett.a e par.3, lett.i.

⁹ „The provision of such exceptions or limitations by Member States..”; “(L)orsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations”; “(D)ie von den Mitgliedstaaten festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen”; “(E)l establecimiento de dichas excepciones o limitaciones”.

maggior parte delle eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico previste nelle legislazioni nazionali, lasciando all'art. 5, par. 5 il delicato compito di prendere atto ed assecondare, tramite corrispondenti modifiche nelle discipline nazionali, i cambiamenti presenti e futuri necessari a nuovi equilibri fra i diritti esclusivi dell'autore e le sue esenzioni. Se così fosse, le ventuno previsioni dell'art.5, parr.1-4 Dir SocInfo non racchiuderebbero già il risultato compiuto dell'applicazione del *three-step test*, che sarebbe invece compito necessario del legislatore nazionale.

La lettera stessa delle eccezioni e limitazioni non permette tuttavia una così netta accezione del rapporto con il par.5. Appare infatti con una certa evidenza che, almeno con riguardo ad alcune fra le esenzioni previste più elaborate, come ad esempio quella per copia privata ai sensi dell'art.5, par.2, lett.b, o proprio per le consultazioni *onsite* dell'art.5, par.3, lett. n, un'applicazione forse "anticipata" del test dal parte del legislatore comunitario vi sia stata. In conclusione, mi pare, le eccezioni e limitazioni previste nelle legislazioni degli Stati membri dovranno obbligatoriamente rispettare i precetti del *three-step test*, imponendo al legislatore nazionale, a seconda dei casi, una maggiore o minore necessità di "adattamento" sul piano interpretativo delle disposizioni comunitarie.

2.2 L'eccezione per la consultazione onsite

L'introduzione nella Direttiva SocInfo di una disposizione a favore della consultazione digitale di opere nel contesto di biblioteche, archivi, musei ed istituti di istruzione non è stata, a differenza di altre eccezioni, si pensi in particolare a quella della riproduzione per uso privato, oggetto di approfonditi dibattiti in sede comunitaria¹⁰. Il legislatore comunitario colloca la disposizione in questione fra le eccezioni o limitazioni ai diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico. L'utilizzo coperto ha come scopo "la comunicazione o la messa a disposizione, a singoli individui," di opere o altri materiali contenuti nelle collezioni di biblioteche, archivi, musei ed istituti di istruzione senza scopo commerciale o di lucro, diretto od indiretto. Le finalità cui è indirizzato l'utilizzo sono la ricerca o l'attività privata di studio e le opere o gli altri materiali utilizzati non devono essere soggetti a vincoli di vendita o di licenza. Molto significativo è un ulteriore requisito: la comunicazione o la messa a disposizione deve avvenire su "terminali dedicati situati nei locali delle istituzioni". Il riferimento è a dei posti di lettura elettronici collocati in un luogo fisicamente determinato, dunque i locali dell'istituzione. La comunicazione contemplata all'art.5, par.3, lett. n è dunque esclusivamente Intranet e riservata agli utilizzatori delle collezioni che si recano fisicamente nei locali delle stesse ed utilizzano terminali a ciò deputati. Non si tratta, stando al tenore della disposizione, di permettere l'accesso alle collezioni digitali della biblioteca da parte, ad esempio, di ricercatori scientifici afferenti una delle istituzioni menzionate tramite il proprio computer dall'ufficio (dunque, se si tratta di un'università, dal "campus") o da altro luogo.

Nonostante il margine di influenza della disposizione in questione sia evidentemente limitato, come avremo modo di dire meglio più avanti, non è mancato chi, in sede di recepimento nazionale della Direttiva SocInfo, ne ha sottolineato la potenziale pericolosità per gli autori e gli editori, e dunque la necessità di chiarirne e delimitarne il campo applicativo. Altri hanno invece lamentato l'inadeguatezza della disposizione a soddisfare i bisogni della ricerca e dello studio nel contesto della società dell'informazione. Particolarmente lunga, ricca ed impegnativa è stata la discussione che si è tenuta in Germania in occasione dell'approvazione

¹⁰ Avrebbe fatto la sua prima apparizione solo relativamente tardi nel dibattito comunitario, v. J.Reinbothe, *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, in GRUR Int 2001, 733, 740.,

del secondo pacchetto di norme di recepimento della Direttiva SocInfo, sulla quale di seguito ci soffermeremo.

