

# OPINIO JURIS

*in Comparatione*

Studies in Comparative and National Law

Vol. 1, n. 1/2018

La libertà accademica e il diritto di messa a disposizione  
del pubblico in Open Access

Roberto Caso



# La libertà accademica e il diritto di messa a disposizione del pubblico in Open Access

Roberto Caso\*

### **ABSTRACT**

In alcuni importanti Paesi Membri dell'Unione Europea sono state emanate, a partire dal 2013, leggi volte a conferire all'autore il diritto di mettere a disposizione del pubblico in Open Access la propria opera scientifica frutto della ricerca finanziata con fondi pubblici e precedentemente pubblicata con un editore commerciale. Una recente proposta di legge italiana si muove nella stessa direzione.

Il diritto di mettere a disposizione del pubblico in accesso aperto l'opera scientifica costituisce un importante presidio della libertà accademica. Il tema perciò merita di essere trattato al fine di discutere i modelli normativi stranieri, la proposta di legge italiana e i possibili sviluppi futuri.

Some European Union Member States have since 2013 enacted legislation to give authors the right of making their scientific works available in Open Access to the public. Works that represent the result of research financed with public funds although previously published by commercial publishers.

---

\* Professore associato di diritto privato comparato Università di Trento.

A recent Italian legislative proposal moves in the same direction. The right to make scientific work available in Open Access to the public is an important shield of academic freedom. The topic is worth considering with the aim to discuss existing legislative models, the proposed Italian law and possible future developments.

#### KEYWORDS

Scientific Publications - Open Access - Intellectual Property - Copyright - Making Available Right

## Table of Contents

1. La libertà accademica e il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto
2. Il diritto d'autore accademico e la stampa
3. Era digitale: accesso chiuso vs. accesso aperto.
4. Il diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera scientifica in accesso aperto: modelli legislativi in Europa
5. La proposta dell'Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta
6. La proposta parlamentare di riforma della disciplina legislativa italiana dell'Open Access
7. Liberare le opere scientifiche: alternative al diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto
8. Alcuni auspici

## 1. La libertà accademica e il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto

In alcuni importanti Paesi Membri dell'Unione Europea sono state emanate, a partire dal 2013, leggi volte a conferire all'autore un diritto inalienabile e irrinunciabile di mettere a disposizione del pubblico in Open Access (OA), accesso aperto, su Internet la propria opera scientifica frutto della ricerca finanziata con fondi pubblici e precedentemente pubblicata con un editore commerciale.

L'istituzione di questo nuovo diritto d'autore – o meglio, di una nuova caratterizzazione del diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico – è finalizzata a rendere praticabile una delle vie mediante le quali si raggiunge l'OA alle pubblicazioni scientifiche: la c.d. *green road*. Per via verde si intende quella forma di accesso aperto che si esplica nel deposito (c.d. *self-archiving*) presso archivi istituzionali o disciplinari ad accesso aperto di ciò che è stato in precedenza pubblicato con editori commerciali che chiedono un pagamento per la fruizione dell'opera (c.d. accesso chiuso). I Paesi che hanno normato

la materia, novellando le proprie leggi sul diritto d'autore, sono: la Germania nel 2013<sup>1</sup>, i Paesi Bassi nel 2015<sup>2</sup>, la Francia nel 2016<sup>3</sup> e il Belgio nel 2018<sup>4</sup>. Con diverse formulazioni

<sup>1</sup> La legge 1° Ottobre 2013 (BGBl. I S. 3714), Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, ha modificato l'art. 38 della legge tedesca sul diritto d'autore (Urheberrechtsgesetz o UrhG4) riguardante le opere collettive periodiche, aggiungendo un quarto comma che riguarda il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto. Qui si seguito il testo novellato dell'art. 38: "§ 38. Beiträge zu Sammlungen. (1) Gestattet der Urheber die Aufnahme des Werkes in eine periodisch erscheinende Sammlung, so erwirbt der Verleger oder Herausgeber im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung. Jedoch darf der Urheber das Werk nach Ablauf eines Jahres seit Erscheinen anderweit vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen, wenn nichts anderes vereinbart ist. (2) Absatz 1 Satz 2 gilt auch für einen Beitrag zu einer nicht periodisch erscheinenden Sammlung, für dessen Überlassung dem Urheber kein Anspruch auf Vergütung zusteht. (3) Wird der Beitrag einer Zeitung überlassen, so erwirbt der Verleger oder Herausgeber ein einfaches Nutzungsrecht, wenn nichts anderes vereinbart ist. Räumt der Urheber ein ausschließliches Nutzungsrecht ein, so ist er sogleich nach Erscheinen des Beitrags berechtigt, ihn anderweit zu vervielfältigen und zu verbreiten, wenn nichts anderes vereinbart ist. 4 Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam".

<sup>2</sup> La legge del 30 giugno 2015 [Wet van 30 juni 2015 tot wijziging van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten in verband met de versterking van de positie van de auteur en de uitvoerende kunstenaar bij overeenkomsten betreffende het auteursrecht en het naburig recht (Wet auteurscontractenrecht)] che ha modificato la legge sul diritto d'autore olandese. V. in particolare gli art. 25 fa e 25 h del testo novellato della legge autore. Qui di seguito il testo degli articoli: Artikel 25fa "De maker van een kort werk van wetenschap waarvoor het onderzoek geheel of gedeeltelijk met Nederlandse publieke middelen is bekostigd, heeft het recht om dat werk na verloop van een redelijke termijn na de eerste openbaarmaking ervan, om niet beschikbaar te stellen voor het publiek, mits de bron van de eerste openbaarmaking daarbij op duidelijke wijze wordt vermeld. Artikel 25h 1. Van het bepaalde in dit hoofdstuk kan door de maker geen afstand worden gedaan 2. Ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst, zijn de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing indien: a. de overeenkomst bij gebreke van een rechtskeuze zou worden beheerst door Nederlands recht, of; b. de exploitatiehandelingen geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvinden of dienen plaats te vinden".

<sup>3</sup> L'art. 30 della Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ha inserito nel *code de la recherche* l'art. L. 533-4 che concerne il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto. Qui di seguito il testo dell'articolo: "Art. L. 533-4.-I.-Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales. La version mise à disposition en application du premier alinéa ne peut faire l'objet d'une exploitation dans le cadre d'une activité d'édition à caractère commercial. II.-Dès lors que les données issues d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne ne sont pas protégées par un droit spécifique ou une réglementation particulière et qu'elles ont été rendues publiques par le chercheur, l'établissement ou l'organisme de recherche, leur réutilisation est libre. III.-L'éditeur d'un écrit scientifique mentionné au I ne peut limiter la réutilisation des données de la recherche rendues publiques dans le cadre de sa publication. IV.-Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite".

<sup>4</sup> La Loi portant dispositions diverses en matière d'Economie del 30 luglio 2018 ha modificato il Code de droit économique. In particolare, l'art. 29 ha modificato l'art. XI.196 del codice inserendo il paragrafo 2/1 che riguarda il diritto analizzato nel testo. Qui di seguito il testo dell'articolo: "§2/1. L'auteur d'un article scientifique issu d'une recherche financée pour au moins la moitié par des fonds publics conserve, même si, conformément à l'article XI.167, il a cédé

tali normative mirano a conferire al diritto di messa a disposizione del pubblico i caratteri dell'irrinunciabilità e dell'inalienabilità. Si tratta di norme di natura imperativa: non possono essere derogate dal contratto. In particolare, vengono neutralizzate le eventuali clausole del contratto tra autore ed editore che fossero finalizzate alla cessione piena ed esclusiva del diritto di messa a disposizione del pubblico. Sono altresì norme di applicazione necessaria, il tentativo dell'editore di aggirarle, mediante la scelta negoziale di una legge (nazionale) applicabile al contratto che non prevede il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto, sarebbe vano.

Una recente proposta di legge italiana di iniziativa parlamentare si muove, dopo alcuni emendamenti, nella stessa direzione.

Il diritto di mettere a disposizione del pubblico in accesso aperto l'opera scientifica costituisce un importante presidio della libertà accademica.

L'idea è emersa in Germania a partire dal 2005, quando si è iniziato a discutere di modificare la legge sul diritto d'autore per conferire all'autore un diritto inalienabile di rendere accessibile per finalità non commerciali il proprio articolo scientifico frutto di ricerche prevalentemente finanziate con fondi pubblici dopo sei mesi dalla prima pubblicazione.

Si tratta di un dispositivo giuridico che non garantisce la realizzazione della forma più avanzata di Open Access, cioè quella che si basa sulla concessione al pubblico di ampi diritti di riuso (c.d. Libre Open Access). L'autore che, dopo aver ceduto i diritti economici all'editore, torni nella disponibilità del solo diritto di messa a disposizione del pubblico non può concedere ampi diritti di riuso mediante una licenza Creative Commons estremamente permissiva. Non può, ad esempio, concedere al pubblico il diritto di trarre opere derivate.

In altri termini, il diritto di messa a disposizione del pubblico in OA è una soluzione compromissoria in un mondo ancora dominato dall'editoria scientifica commerciale.

Il tema perciò merita di essere trattato al fine di discutere i modelli normativi stranieri, la proposta di legge italiana e i possibili sviluppi futuri.

---

ses droits à un éditeur d'un périodique ou les a placés sous une licence simple ou exclusive, le droit de mettre le manuscrit gratuitement à la disposition du public en libre accès après un délai de douze mois pour les sciences humaines et sociales et six mois pour les autres sciences, après la première publication, dans un périodique, moyennant mention de la source de la première publication. Le contrat d'édition peut prévoir un délai plus court que celui fixé à l'alinéa 1er. Le Roi peut prolonger le délai fixé à l'alinéa 1er. Il ne peut être renoncé au droit prévu à l'alinéa 1er. Ce droit est impératif et est d'application nonobstant le droit choisi par les parties dès lors qu'un point de rattachement est localisé en Belgique. Il s'applique également aux œuvres créées avant l'entrée en vigueur de ce paragraphe et non tombées dans le domaine public à ce moment".

## 2. Il diritto d'autore accademico e la stampa

Il “diritto d'autore accademico” è il risultato dell'interazione di diversi strumenti normativi: le norme sociali, la tecnologia e il diritto. Fino a tempi recenti l'interazione tra le norme informali della scienza, la stampa a caratteri mobili e la legge sul diritto d'autore si è fondata su una solida alleanza tra autori scientifici ed editori commerciali nonché un compromesso tra interessi contrapposti: l'interesse dell'autore alla maggiore circolazione possibile dell'opera e l'interesse dell'editore al maggior guadagno possibile. Nello scenario antecedente all'avvento delle tecnologie digitali l'autore scientifico aveva bisogno dell'editore commerciale, dotato dei capitali e della tecnologia per la diffusione dell'opera. Parallelamente, un ruolo di primo piano nella diffusione delle opere scientifiche era svolto dalla pirateria, intesa come ristampa non autorizzata dai titolari del diritto d'autore<sup>5</sup>.

In ambito accademico un fondamentale principio attribuisce in via generale e salvo eccezioni molto limitate la titolarità dello scritto scientifico all'autore e non all'istituzione a cui afferisce. Tale principio costituisce espressione di libertà e di responsabilità. È espressione di libertà perché l'autore parla all'intero pubblico dei suoi lettori in nome di sé stesso e della scienza non dell'istituzione di cui è parte. Per dirla con le parole di Kant, fa “uso pubblico della ragione”<sup>6</sup>. Ma è altresì espressione di responsabilità, il nesso che si crea tra nome dell'autore e testo espone alla responsabilità sul piano etico e giuridico. Si pensi ai casi di frode o plagio scientifico.

L'autore di pubblicazioni scientifiche è generalmente retribuito da un'istituzione: università o ente di ricerca. Per questo non è interessato a trarre un guadagno economico dalla pubblicazione, riproduzione e distribuzione delle copie tangibili della sua opera, ma piuttosto ad accrescere la sua reputazione scientifica.

Tale reputazione è il frutto del dialogo pubblico che si crea attorno al testo a stampa.

La libertà scientifica dipende dal rapporto che il ricercatore ha con l'istituzione a cui afferisce. Se quest'ultima garantisce al ricercatore un lavoro stabile e ben retribuito nonché autonomia nella scelta dei temi oggetto di studio, la sua libertà di ricerca si espande. Mentre l'autore di un romanzo, che non possa contare su qualche forma di mecenatismo o di ricchezza personale, affida al mercato e al successo economico dell'opera la propria libertà di espressione del pensiero, l'autore che afferisca a un'istituzione scientifico-accademica si muove nello spazio di libertà disegnato dal rapporto con quest'ultima. Di questo spazio è parte integrante la libertà di pubblicare, intesa non solo come libertà di scegliere tempi,

<sup>5</sup> A. Johns, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google*, trad. di M. Togliani e G. Maugeri dall'orig. *Piracy. The Intellectual Property Wars from Gutenberg to Google*, Chicago and London, 2009, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, 89-90.

<sup>6</sup> I. Kant, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, trad. it. di F. Di Donato, supervisione di M.C. Pievatolo, dall'originale *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* in *Berlinische Monatsschrift*, 04 (Dezember), 1784, pp. 481-94, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*, [http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant\\_7/ar01s04.xhtml#a037](http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s04.xhtml#a037).

forme, modalità e sedi di pubblicazione, ma altresì come libertà di riprodurre e ripubblicare in più sedi editoriali la propria opera.

La pubblicità del testo scientifico è un connotato ontologico della scienza moderna che è appunto scienza “aperta”, nel senso di scienza pubblica<sup>7</sup>. La pubblicità è, in altre parole, strumentale all’esercizio dello “scetticismo organizzato” della comunità scientifica<sup>8</sup>. Il testo pubblicato è esposto a commenti lusinghieri o a critiche. Nell’ambito delle discipline delle scienze sperimentali, i risultati e i dati descritti nel testo si prestano a essere riprodotti con lo scopo di controllare che l’esperimento sia stato condotto secondo una corretta metodologia.

L’acquisizione di una buona reputazione è un processo lento che richiede tempo. Il pubblico dei lettori giudica lo scienziato in base all’avanzamento delle conoscenze, il quale si dispiega in un arco temporale più o meno lungo. Alla pubblicazione di una teoria scientifica si reagisce con altre pubblicazioni. Si crea un dialogo asincrono, anche intergenerazionale.

La stampa, come altri mass media gerarchici, implica che ci siano decisori in posizione sovraordinata che decidono cosa è pubblicabile e cosa no (i c.d. *gatekeepers*). Il processo decisionale che conduce a discernere i testi meritevoli di pubblicazione è stato denominato revisione dei pari (*peer review*). L’espressione non è delle più felici, perché chi giudica *ex ante* sulla dignità di pubblicazione non è in una posizione di parità ma in un ruolo sovraordinato. Gli scienziati che decidono sulla pubblicazione sono gli *editor*, i componenti dei comitati scientifici, i direttori di riviste e collane di libri, i revisori. Sono questi scienziati che si alleano con gli editori per governare il sistema di comunicazione della scienza. Solitamente prestano la propria opera a titolo gratuito, ricevendo in cambio il potere di decidere sulla pubblicazione dei testi. Per quanto la scienza moderna sia democratica vi è una gerarchia del potere che è strettamente legata al sistema di pubblicazione<sup>9</sup>.

La focalizzazione sulla reputazione invece che sul ritorno economico fa sì che l’autore scientifico generalmente non presti attenzione alla gestione contrattuale dei diritti economici d’autore o, qualora si riveli attento lettore delle clausole contrattuali, sia schiacciato dal potere contrattuale dell’editore. Infatti, i contratti quando assumono la forma scritta<sup>10</sup>,

<sup>7</sup> P. Rossi, *La nascita della scienza moderna in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 17 ss.

<sup>8</sup> Scetticismo organizzato è il nome dato da Robert Merton a una delle norme informali della scienza da lui individuate. Sul punto v. R.K. Merton, *Science and Technology in a Democratic Order*, in *Journal of Legal and Political Sociology*, 1, 1942, 115.

<sup>9</sup> Cfr. J.C. Guédon, *La lunga ombra di Oldenburg: i bibliotecari, i ricercatori, gli editori e il controllo dell’editoria scientifica*, 2004, trad. di M.C. Pievatolo, B. Casalini, F. Di Donato, dall’orig. In *Oldenburg’s Long Shadow: Librarians, Research Scientists, Publishers, and the Control of Scientific Publishing*, Association of Research Libraries, 2001, <http://www.arl.org/storage/documents/publications/inoldenburgs-long-shadow.pdf>, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*, <http://eprints.rclis.org/5636/1/oldenburg.htm>.

<sup>10</sup> Vi sono aree scientifiche e generi letterari caratterizzati da una prassi negoziale informale. Ad es., in Italia spesso i contratti per la pubblicazione di articoli su riviste giuridiche sono stipulati oralmente. Il che disloca la questione sul piano probatorio, v., nel nostro ordinamento, l’art. 110 della l. 633/1941.



sono predisposti dall'editore, assumendo diversi nomi – in lingua inglese alcune formule ricorrenti sono: *copyright transfer agreement*, *publishing contract*, *consent to publish* -, e prevedendo la cessione piena ed esclusiva di tutti i diritti economici d'autore all'editore. D'altra parte, l'autore scientifico non guadagna dalla gestione dei diritti economici d'autore, ma è invece interessato all'acquisizione di una buona reputazione scientifica. Si provi a vestire i panni di un giovane ricercatore che vede finalmente materializzarsi la possibilità di pubblicare su una blasonata rivista scientifica o con una prestigiosa casa editrice. Con tutta probabilità non tenterà nemmeno di negoziare un diverso assetto dei diritti d'autore e accetterà le clausole che determinano la cessione piena ed esclusiva all'editore.