3. Il dibattito tedesco nel contesto dell'attuale modifica della normativa sul diritto d'autore

Il legislatore tedesco ha varato nel 2003 un primo insieme di misure di attuazione della Direttiva SocInfo comprendente il recepimento delle parti obbligatorie della legislazione comunitaria¹¹. Il secondo pacchetto ("Korb") è stato definitivamente approvato solo nel settembre scorso, rallentato nella sua approvazione sia da più ampie vicende politiche che hanno visto il passaggio alla c.d. "Grande Coalizione", sia dalla accresciuta percezione della sensibilità degli interessi in gioco. Ancora prima dell'entrata in vigore delle ultime modifiche, all'inizio del 2008, si parla tuttavia della necessità di un terzo pacchetto di adeguamento della legislazione sul diritto d'autore, che tenga in più ampio conto degli interessi della ricerca e dell'insegnamento nella società dell'informazione¹².

Pur sullo sfondo delle limitate possibilità di manovra offerte dall'art.5, par.3, lett. n della Direttiva SocInfo, la discussione, si diceva, è stata particolarmente vivace e prolungata. A (parziale) conclusione della stessa, il legislatore tedesco ha introdotto nella *Urheberrechtsgesetz* (legge sul diritto d'autore, di seguito UrhG) una nuova disposizione, il § 52b, dedicata alla "Comunicazione di opere su posti di lettura elettronici in biblioteche pubbliche, musei ed archivi". La soluzione legislativa richiama, senza farlo del tutto proprio, il compromesso faticosamente raggiunto dall'Associazione Tedesca delle Biblioteche e dall'Associazione Tedesca degli Editori in merito al § 52b¹³.

Il testo approvato si riferisce ad opere pubblicate presenti nelle collezioni di biblioteche accessibili al pubblico, musei od archivi, senza scopo economico o di lucro, diretto od indiretto. Quelle opere, salvo disposizioni contrattuali contrarie, possono venire messe a disposizione nei locali della rispettiva istituzione per il tramite di posti di lettura elettronici appositamente predisposti. Non posso, di regola¹⁴, venire messi a disposizione contemporaneamente più esemplari dell'opera di quanti non siano ricompresi nella collezione della rispettiva istituzione. Per la comunicazione delle opere è previsto un equo compenso, che dovrà venire riscosso da una società di gestione collettiva.

La soluzione adottata dal legislatore tedesco è dunque di una c.d. *doppia accessorietà alla collezione*: (1) le opere accessibili elettronicamente devono trovarsi nella collezione della specifica istituzione; (2) dai posti di lettura elettronici non è possibile accedere ad un numero superiore di esemplari di quelli presenti nella collezione dell'istituzione. Nei momenti di maggiore richiesta dell'opera (si pensi, nel caso ad esempio di una biblioteca universitaria, dei periodi di preparazione degli esami), l'accordo negoziato dall'Associazione Tedesca delle Biblioteche e dall'Associazione Tedesca degli Editori, e richiamato nel testo della Commissione Giuridica del Bundestag, prevede che possa essere messo a disposizione un numero leggermente superiore di esemplari. Il numero preciso non è specificato, riconoscendo che dovrà dipendere dalle circostanze del caso concreto.

¹¹ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 11.04.2003.

¹² In questo senso si è autorevolmente espresso anche il *Bundesrat* (Consiglio Federale).

¹³ Nonché in merito al § 53a, quest'ultima disposizione, in tema di *document delivery*, forse ancora più controversa di quella in materia di consultazione *onsite*.

¹⁴ V. la precisazione di cui al paragrafo successivo per le utilizzazioni *peak time*.

Il legislatore tedesco ha dunque prestato ascolto alle preoccupazioni espresse dagli editori, secondo i quali le biblioteche, in particolare universitarie, acquistando un singolo esemplare dell'opera, lo potessero poi digitalizzare per metterlo a disposizione di un ampio numero di utenti in contemporanea. Gli editori e gli autori avrebbero ottenuto il compenso previsto per un solo esemplare, quando invece la tecnologia digitale permetteva una fruizione in contemporanea dello stesso e dunque, nella pratica, di più esemplari. La legittimità di un tale comportamento è stata espressamente negata dal tenore della nuova disposizione, salvo ipotesi eccezionali ed in un numero limitato di esemplari. Rispetto a quanto previsto dalla Direttiva SocInfo si tratterebbe dunque di un'ulteriore limitazione del campo di applicazione dell'eccezione per la consultazione *onsite*.