A tal proposito è bene rilevare che l'oggetto del contratto di cessione dei diritti è costituito dall'opera intesa quale bene immateriale e non da una specifica versione del testo. Dopo la cessione dei diritti all'editore, quest'ultimo ha il totale controllo della circolazione dell'opera in tutte le sue versioni, preliminari e definitive.

Va rimarcato il fatto che i ricercatori, anche quando si tratta di figure non precarie ma integrate nei ruoli di università ed enti di ricerca, generalmente non ricevono alcuna formazione specifica sulla materia della proprietà intellettuale e del diritto d'autore.

Per queste ragioni, gli autori di opere scientifiche non hanno né la forza, né la conoscenza per negoziare con gli editori.

La limitazione della circolazione dell'opera incide anche sull'attività didattica. Posto che le eccezioni e limitazioni all'esclusiva del diritto d'autore in campo didattico sono assai circoscritte, ciò significa che se, per ipotesi, l'autore voglia far circolare il proprio testo tra gli studenti di un corso di insegnamento, dovrà chiedere una preventiva autorizzazione all'editore, il quale ovviamente potrebbe negarla o chiedere un prezzo elevato.

In definitiva, l'autore scientifico avrebbe interesse a che la sua opera circolasse liberamente, ma la cessione dei diritti economici d'autore lo impedisce. La restrizione della circolazione dell'opera comprime la libertà scientifica e didattica dell'autore.

### **3. Era digitale: accesso chiuso vs accesso aperto.**

Per accesso chiuso si intende il sistema editoriale che comporta il pagamento di un prezzo per l'accesso e la fruizione dell'opera. Nella dimensione digitale l'accesso chiuso è una pratica che nutre il potere di mercato e contrattuale dei grandi editori commerciali. Tale potere si basa sull'interazione tra controllo privato dell'informazione – cioè su forme di controllo determinate dalla convergenza di proprietà intellettuale, contratti, misure tecno-

logiche<sup>11</sup> – e norme di valutazione della scienza sempre più basate sull’anonimato della revisione paritaria nonché sull’uso della bibliometria.

Le premesse della concentrazione di potere di mercato sono state poste in un’epoca - quella degli anni ’60 e ’70 - in cui, nell’ecosistema di comunicazione della scienza dominava ancora la carta. La creazione di archivi citazionali riferiti a liste chiuse di riviste ha consentito l’emersione della bibliometria e degli indici citazionali come l’Impact Factor.

L’uso e l’abuso della bibliometria hanno alimentato il potere di mercato degli editori proprietari delle riviste ad alto fattore di impatto.

La digitalizzazione delle riviste e delle banche dati citazionali ha ulteriormente accresciuto il potere di mercato e contrattuale degli editori commerciali.

Oggi la gran parte delle pubblicazioni scientifiche (riviste e libri) è nelle mani di pochi grandi editori commerciali i quali hanno convertito i propri modelli di business in servizi relativi all’analisi dei dati (c.d. *data analytics* o *information analytics*), in particolare nel campo della misurazione delle citazioni. Il più grande editore scientifico al mondo, Elsevier, è anche proprietario della maggiore banca di dati citazionali (Scopus), con evidente conflitto di interesse essendo sia editore di riviste, sia misuratore delle citazioni sulle quali si basa “il prestigio bibliometrico” delle riviste stesse.

Il potere di mercato dei grandi editori commerciali è esitato nell’aumento esponenziale del prezzo delle riviste scientifiche. Le biblioteche di ricerca, spesso finanziate con fondi pubblici, hanno iniziato a fronteggiare enormi difficoltà nel rinnovo degli abbonamenti alle banche dati degli editori commerciali. Per contrastare il potere contrattuale degli editori commerciali sono state escogitate strategie negoziali fondate sulla creazione di consorzi di biblioteche e istituzioni scientifiche.

I grandi editori commerciali perciò negoziano contratti – solitamente pluriennali – con i consorzi. Tali contratti non trasferiscono il controllo fisico dei dati alle biblioteche ma concedono licenze per l’accesso e la fruizione delle banche dati. Anche la conservazione nel tempo dei dati – l’accesso allo “storico” – è oggetto di negoziazione e pagamento di un prezzo.

Gli editori commerciali praticano il *bundling* – offerta a pacchetto – e la discriminazione dei prezzi (ad esempio, vendono lo stesso pacchetto con prezzi differenti a istituzioni diverse). Inoltre, pretendono di mantenere riservati i termini del contratto anche quando l’accesso alle banche dati è pagato, come in Italia, con fondi pubblici.

La durata pluriennale del contratto ingessa ulteriormente il mercato. Per una rivista scientifica ad accesso chiuso che voglia affacciarsi sul mercato ci sono ben poche speranze di poter riscuotere successo. Le barriere all’entrata sul mercato sono elevatissime: per acquisire vantaggio bibliometrico occorrono anni. Di più, nel momento in cui una nuova rivista

---

<sup>11</sup> J.C Reichman, R. Okediji, *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale*, 96 Minnesota Law Review p. 1362 (2012), Minnesota Legal Studies Research Paper 12-54. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2149218>.

si affacci sul mercato, le risorse per l'acquisto sono state già impegnate dalle biblioteche nei contratti pluriennali per l'acquisto dei pacchetti di accesso e fruizione alle banche dati dei grandi editori commerciali.

L'accentramento del potere di controllo dell'informazione nelle mani delle banche dati commerciali e l'uso distorto della bibliometria sono causa di un profondo mutamento culturale. Il potere di filtro della conoscenza si sposta dalle biblioteche alle banche dati commerciali. La lingua dominante della scienza diventa l'inglese. Alcuni generi letterari sono a rischio di estinzione. Cresce la settorializzazione del sapere scientifico. L'incentivo a manipolare gli indicatori bibliometrici aumenta. Ma soprattutto l'opera scientifica e la conoscenza che essa veicola perdono di centralità: articoli, libri e contenuti multimediali vengono disaggregati in dati e metadati con valore valutativo e commerciale. L'editore scientifico commerciale si trasforma in impresa di analisi dei dati: non è un caso che la proprietà di alcune di queste imprese sia nelle mani di fondi speculativi di investimento. In questa prospettiva, il potere di mercato e contrattuale dell'impresa di analisi dei dati si basa sul controllo dell'insieme: la massa dei dati. Il controllo e il costante aggiornamento dei dati e dei servizi bibliometrici agli stessi connessi garantisce un enorme vantaggio competitivo rispetto a qualsiasi editore indipendente che voglia affacciarsi sul mercato proponendo nuove riviste o collane di libri.

Per accesso aperto si intende, all'opposto, il sistema di comunicazione dell'opera scientifica che garantisce al pubblico solo l'accesso gratuito tramite Internet (Gratis Open Access) o, nella forma più avanzata, anche i diritti di riuso (Libre Open Access).

All'indomani dell'avvento del Web una parte della comunità scientifica immaginò che l'accesso aperto sarebbe diventato di lì a poco il sistema dominante. Di più, le istituzioni scientifiche avrebbero ripreso il controllo della scienza e gli oligopoli commerciali avrebbero imboccato la strada del declino. La natura intrinsecamente democratica del Web avrebbe consentito la creazione di nuove forme di comunicazione scientifica favorendo l'emersione di un "Internet delle menti"<sup>12</sup>.

Si immaginarono due vie per il raggiungimento dell'OA: la verde e l'aurea<sup>13</sup>. La prima consistente nella ripubblicazione in archivi istituzionali e disciplinari di quanto in precedenza

<sup>12</sup> J.C. Guédon, *Toward the Internet of the Mind*, 2015, <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai15/Untitleddocument.docx>

<sup>13</sup> La distinzione tra via aurea e via verde presuppone l'esistenza di editori commerciali come quelli che attualmente dominano il mercato. Le due vie furono immaginate nella fase iniziale del movimento dell'Open Access "come espedienti per aprire la scienza in un momento in cui, proprio come nella tarda età della stampa, il medium privilegiato della comunicazione scientifica era ancora l'articolo su rivista. Non sarà sempre necessariamente così: gli archivi aperti, per esempio, potrebbero diventare il luogo della prima pubblicazione, o lasciando il compito della selezione, segnalazione e revisione a overlay journal che operano su oggetti già pubblicati, o contenendo essi stessi dei moduli per discuterli, criticarli e valutarli, o qualcos'altro ancora che non riusciamo a immaginare" (in questi termini M.C. Pievatolo, *Agorà o museo? Una proposta di legge per l'accesso aperto*, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*, 24 settembre 2018, <https://btfp.sp.unipi.it/it/2018/09/agora-o-museo-una-proposta-di-legge-per-laccesso-aperto/>, <https://doi.org/10.5281/zenodo.1434264> [note e riferimenti omessi]).

pubblicato in accesso chiuso. La seconda risultante dalla pubblicazione nativa in accesso aperto.

A sedici anni dall'ultima delle tre dichiarazioni sull'OA, la dichiarazione di Berlino, l'accesso aperto non è ancora il sistema dominante e gli oligopoli commerciali sono ben lungi dal contemplare la propria eclissi. Anzi, altri rischi si affacciano all'orizzonte. Gli editori commerciali hanno trovato il modo di speculare sull'OA, è emerso un mercato (pur limitato) di "editori predatori" e nuovi intermediari (nuove piattaforme) minacciano di colonizzare il mondo dell'accesso aperto a fini commerciali. Le istituzioni scientifiche non hanno affatto ripreso il controllo della comunicazione scientifica. La c.d. pirateria - cioè l'OA illegale - fiorisce.

A fronte di questo scenario, alcuni enti finanziatori hanno pensato di accelerare il processo di conversione verso il sistema di comunicazione ad accesso aperto obbligando i soggetti finanziati a pubblicare in OA i risultati delle ricerche finanziate.

Un esempio di questo tipo di politica è rappresentato dal programma quadro H2020 dell'Unione Europea.

Se il soggetto finanziato dall'UE decide di "valorizzare" i risultati della ricerca mediante pubblicazioni scientifiche - un'opzione praticabile solo se non incide su altre forme di sfruttamento «proprietario» dei risultati della ricerca come i brevetti per invenzione<sup>14</sup> -, allora occorre praticare necessariamente l'accesso aperto nativo (via aurea) o la ripubblicazione in archivi ad accesso aperto entro un certo periodo di tempo dalla pubblicazione in accesso chiuso (via verde). I fondi ottenuti per il finanziamento della ricerca possono essere usati per pagare le eventuali spese di pubblicazione nativa in OA (c.d. Article Processing Charges, o APCs).

Questo tipo di politica, senza un preventivo mutamento del sistema di valutazione e un cambiamento della legge sul copyright, produce una serie di effetti collaterali.

a) Alimenta la speculazione degli editori commerciali i quali offrono di pubblicare singoli articoli in riviste per il resto ad accesso chiuso (c.d. via rossa all'OA). In questo modo gli editori commerciali lucrano due volte sullo stesso contenuto: la prima volta ricevendo il prezzo dell'abbonamento, la seconda incassando il pagamento dell'opzione OA per il singolo articolo (c.d. *double dipping*).

---

<sup>14</sup> V. il titolo III del Regolamento (UE) n. 1290/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2013, che stabilisce le norme in materia di partecipazione e diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) - Orizzonte 2020 e che abroga il regolamento (CE) n. 1906/2006 e spec. l'art.43, par. 2 (in particolare, il comma 1: «Fatte salve eventuali restrizioni per motivi di protezione della proprietà intellettuale, delle norme di sicurezza o interessi legittimi, ciascun partecipante può, attraverso mezzi idonei, diffondere i risultati che possiede il più rapidamente possibile. La convenzione di sovvenzione può fissare i termini a tale proposito». V. altresì European Commission. Directorate-General for Research & Innovation, *H2020 Programme Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020*, Version 3.2, 21 March 2017. La strategia brevettuale può essere complementare a quella basata su pubblicazioni scientifiche in accesso aperto. Tuttavia, la pubblicazione scientifica non può precedere la domanda di brevetto qualora contenga informazioni che distruggono la novità brevettuale.

- b) Dirotta su editori commerciali risorse che le istituzioni scientifiche potrebbero dedicare alle proprie infrastrutture di comunicazione della scienza.
- c) Non elimina il problema del potere di mercato. Il potere di mercato si trasferisce dall'accesso chiuso all'accesso aperto.
- d) Limita la libertà di pubblicare. Se l'editore prescelto dall'autore non consente di ripubblicare in archivi ad accesso nei termini massimi previsti dal finanziatore, il medesimo autore dovrà scegliere necessariamente una forma editoriale di OA nativo. La sua scelta non sarà libera, ma condizionata dall'obbligo di pubblicazione in OA.
- e) Contribuisce a creare un ecosistema informativo nel quale il business sui dati e le ragioni del profitto prevalgono sulla ricerca scientifica finalizzata all'avanzamento della conoscenza.

Prima di procedere a istituire obblighi di pubblicazione in accesso aperto – ammesso e non concesso che lo strumento dell'obbligo fosse quello preferibile –, occorre cambiare le leggi sul copyright e conferire all'autore un diritto irrinunciabile e inalienabile di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto. Solo dopo l'istituzione di tale diritto si potevano porre obblighi di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto allineando i termini massimi a quelli previsti dalla legge sul diritto d'autore. Purtroppo, è avvenuto esattamente il contrario: si sono istituiti obblighi di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto, lasciando invariata la legge sul copyright e il sistema di valutazione. Un errore madornale che ha consentito alle imprese di analisi dei dati di consolidare il proprio potere.

In questo contesto, a poco valgono le raccomandazioni volte a spingere gli autori a conservare, nella contrattazione con l'editore, la titolarità del diritto di mettere a disposizione del pubblico in accesso aperto. Il potere contrattuale, che deriva dal sistema di valutazione, non si vince con le raccomandazioni.

Per tali ragioni nei Paesi europei elencati all'inizio di questo scritto si è deciso di modificare la legge sul copyright e conferire all'autore il diritto irrinunciabile e inalienabile di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto.

## 4. Il diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera scientifica in accesso aperto: modelli legislativi in Europa

Nell'arco di un lustro quattro importanti Paesi membri dell'UE – Germania<sup>15</sup>, Paesi Bassi<sup>16</sup>, Francia<sup>17</sup>, Belgio<sup>18</sup> – hanno normato la materia<sup>19</sup>. Tutte le normative mirano a modificare la legge sul diritto d'autore istituendo un diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto con riferimento a specifiche tipologie di opere scientifiche. Il diritto è protetto da norme imperative volte a neutralizzare accordi tra editori e autori divergenti dal disposto di legge. Tuttavia, le formulazioni delle norme differiscono per diversi aspetti. I più rilevanti sono i seguenti:

- A) La tipologia e la quota di finanziamento pubblico che costituiscono i presupposti del diritto. Il modello dominante è rappresentato dalla necessità che la pubblicazione sia finanziata almeno per metà con fondi pubblici. I Paesi Bassi però hanno preferito una formula più elastica: l'opera deve essere finanziata interamente o parzialmente con fondi pubblici. La Francia invece ha scelto di dettagliare cosa significa “fondi pubblici”.
- B) Il genere letterario di opera scientifica. Le leggi tendono a riferirsi agli articoli destinati a periodici (come le riviste scientifiche), ma le definizioni date da ciascuna legge non coincidono. La Germania e la Francia hanno scelto di specificare la frequenza di uscita del periodico. I Paesi Bassi hanno optato per una formula molto più ampia – quella dell'opera breve – slegata dal carattere della periodicità del genere letterario. Il Belgio parla di “articolo scientifico” destinato a essere pubblicato in un periodico.
- C) La versione del testo. Nel gergo dell'editoria scientifica si parla, ad esempio, di *preprint* non referato per riferirsi al manoscritto non ancora sottoposto alla revisione dei pari, di *postprint* referato con riferimento alla versione che ha passato il vaglio dei revisori e alla *publisher version*, intendendosi per tale la versione finale composta dall'editore. Alcune delle normative qui sottoposte ad analisi usano l'espressione “manoscritto” o “manoscritto accettato” per la pubblicazione, alludendo alla versione che ha passato

<sup>15</sup> V. Moscon, *Academic Freedom, Copyright, and Access to Scholarly Works: A Comparative Perspective*, in R. Caso, F. Giovannella (eds.), *Balancing Copyright Law in the Digital Age. Comparative Perspectives*, Springer Verlag, Berlin, 2015, 99, 124-125.

<sup>16</sup> D. Visser, *The Open Access provision in Dutch copyright contract law*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2015, 1-7, [https://www.openaccess.nl/sites/www.openaccess.nl/files/documenten/journal\\_of\\_intellectual\\_property\\_law\\_practice-2015-visser-jiplp\\_jpv161.pdf](https://www.openaccess.nl/sites/www.openaccess.nl/files/documenten/journal_of_intellectual_property_law_practice-2015-visser-jiplp_jpv161.pdf).

<sup>17</sup> L. Maurel, *Quelles perspectives pour l'Open Access en sciences juridiques après la loi «République numérique»?*, JOAL – Journal of Open Access to Law Vol. 5 No. 1, 2017, <https://ojs.law.cornell.edu/index.php/joal/article/view/60>.

<sup>18</sup> R. Jafferali (coord.), J. Cabay, Ph. Campolini, et al., *Chronique de législation en droit privé (1er janvier – 30 juin 2018) – (Deuxième partie)*, *Droits intellectuels, J.T.*, 2018, 945-958, spec. 949-51

<sup>19</sup> I testi si leggono sul sito Web dell'AISA all'URL: <http://aisa.sp.unipi.it/attivita/diritto-di-ripubblicazione-in-ambito-scientifico/testi-di-riferimento/>.

positivamente il vaglio dei revisori ma che non ha ancora assunto la veste grafica dell'editore.