Il recepimento restrittivo delle possibilità riguarda anche le istituzioni beneficiarie dell'eccezione: solo biblioteche accessibili al pubblico, archivi e musei, e dunque non istituti di istruzione quali ad esempio le scuole, le quali solitamente non sono dotate di una biblioteca accessibile al pubblico. Anche questa limitazione risponde ad una preoccupazione specifica degli editori, in particolare di testi scolastici. Se può forse risultare giustificata con riguardo a questa particolare categoria di opere, il legislatore ha però escluso la possibilità che altri tipi di testo (ad es., una raccolta di novelle) venga consultato da posti di lettura elettronici. Interessante notare poi che l'accordo già menzionato fra l'Associazione Tedesca delle Biblioteche e l'Associazione Tedesca degli Editori non si opponesse all'inclusione degli istituti di istruzione fra i beneficiari dell'eccezione.

Come già si diceva, il compromesso fra i diversi interessi raggiunto ed incorporato nel § 52b UrhG ha lasciato insoddisfatti molti dei quali vedevano nel *zweiter Korb* un'importante occasione per un primo adattamento della legislazione sul diritto d'autore alle esigenze della ricerca e dell'istruzione nella società dell'informazione, mentre il *erster Korb* aveva tenuto essenzialmente conto degli interessi economici degli autori. Tale squilibrio è tuttavia già insito nella Direttiva SocInfo che i legislatori nazionali sono chiamati a recepire. Proposte di revisione della Direttiva nel senso di un suo riequilibrio non trovano, almeno per il momento, il necessario sostegno politico a livello comunitario.

4. La portata applicativa dell'art.71-ter l.a.

Con il già menzionato d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il legislatore nazionale ha fatto un uso limitato delle possibilità offerte dalla Dir.InfoSoc. Non ha ritenuto di predisporre svariate delle eccezioni fra previste nella Direttiva¹⁵. Se il legislatore italiano ha ritenuto di non utilizzare tutti gli spazi lasciati aperti dal legislatore comunitario in tema di eccezioni e limitazioni¹⁶, nella relazione illustrativa al d.lgs. 2003, n.68 si menziona tuttavia la volontà del legislatore di introdurre "quelle eccezioni che sembrano corrispondere ad esigenze particolarmente rilevanti sotto il profilo culturale, e sociale¹⁷".

Con riguardo alla consultazione *onsite*, il legislatore ha ripreso quasi testualmente quanto predisposto dal legislatore comunitario. Già si ricordava l'assenza di discussione che ha accompagnato l'inserimento dell'art. 71-ter nella legge italiana sul diritto d'autore. La quasi totale mancanza di dibattito *ex-ante* non facilita l'applicazione concreta della disposizione, ma alcuni aspetti risultano comunque chiari.

¹⁵ Da un punto di vista generale sorprende la quasi totale mancanza di attenzione nei confronti di tali delicate problematiche da parte della società civile.

¹⁶ V. M.Fabiani, *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei Paesi della Comunità*, in Rivista Dir. autore, 137, 146.

¹⁷ Relazione illustrativa al d.lgs. 2003, n. 68, p.4.

In primo luogo, né il legislatore comunitario, né di conseguenza quello italiano, vedono nell'art.5, par.3, lett. n della Direttiva SocInfo uno strumento utile per promuovere il passaggio alla c.d. biblioteca virtuale. L'esplicita menzione della fruizione che deve avvenire nei locali dell'istituzione non lascia dubbi in proposito. L'utente deve recarsi per la consultazione in un luogo fisicamente determinato, siamo ben lontani dall'idea di una consultazione delle opere della biblioteca dalla propria abitazione o da altro luogo liberamente scelto. Possono forse sorgere dei dubbi in merito alla collocazione specifica dei terminali per la consultazione elettronica, ed in particolare in merito alla distanza massima tollerabile dal luogo in cui è ubicata la collezione, ma i margini di manovra sono comunque limitati. E' l'utente che si deve recare nei locali agli orari prestabiliti: l'opposto rispetto alla fruizione *on-demand* resa altrimenti possibile dalle tecnologie digitali.