- D) Momento in cui si può iniziare a esercitare il diritto. Le normative riguardano, per la maggior parte, le opere precedentemente pubblicate in accesso chiuso. La legge francese prende in considerazione anche il caso della pubblicazione nativa in OA, consentendo immediatamente all'autore di metterla a disposizione del pubblico in altra sede ad accesso aperto. La finalità è quella di consentire il deposito in archivi ad accesso aperto. Ad esempio, un articolo scientifico appare il tal giorno nella rivista OA X, l'autore ha il diritto di depositare l'articolo lo stesso giorno nell'archivio ad accesso aperto Y<sup>20</sup>. Per le pubblicazioni apparse precedentemente in accesso chiuso, le normative prevedono dilazioni che si basano su clausole generali, come "dopo un ragionevole periodo di tempo" (è la scelta dei Paesi Bassi), o termini fissi: nel caso della Germania, un anno dopo la pubblicazione ad accesso chiuso, nel caso della Francia e del Belgio sei mesi o dodici mesi a secondo dell'area scientifica.
- E) Finalità dell'esercizio del diritto. Alcune normative, la tedesca e la francese, hanno optato per l'indicazione esplicita della finalità a cui deve essere rivolto l'esercizio del diritto: lo scopo non deve essere di natura commerciale.
- F) Formato del file che contiene la pubblicazione. Solo la normativa francese obbliga all'uso di un formato aperto. La legge però non spiega cosa debba intendersi in questo contesto per formato aperto.
- G) La fonte della prima pubblicazione. Tutte le leggi, tranne quella francese, obbligano l'autore e indicare la prima fonte della pubblicazione.
- H) Tipologia del diritto (facoltà) di esclusiva. Tutte le leggi definiscono il diritto di sfruttamento economico come "diritto di messa a disposizione del pubblico" con riferimento alla terminologia del diritto d'autore dell'Unione Europea e in particolare a quella utilizzata nell'art. 3 (diritto di comunicazione al pubblico) direttiva 29/2001 sul diritto d'autore nella società dell'informazione. Il diritto di messa a disposizione del pubblico (su Internet) è parte del diritto di comunicazione al pubblico e si distingue dal diritto di pubblicazione (a stampa). Alcune norme – quella francese e quella belga – aggiungono che la messa a disposizione del pubblico deve avvenire in forma gratuita. Come si è anticipato nel paragrafo introduttivo, limitando al solo diritto di messa a disposizione del pubblico il meccanismo normativo, non è possibile agevolare l'uso di licenze molto ampie come le Creative Commons che spaziano dal diritto di riproduzione a quello di elaborazione dell'opera. In definitiva, questo dispositivo normativo non è strumentale all'attuazione dell'accesso aperto in senso stretto (c.d. Libre Open Access), ma solo a quello che viene chiamato Gratis Open Access o Public Access.

---

<sup>20</sup> Il diritto di mettere a disposizione del pubblico in accesso aperto è rilevante anche nel caso delle pubblicazioni in OA nativo, in quanto consente di moltiplicare l'accessibilità e offre maggiori garanzie di conservazione del tempo. La ridondanza dei dati sembra dare, infatti, più opportunità di conservazione a lungo termine.

- D) Natura del diritto e della norma. Tutte le norme hanno natura imperativa e mirano a neutralizzare accordi con gli editori che divergano dalle prescrizioni di legge. Alcune disposizioni specificano che si tratta di un diritto irrinunciabile (quelle olandesi e belghe), altre determinano l'inalienabilità del diritto (sono le norme francesi e belghe le quali affermano che l'eventuale cessione del diritto all'editore è priva di effetto). La norma francese esplicita poi che si tratta di disposizione di ordine pubblico. Tali caratteristiche sembrano avvicinare il diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera scientifica al diritto morale d'autore.
- L) Legge applicabile. Due normative – l'olandese e la belga – contengono disposizioni di diritto internazionale privato sulla legge applicabile. Il legislatore si è posto un problema assai rilevante. Il diritto d'autore è disciplinato in base al principio della territorialità. La legge nazionale dispiega efficacia sul territorio in riferimento al quale il singolo stato esercita la propria sovranità. Esistono convenzioni e trattati internazionali che avvicinano le legislazioni degli stati, ma si è ben lungi da un regime internazionale armonizzato. Da sempre le opere dell'ingegno viaggiano oltre i confini nazionali. Il processo di circolazione è stato poi potenziato in modo esponenziale dall'avvento di Internet. Il diritto d'autore sulle opere scientifiche pone rilevanti questioni di diritto internazionale privato (conflitto di leggi). La materia è assai complicata in quanto non esistono strumenti normativi internazionali e nazionali che individuino un criterio unico per la determinazione della legge nazionale applicabile a tutti i profili del diritto d'autore: titolarità (e altri aspetti del diritto), obbligazioni contrattuali, obbligazioni non contrattuali derivanti da illeciti (violazioni del diritto d'autore)<sup>21</sup>.

Con riferimento alle norme che disciplinano il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto il problema più rilevante sembra porsi per la disciplina dei contratti che trasferiscono i diritti patrimoniali (cessioni e licenze). Le norme, infatti, hanno natura imperativa e incidono sulla libertà dei contraenti di trasferire in via esclusiva e definitiva (cessione) il diritto di messa a disposizione del pubblico dall'autore all'editore della prima pubblicazione.

I contratti tra autori ed editori scientifici hanno sovente natura internazionale: ad esempio autore ed editore appartengono a Paesi differenti. L'editore, facendo leva sul proprio potere contrattuale, potrebbe voler sottoporre il contratto a una legge di un Paese differente da quello che ha emanato la norma che istituisce il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto. In ambito europeo il principio generale che governa la materia è quello della libertà delle parti di scegliere la legge applicabile al contratto. Il principio è sancito dall'art 3, par. 1-2 del regolamento UE 593/2008 (Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

---

<sup>21</sup> V., per i primi riferimenti al diritto europeo, A. Kur, T. Dreier, *Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2013, 516 ss. Per alcune indicazioni comparatistiche relative a Stati Uniti e Unione Europea v. J.C. Ginsburg, E. Treppoz, *International Copyright Law: U.S. and E.U. Perspectives. Text and Cases*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2015, 662 ss.



Ad esempio, un autore olandese accetta la clausola, predisposta dall'editore inglese, che sottopone il contratto alla legge inglese la quale non prevede il diritto di messa a disposizione del pubblico a favore dell'autore.

I legislatori olandese e belga hanno voluto contrastare il potere contrattuale dell'editore con norme *ad hoc*. Peraltro, le disposizioni che regolano il diritto di messa a disposizione del pubblico sembrano rappresentare norme di applicazione necessaria in base all'art. 9 del regolamento (Roma I)<sup>22</sup>. La norma di applicazione necessaria è un particolare tipo di norma che si applica allo specifico aspetto del contratto che essa disciplina, anche qualora per il resto degli aspetti il contratto sia disciplinato dalla legge di un altro Paese<sup>23</sup>.

Inoltre, il regolamento Roma I contiene un'importante disposizione che impedisce alle parti di un contratto che non abbia carattere internazionale di aggirare le norme imperative attraverso la scelta di una legge straniera quale legge applicabile<sup>24</sup>. Ad esempio, un editore e un autore olandesi scelgono come legge applicabile al loro contratto la legge inglese. In questo caso, il contratto non sfugge all'applicazione delle norme imperative della legge olandese. La norma olandese e quella belga hanno formulazioni diverse. L'olandese dispone che: *"a prescindere dalla legge che disciplina l'accordo, si applicano le disposizioni normative se:*

- a) *in assenza di una scelta di legge, il contratto sarebbe regolato dalla legge olandese, o;*
- b) *gli atti di sfruttamento si svolgono o dovrebbero svolgersi interamente o prevalentemente nei Paesi Bassi"*<sup>25</sup>.

La norma belga invece dispone quanto segue:

<sup>22</sup> Il carattere di norma di applicazione necessaria non è incontrovertito con riferimento alla norma olandese. Non ne dubita L. Guibault, *Back on the Green Road: How Imperative are Imperative Rules?*, in Kluwer Copyright Blog, April 19, 2015, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/04/19/back-on-the-green-road-how-imperative-are-imperative-rules/>. Ma sul punto v. anche Visser, *The Open Access provision in Dutch copyright contract law*, cit., 4-7. Peraltro, anche se le norme fossero giudicate riconducibili alla categoria delle norme di applicazione necessaria sussisterebbero rischi per l'autore. Visser – pp. 5-6 - così si esprime al riguardo: "If a foreign publisher chooses the jurisdiction of a foreign court, in addition to choosing foreign law, it remains to be seen whether that foreign court will also find that the Dutch open access provision is an 'overriding mandatory provision' that prevails. If there are elements connecting the agreement with countries outside the EU, e.g. because the publisher is based in the US, and American law has been chosen as the governing law and jurisdiction has been conferred on American courts, Dutch law and the open access clause do in any event not apply. Once more, it seems quite unlikely that a foreign publisher would issue proceedings against a Dutch scientific author or a Dutch university because an article has wrongly been placed in open access, though this possibility cannot be ruled out".

<sup>23</sup> L'art. 9, par. 1, del regolamento 593/2008 (Roma I) così si recita: "1. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento".

<sup>24</sup> Si tratta dell'art. 3, par. 3, del regolamento 593/2008 (Roma I): "3. Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente".

<sup>25</sup> Traduzione italiana a cura dell'AISA: <http://aisa.sp.unipi.it/attivita/diritto-di-ripubblicazione-in-ambito-scientifico/testi-di-riferimento/>.

*“Questo diritto è imperativo ed è da applicarsi nonostante il diritto scelto dalle parti fin tanto che un punto di collegamento è localizzato in Belgio”<sup>26</sup>.*

La norma belga sembra più protettiva degli interessi dell'autore e funzionale all'obiettivo di realizzare l'accesso aperto. Allarga il novero delle ipotesi nelle quali la legge belga risulta essere la legge applicabile. Basta infatti che anche un solo punto di collegamento sia localizzato in Belgio.

M) Natura retroattiva. Solo una legge, quella belga, ha un'esplicita natura retroattiva. Essa precisa che la disposizione normativa si applica anche alle opere create prima dell'entrata in vigore della legge e non cadute, in quel momento, nel pubblico dominio.

N) Coautorialità. Nella prassi contemporanea della comunicazione della scienza è molto frequente che la pubblicazione esca a firma di più autori. In alcune discipline vi sono pubblicazioni che sono firmate da decine o centinaia di nomi diversi. È anche molto frequente che gli autori abbiano nazionalità diverse. Solo la legge francese prende in considerazione il problema della coautorialità, e sottopone l'applicabilità del diritto all'accordo dei coautori.

Al fine di facilitare la comparazione sinottica tra le diverse normative si riporta qui di seguito uno specchietto che evidenzia le principali analogie e differenze delle disposizioni.

	Germania	Paesi Bassi	Francia	Belgio
<b>Finanziamento</b>	Un'attività di ricerca finanziata almeno per metà da fondi pubblici	Ricerca finanziata interamente o parzialmente da fondi pubblici olandesi	Un'attività di ricerca finanziata almeno per metà da dotazioni di stato, di enti territoriali o di istituzioni pubbliche, da sovvenzioni di agenzie di finanziamento nazionali o da fondi dell'Unione europea	Una ricerca finanziata almeno per metà da fondi pubblici

<sup>26</sup> Traduzione italiana a cura dell'AISA: <http://aisa.sp.unipi.it/attivita/diritto-di-ripubblicazione-in-ambito-scientifico/testi-di-riferimento/>.

<b>Genere letterario</b>	Contributo scientifico pubblicato in un'opera collettiva che esce periodicamente almeno due volte l'anno	Breve opera scientifica	Testo scientifico pubblicato in un periodico che esce almeno una volta all'anno	Articolo scientifico [destinato a essere pubblicato su un periodico]
<b>Versione del testo</b>	Manoscritto accettato [per la pubblicazione]	NON SPECIFICATA	L'ultima versione del suo manoscritto accettata per la pubblicazione	Manoscritto
<b>Momento in cui si può iniziare a esercitare il diritto</b>	Dopo la scadenza di dodici mesi dalla prima pubblicazione	Dopo un ragionevole periodo decorrente dalla prima pubblicazione	Dal momento in cui l'editore stesso la mette gratuitamente a disposizione per via digitale o, [qualora non si questa l'ipotesi], alla scadenza di una dilazione a decorrere dalla data della prima pubblicazione: massimo sei mesi per una pubblicazione nell'ambito delle scienze, della tecnica e della medicina, e di dodici mesi in quello delle scienze umane e sociali.	Dopo una dilazione di dodici mesi per le scienze umane e sociali e di sei mesi per le altre scienze
<b>Finalità dell'esercizio del diritto</b>	Scopo non commerciale	NON SPECIFICATA	La versione [dell'opera] messa a disposizione del pubblico non può essere oggetto di uno sfruttamento nell'ambito di un'attività editoriale a carattere commerciale	NON SPECIFICATA

<b>Formato</b>	NON SPECIFICATO	NON SPECIFICATO	Formato aperto	NON SPECIFICATO
<b>Indicazione della fonte della prima pubblicazione</b>	La fonte della prima pubblicazione deve essere indicata	La fonte della prima divulgazione è chiaramente indicata	NON SPECIFICATA	Deve essere menzionata la prima fonte di pubblicazione
<b>Tipologia del diritto (facoltà) di esclusiva</b>	Diritto di mettere a disposizione del pubblico	Diritto di mettere a disposizione del pubblico	Diritto di mettere a disposizione gratuitamente in un formato aperto, per via digitale	Diritto di mettere a disposizione gratuitamente al pubblico
<b>Natura del diritto e della norma</b>	Un accordo divergente [dalla norma] a detrimento dell'autore è senza effetto.	Diritto irrinunciabile	Il diritto sussiste anche dopo aver accordato diritti esclusivi a un editore. Le disposizioni normative sono d'ordine pubblico e ogni clausola a esse contraria è considerata nulla.	Il diritto sussiste anche dopo aver ceduto diritti esclusivi a un editore. Il diritto è irrinunciabile

<b>Legge applicabile</b>		A prescindere dalla legge che disciplina l'accordo, si applicano le disposizioni normative se: a) in assenza di una scelta di legge, il contratto sarebbe regolato dalla legge olandese, o; b) gli atti di sfruttamento si svolgono o dovrebbero svolgersi interamente o prevalentemente nei Paesi Bassi	NON SPECIFICATA	Il diritto alla messa a disposizione del pubblico sussiste nonostante il diritto scelto dalle parti fin tanto che un punto di collegamento è localizzato in Belgio
<b>Natura retroattiva</b>	NON SPECIFICATA	NON SPECIFICATA	NON SPECIFICATA	La norma è retroattiva: si applica anche alle opere create prima dell'entrata in vigore della legge e non cadute, in quel momento, nel pubblico dominio
<b>Coautorialità</b>	Non specificata	Non specificata	Sottopone l'applicabilità del diritto all'accordo di eventuali coautori	Non specificata

## 5. La proposta dell'Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta

L'Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta (AISA) è un'associazione non riconosciuta che opera per finalità estranee al profitto<sup>27</sup>. È nata il 3 marzo del 2015 con lo scopo di promuovere in Italia la scienza aperta. Si compone di studiosi della materia, università ed enti di ricerca nonché editori innovativi che praticano l'Open Access.

Tra le iniziative messe in campo dell'associazione figura una proposta di modifica della legge sul diritto d'autore. La proposta, idealmente indirizzata ai decisori istituzionali – in particolare, al Parlamento della Repubblica italiana –, è finalizzata a inserire nella legge sul diritto d'autore un nuovo articolo, il 42-bis, contenente una disposizione normativa ricalcata sui modelli legislativi illustrati nel precedente paragrafo.

Come si accennato nell'*incipit* di questo scritto, il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto mira a ripristinare, nella dimensione di Internet, la libertà di circolazione degli articoli scientifici che nella prima fase storica del diritto d'autore non subiva compressioni da parte del diritto di esclusiva<sup>28</sup>.

È noto che le prime leggi sul copyright e sul diritto d'autore del '700 coprivano solo una ristretta cerchia di tipologie di opere. Di fatto, vigeva un regime di libera riproduzione degli articoli apparsi nelle riviste scientifiche.

Nel periodo di maturazione del diritto d'autore, durante il XIX secolo, l'esclusiva è giunta a proteggere anche giornali e riviste come opere collettive. Il lavoro di coordinamento è stato attratto nel raggio di azione del diritto di esclusiva d'autore. Da quel momento in poi sulle opere collettive, come le riviste, la legge sul diritto d'autore ha riconosciuto due diritti di esclusiva: uno sull'opera collettiva (ad esempio, la rivista), l'altro sulle parti che la compongono (ad esempio, gli articoli).

Nel caso dei giornali e delle riviste, gli articoli hanno sempre goduto di un regime speciale. Ad esempio, un trattato bilaterale tra Francia e Inghilterra del 1852 riconosceva la libertà di riprodurre gli articoli (*droit de recopie*)<sup>29</sup>. Il panorama del diritto internazionale mutò con la revisione del 1908 (firmata a Berlino) della Convenzione di Berna del 1886<sup>30</sup>. Tale revisione cancellò la libertà generale di riproduzione degli articoli apparsi su giornali e riviste. Tuttavia, il regime degli articoli e delle notizie è rimasto speciale.

<sup>27</sup> <http://aisa.sp.unipi.it/chi-siamo/>. Lo statuto dell'associazione è accessibile qui: <http://aisa.sp.unipi.it/statuto/>.