La disposizione della legge italiana, che ricalca la regola comunitaria, non prevede limitazioni circa il numero degli esemplari contemporaneamente visionabili. In questo senso potrebbe dirsi più "generosa" nel considerare gli interessi della ricerca e dell'istruzione rispetto alla soluzione tedesca, vincolata invece, come si è visto, alla doppia accessorietà alla collezione. Non si richiede poi espressamente che l'opera debba provenire dalla propria collezione. In questo senso è invece la legge tedesca, come abbiamo visto¹⁸.

Il campo di applicazione è poi ulteriormente e seriamente limitato dalla mancanza, nell'ordinamento italiano, di una disposizione che permetta alle biblioteche ed altre istituzioni di realizzare, a determinate condizioni, copie digitali delle proprie collezioni cartacee. Come noto, l'art. 68, par.2 dà la possibilità alle biblioteche accessibili al pubblico, alle biblioteche scolastiche, ai musei pubblici ed archivi pubblici, di effettuare liberamente delle fotocopie, mentre ai sensi dell'art.69, par.2 biblioteche, discoteche e cineteche possono riprodurre, a determinate condizioni, fonogrammi e videogrammi esistenti nelle rispettive collezioni. Diversamente nel diritto tedesco, che prevede il c.d. *Archivprivileg* del § 53, par.3 n.2, sempre che si utilizzi un esemplare della propria collezione, la riproduzione a fini di archiviazione sia necessaria e non si perseguano, direttamente od indirettamente, scopi economici o di lucro¹⁹. Neppure ai sensi del diritto tedesco è tuttavia possibile realizzare una copia dell'opera a fini di archiviazione se questa è facilmente acquistabile od ottenibile in altro modo²⁰.

Il discorso cambia se l'opera viene acquisita direttamente in formato digitale. In questo caso l'art.71-ter l.a., soddisfatte tutte le condizioni previste dalla norma, potrebbe trovare applicazione. Lo stesso dovrebbe valere per le opere acquistate in forma analogica con codice di accesso all'esemplare digitale (*E-Book*). La copia digitale potrebbe venire scaricata e messa a disposizione degli utenti sui terminali predisposti per la consultazione. Quanto appena affermato è tuttavia soggetto ad un'importante precisazione: l'eccezione non si applica quando le condizioni del contratto o della licenza dispongano diversamente. Questo principio, della prevalenza della disposizione pattizia sulle eccezioni ex-lege, peraltro incardinato nella Direttiva SocInfo, risulta di chiaro ostacolo ad un'ampia applicazione dell'art. 71-ter l.a. Il contratto potrebbe infatti vietare la comunicazione al pubblico dell'opera e/o la consultazione della stessa in biblioteca od altra istituzione tramite terminali dedicati.

¹⁸ Precisazione espressa anche dal legislatore spagnolo, all'art.37, par.3 della *Ley de Propiedad Intelectual*,

¹⁹ Altrimenti, è possibile la realizzazione di una copia analogica a fini di archiviazione.

²⁰ Critico in merito alle possibilità limitate concesse a tali istituzioni anche C.Berger, *Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven - Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG*, in GRUR, 2007, 754, 757.

Diversamente dal diritto tedesco, beneficiari dell'eccezione nell'ordinamento italiano sono anche gli istituti di istruzione, dunque le scuole. Non essendovi una limitazione al numero delle visioni possibili, una scuola potrebbe acquistare una copia dell'opera digitale da mettere a disposizione per lo studio su terminali a disposizione degli allievi. Restrizioni budgetarie limitano tuttavia l'applicabilità dell'eccezione, senza considerare i termini del contratto, che possono escludere o limitare un tale utilizzo²¹.