<sup>28</sup> P.C. Langlais, *Quand les articles scientifiques ont-ils cessé d'être des communs?*, 11 marzo 2015, <https://scoms.hypotheses.org/409>.

<sup>29</sup> P.C. Langlais, *Quand les articles scientifiques ont-ils cessé d'être des communs?*, cit. Il riferimento è all'art. 9 del trattato bilaterale tra Francia e Inghilterra del 1852.

<sup>30</sup> Sulle vicende che portarono a una disciplina più restrittiva v. la documentata ricostruzione di N. Stolfi, *La proprietà intellettuale*, vol. II, II ed., UTET, Torino, 1917, 681 ss. V., altresì, E. Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore. Commentario alla nuova legge 22 aprile 1941, n. 633*, corredato dei lavori preparatori e di un indice analitico delle leggi interessanti la materia, Torino, UTET, 1943, 374 ss.

L'art. 10 della Convenzione di Berna del 1886 (revisione del 1979) così recita:

*“(1) It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction by the press, the broadcasting or the communication to the public by wire of articles published in newspapers or periodicals on current economic, political or religious topics, and of broadcast works of the same character, in cases in which the reproduction, broadcasting or such communication thereof is not expressly reserved. Nevertheless, the source must always be clearly indicated; the legal consequences of a breach of this obligation shall be determined by the legislation of the country where protection is claimed”.*

La Convenzione lascia all'autonomia degli Stati membri il potere di permettere la riproduzione, la diffusione e la comunicazione al pubblico via cavo di articoli apparsi in quotidiani e periodici. Tuttavia, restringe l'oggetto degli articoli che devono riguardare argomenti di attualità attinenti all'economia, alla politica e alla religione.

L'art. 65, in tema di eccezioni e limitazioni (già libere utilizzazioni), della l. 633/41 così recita:

*“1. Gli articoli di attualità di carattere economico, politico o religioso, pubblicati nelle riviste o nei giornali, oppure radiodiffusi o messi a disposizione del pubblico, e gli altri materiali dello stesso carattere possono essere liberamente riprodotti o comunicati al pubblico in altre riviste o giornali, anche radiotelevisivi, se la riproduzione o l'utilizzazione non è stata espressamente riservata, purché si indichino la fonte da cui sono tratti, la data e il nome dell'autore, se riportato”.*

Inoltre, gli autori degli articoli hanno continuato a godere del “privilegio” di poter riprodurre liberamente i medesimi articoli senza dover chiedere l'autorizzazione al titolare del diritto d'autore dell'opera collettiva (giornale o rivista).

Sul punto le leggi italiane sul diritto d'autore del 1865 e del 1882 contenevano una disciplina identica con riguardo all'opera collettiva (ad esempio, un volume collettaneo o una rivista).

La disposizione normativa dell'art. 7 della legge del 1882 così recitava:

*“La pubblicazione di un lavoro che consti di parti distinte, ma talmente coordinate, che il loro insieme formi un'opera sola, ovvero una raccolta avente uno scopo determinato, conferisce a chi la concepì il diritto esclusivo di riprodurla e di spacciarla.*

*Nondimeno ciascuno degli autori di una delle parti che compongono simili pubblicazioni conserva rispettivamente i suoi diritti sul proprio lavoro, e può riprodurlo separatamente, indicando l'opera o la raccolta donde lo estrae”<sup>31</sup>.*

<sup>31</sup> Sulla disciplina delle opere di compilazione nelle prime leggi unitarie sul diritto d'autore v. E. Piola Caselli, *Del diritto d'autore, in Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di P. Fiore), UTET, Torino, 1907, 225 ss., il quale, con riferimento all'obbligo dei collaboratori di indicare, quando riproducono separatamente i loro lavori, l'opera o raccolta dove furono dapprima inseriti, rileva (p. 229): “Un tale obbligo, che non ha riscontro nelle altre leggi straniere, all'infuori dell'austriaca, imprime ai diritti dei collaboratori un carattere di inferiorità e quasi di subordinazione al diritto del creatore dell'opera complessiva, carattere che non può essere giustificato né giuridicamente, né praticamente, e va, perciò, riguardato come un reliquato storico della tendenza della dottrina francese di misconoscere

Nella successiva riforma generale della materia, il regio decreto legge del 1925, l'art. 17 così si esprimeva:

*“Il diritto di autore su un lavoro che consti di parti distinte, ma talmente coordinate che il loro insieme formi un'opera sola, ovvero di una raccolta avente uno scopo determinato, come enciclopedie, dizionari, riviste ed altre opere analoghe, spetta a chi la concepì o la fondò e la diresse.*

*Tuttavia, ogni collaboratore ha diritto di far apporre il proprio nome alla fine della parte o dell'articolo che compose: egli conserva i suoi diritti sul proprio lavoro e può riprodurlo separatamente, indicando l'opera o la raccolta donde lo estrae”.*

Il disposto normativo del 1925 era formulato in modo assai ampio, tanto ampio da comprendere diversi generi letterari della scienza: voce enciclopedica, articolo su rivista, capitolo di volume collettaneo ecc.

Il diritto di riproduzione – finalizzato alla “ripubblicazione” e alla distribuzione - era sottoposto solo all'obbligo dell'indicazione della fonte.

Nell'ultima riforma generale del diritto d'autore operata dalla l. n. 633 del 1941 la disciplina delle opere collettive, riviste e giornali è contenuta, oltre che nelle norme di ordine generale poste dagli art. 3 e 7, anche nella sezione II del capo IV del titolo I. Sono dunque gli articoli che vanno dal 38 al 43 che contengono la regolamentazione di dettaglio.

La norma generale è quella posta dall'art. 38<sup>32</sup>:

*“Nell'opera collettiva, salvo patto in contrario, il diritto di utilizzazione economica spetta all'editore dell'opera stessa, senza pregiudizio del diritto derivante dall'applicazione dell'art. 7.*

*Ai singoli collaboratori dell'opera collettiva è riservato il diritto di utilizzare la propria opera separatamente, con la osservanza dei patti convenuti, e in difetto, delle norme seguenti”.*

Tra le norme che seguono l'art. 38 quella che più rileva in questa sede è l'art. 42:

*“L'autore dell'articolo o altra opera che sia stato riprodotto in un'opera collettiva ha diritto di riprodurlo in estratti separati o raccolti in volume, purché indichi l'opera collettiva dalla quale è tratto e la data di pubblicazione.*

---

il carattere autonomo dei diritti medesimi, che è casualmente rimasto nella legge malgrado l'abbandono delle tendenze stessa [note omesse]”; N. Stolfi, *La proprietà intellettuale*, vol. I, II ed., UTET, Torino, 1915, 284 ss., 286-287: “[...] giova ricordare il regolamento dato dalla nostra legge al conflitto tra i diritti dell'autore e quelli del compilatore. L'autore non potrà che pretendere diritti sull'opera da lui creata, cioè potrà riprodurla separatamente dalla raccolta, allorché non ne abbia ceduto il diritto all'editore, come avviene di solito. Spettano invece all'editore o al direttore della raccolta, a colui, cioè, che l'ha concepita ed attuata, i diritti sulla raccolta, intesa essa come legame unico, armonico dei diversi lavori, diretto a raggiungere, attraverso la varietà delle parti di cui consta, uno scopo unitario. [...] La legge italiana si è uniformata a tale principio. Invero, con l'art. 7, ha dato, a chi ha concepito la raccolta, il diritto esclusivo di riprodurla o di spacciarla; e ai singoli autori il diritto di riprodurre separatamente l'opera loro, con l'obbligo di indicare l'opera o la raccolta da cui la estraiono. [note omesse]”.

<sup>32</sup> Sull'art. 38, in riferimento ai diritti dell'autore dei singoli contributi, v., per riferimenti essenziali, E. Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*, cit., 377-379; da ult. P. Galli, in L. C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Wolters Kluwer – CEDAM, Padova, 2016, sub art. 38, 1620 ss.



*Trattandosi di articoli apparsi in riviste o giornali, l'autore, salvo patto contrario, ha altresì il diritto di riprodurli in altre riviste o giornali”.*

Il testo della norma è rimasto intatto ed è quello attualmente vigente. Rispetto alla norma del 1925, quella del 1941 sembra restringere i margini di libertà dell'autore del contributo all'opera collettiva. Finalizza la riproduzione all'utilizzo di certe modalità di circolazione: estratti separati o raccolti in volume. Per gli articoli in riviste e giornali rende esplicita la derogabilità del disposto mediante patto contrario e limita le sedi dove è possibile riprodurre: riviste e giornali<sup>33</sup>.

A fronte di questo quadro storico, AISA ha proposto di rafforzare i diritti degli autori di opere scientifiche. La *ratio* della proposta sta nella convinzione che gli autori scientifici abbiano bisogno più di diritti che di obblighi. In questa prospettiva, si spiega l'obiettivo di estendere la libertà dell'autore di opere scientifiche.