L'impatto dell'art.71-ter l.a. nella sua attuale formulazione, anche nella percezione delle istituzioni beneficiarie, non può dunque che essere limitato²². Le esigenze di utenti qualificati da scopi di ricerca e studio privato, scopi presi astrattamente in considerazione anche dall'art.71-ter l.a. dovrebbero invece venire soddisfatte da eccezioni che permettano un accesso all'insieme delle informazioni disponibili a condizioni ragionevoli. Quell'accesso è condizione imprescindibile per ulteriori sviluppi, approfondimenti del sapere di cui è indiretta fruitrice l'intera collettività²³.

5. Conclusioni: alla ricerca di nuovi modelli di fruizione delle opere *offsite*

Il periodo attuale è caratterizzato da grandi cambiamenti sia per le biblioteche (nonché archivi, musei, ecc.) che per i loro utenti. Quando il nostro computer diventa un accesso privilegiato all'informazione, alla cultura, e quell'accesso può avvenire dal luogo e nel tempo che desideriamo, le biblioteche e le altre istituzioni culturali e di formazione, per continuare a svolgere le funzioni loro assegnate in modo adeguato, non possono rimanere impermeabili alle mutate esigenze ed aspettative dei loro utenti.

Piuttosto che preservare modelli economici nati nell'era pre-digitale, è importante che la domanda attuale e senza dubbio crescente, da parte degli utenti, in particolare di biblioteche, di opere in forma digitale da fruire *on-demand* sia soddisfatta da un'offerta adeguata, anche in termini economici. Un buon esempio in questo senso mi pare venga da una recente iniziativa tedesca, la *Onleihe*. Nello specifico, si tratta dell'offerta digitale da parte di alcune biblioteche civiche, tra le quali Monaco di Baviera, Colonia ed Amburgo, di materiali coperti dal diritto d'autore ai propri utenti. Entro la fine del 2007 è prevista l'adesione di altre biblioteche, fra le altre di Berlino e Düsseldorf. L'offerta, di comprensivi 25.000 titoli, è limitata agli utenti di quelle specifiche biblioteca. Il materiale selezionato (dopo, se si vuole, avere avuto accesso ad una prova di lettura o di visione e/o ascolto) e richiesto dall'utente viene inviato in formato digitale coperto da misure tecnologiche di protezione. Per ogni opera presente nella collezione esiste un numero limitato di esemplari da offrire contemporaneamente per il prestito. Gli utilizzi dell'opera permessi agli utenti variano a seconda dei termini della specifica licenza stipulata dalla biblioteca. L'opera, ad esempio, potrebbe essere stampabile; in caso di file musicali e video, quelli sono talvolta trasferibili su altri media, quale i lettori mp3. In ogni caso, il titolo viene prestato per un periodo limitato, al termine del quale il file digitale non può più venire utilizzato.

²¹ Molte altre questioni rimangono aperte. Nulla si dice ad esempio in merito alle utilizzazioni possibili agli utenti. Può l'utente realizzare una copia privata? Può questa copia venire riprodotta e consegnata a fini didattici ai propri allievi? Si potrebbe poi dubitare che la mancata previsione di un equo compenso non renda del tutto inapplicabile l'art.71-ter in quanto non atto a superare il già menzionato *three-step test*.

²² Risulta poi difficilmente immaginabile che una biblioteca abbia comunque interesse a digitalizzare la sua intera collezione ed a metterla a disposizione su posti di lettura elettronici situati nei suoi locali, senza almeno aggiungervi delle funzioni attraenti per gli utenti, quali ad esempio di ricerca per parole chiave, ecc.

²³ In particolare per i ricercatori, più rilevanti risultano altre modalità di accesso alle informazioni, ad esempio tramite il prestito interbibliotecario o *document delivery*.

Il modello *Onleihe* si base su un relativo accordo con gli editori. Fa parte delle prime iniziative di questo tipo in Europa ed è sicuramente ancora perfettibile. In particolare, il sistema tecnologico di protezione utilizzato per i file audio e video è quello proprietario di Microsoft²⁴, e dunque il materiale preso in prestito non può essere attualmente caricato né su iPod, né su sistemi operativi GNU/Linux. Altre sperimentazioni seguiranno, ed è a tutti evidente che la realizzazione della c.d. *Library 2.0* richiederà l'elaborazione di soluzioni innovative, creative, che tengano in debito conto dei vari e delicati interessi in gioco.

²⁴ Messo a disposizione da quest'ultima, sembra, gratuitamente.