Una bozza della proposta è stata pubblicata sul sito Web dell'associazione ed è stata esposta a commenti e critiche di chiunque fosse a conoscenza dell'iniziativa e intenzionato a dialogare pubblicamente con l'associazione<sup>34</sup>. Questo era il testo della bozza:

*“Art. 42-bis (l. 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)*

*1. L'autore di un articolo o di un altro contributo scientifico che sia stato riprodotto in un'opera collettiva, come una rivista scientifica o un libro collettaneo, risultato di una ricerca interamente o parzialmente finanziata con fondi pubblici ha il diritto, dopo un periodo di tempo ragionevole e comunque non superiore a un anno dalla prima pubblicazione, di riprodurre, distribuire e mettere a disposizione gratuita del pubblico la medesima opera indicando gli estremi della prima pubblicazione.*

*2. Le disposizioni del presente articolo sono di ordine pubblico e ogni clausola contrattuale a esse contraria è nulla”.*

A seguito dei commenti ricevuti, AISA ha pubblicato la versione definitiva della proposta<sup>35</sup>:  
*“Art. 42-bis (l. 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio)*

<sup>33</sup> Sulla disciplina vigente v. E. Piola Caselli, *Codice del diritto d'autore*, cit., 382-383: *“I lavori preparatori della legge avevano condotto a sottoporre questo diritto [di cui all'art. 42] a taluni termini per farlo valere. Il disegno ministeriale richiedeva, per la riproduzione in altre riviste e giornali stranieri, che fossero decorsi tre mesi dalla prima pubblicazione, ed un mese se si trattava di riproduzione in riviste o giornali. Ma in seno alle commissioni legislative della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, dopo molto discutere in argomento, si finì col sopprimere qualunque termine, mantenendo soltanto la possibilità per la direzione del giornale o della rivista di evitare, con opportune clausole contrattuali, la concorrenza di tali riproduzioni”*; P. Greco – P. Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XI, t. III, UTET, Torino, 1974, 215 ss., 222-223. Da ult. v. P. Galli, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., sub art. 42, 1624.

<sup>34</sup> [http://aisa.sp.unipi.it/attivita/diritto-di-ripubblicazione-in-ambito-scientifico/novella\\_old/](http://aisa.sp.unipi.it/attivita/diritto-di-ripubblicazione-in-ambito-scientifico/novella_old/) La bozza è stata messa a disposizione per commenti e osservazioni dal 3 febbraio 2016 al 19 giugno 2016.

<sup>35</sup> <http://aisa.sp.unipi.it/attivita/diritto-di-ripubblicazione-in-ambito-scientifico/novella/>.

1. *L'autore di un'opera scientifica che sia il risultato di una ricerca interamente o parzialmente finanziata con fondi pubblici, come un articolo, una monografia o un capitolo di un libro, ha il diritto di riprodurre, distribuire e mettere a disposizione gratuita del pubblico la propria opera nel momento in cui l'editore l'abbia messa a disposizione gratuita del pubblico o dopo un ragionevole periodo di tempo, comunque non superiore a un anno, dalla prima pubblicazione. L'autore rimane titolare di tale diritto anche qualora abbia ceduto in via esclusiva i diritti di utilizzazione economica sulla propria opera all'editore o al curatore. L'autore nell'esercizio del diritto indica gli estremi della prima edizione, specificando il nome dell'editore.*

2. *Le disposizioni del primo comma sono di ordine pubblico e ogni clausola contrattuale che limiti il diritto dell'autore è nulla*".

Rispetto alla bozza, la versione finale tutela maggiormente l'autore.

- 1) Sono oggetto della norma tutti i generi letterari di opera scientifica (è compresa anche la monografia). L'espressione "opera scientifica" è abbastanza ampia da includere opere che hanno differenti forme di espressione (testi, audio, video). I generi letterari scientifici stanno rapidamente evolvendo grazie alle tecnologie digitali. Se la ricerca - e dunque l'opera, che costituisce il risultato della ricerca - è stata interamente o parzialmente finanziata con fondi pubblici, non c'è ragione - se non il maggior potere contrattuale dell'editore - che giustifichi la cessione piena ed esclusiva dei diritti dell'autore all'editore. D'altra parte, l'autore normalmente non riceve alcun compenso dall'editore. Nell'ipotesi - ricorrente in Italia nel caso delle monografie delle scienze umane e sociali - in cui l'editore sia pagato *ex ante* (dall'autore o dall'istituzione a cui questi afferisce), lo stesso non sopporta il rischio imprenditoriale dell'invenduto (non lo sopporta per il cartaceo e a maggior ragione non solo sopporta per l'edizione digitale rispetto alla quale non esiste un rischio dell'invenduto). Per l'eventuale parziale investimento dell'editore, la soluzione di compromesso trovata dalla norma sta nella dilazione del momento in cui si può iniziare a esercitare il diritto (ragionevole periodo di tempo non superiore a un anno dalla prima pubblicazione) e nel fatto che la norma limita la sua operatività ad alcuni diritti (riproduzione, distribuzione e messa a disposizione del pubblico).
- 2) Come nel modello olandese, non è indicato un tetto minimo in percentuale dei fondi pubblici. Altre norme straniere, come si è visto, preferiscono quantificare il tetto minimo fissandolo al cinquanta per cento, tuttavia tale precisazione irrigidisce e complica l'applicazione del diritto.
- 3) La norma non è limitata alla facoltà di messa a disposizione del pubblico, ma si estende alle facoltà tipiche del mondo della stampa: riproduzione e distribuzione. Mira quindi a ripristinare, per iniziativa dell'autore, la libera circolazione delle opere scientifiche sia nei canali tradizionali della stampa sia nella dimensione digitale della Rete. La formulazione, però, presenta un punto debole: non nomina il diritto di elaborazione e altri diritti economici come il diritto di esecuzione in pubblico. Ciò rende impossibile concedere al pubblico ampi diritti di riuso come quelli concessi dalle licenze Creative

Commons maggiormente permissive, ad esempio quelle che concedono il diritto di trarre opere derivate.

- 4) L'esercizio del diritto non è sottoposto al requisito dello scopo non commerciale. Secondo alcuni commentatori della bozza di proposta, una tale impostazione estende eccessivamente la libertà dell'autore. L'indicazione dello scopo non commerciale servirebbe a evitare che si crei un mercato secondario in concorrenza del primo editore. Tuttavia, con riferimento alla messa a disposizione del pubblico, l'indicazione dello scopo non commerciale rischia di rendere difficilmente applicabile il diritto con riferimento a siti Internet la cui natura (commerciale o non commerciale) potrebbe risultare non chiara. Ad esempio, se lo scopo non commerciale fosse un prerequisito, l'autore avrebbe il diritto mettere l'opera a disposizione (gratuita) del pubblico mediante caricamento sulla pagina di un social network commerciale?
- 5) La norma rende esplicito il carattere di inalienabilità del diritto: "L'autore rimane titolare di tale diritto anche qualora abbia ceduto in via esclusiva i diritti di utilizzazione economica sulla propria opera all'editore o al curatore".
- 6) La norma chiarisce la sua natura imperativa autodefinendosi, sulla scia del modello francese, di ordine pubblico e sancendo la nullità di ogni clausola contrattuale che limiti il diritto dell'autore. Dalla natura di ordine pubblico discende, con riferimento alla legge applicabile al contratto, che la norma è di applicazione necessaria: se anche la legge applicabile al contratto non fosse quella italiana, il diritto dell'autore, nel caso in cui il contratto presenti un collegamento con la legge italiana, sarebbe salvo.

Il testo della proposta, sicuramente perfettibile, intendeva rappresentare una possibile base di lavoro per decisori istituzionali eventualmente interessati a incidere sulla materia e uno strumento per estendere la discussione pubblica sui diritti degli autori scientifici.

## 6. La proposta parlamentare di riforma della disciplina legislativa italiana dell'Open Access

Il 27 marzo 2018 il Deputato Luigi Gallo del Movimento Cinque Stelle, Presidente della Commissione Cultura della Camera dei Deputati, ha presentato la proposta n. 395 intitolata "Modifiche all'articolo 4 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112, in materia di accesso aperto all'informazione scientifica"<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> La scheda della proposta con tutti i dettagli l'iter parlamentare si legge qui: <http://www.camera.it/leg18/126?tab=&leg=18&idDocumento=0395>. La proposta è, nel momento in cui si scrive, all'esame del Senato. Le coordinate sono "Disegno di legge n. 1146, Modifiche all'articolo 4 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112, nonché introduzione dell'articolo 42-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di accesso aperto all'informazione scientifica": <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51466.htm>.

La proposta mira a rafforzare le politiche italiane in materia di accesso aperto, modificando la legge del 2013 che fino a oggi ha sortito ben pochi risultati.

L'art. 4 del d.l. n. 91 del 2013, Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo, nella versione definitiva risultante dalla conversione in legge<sup>37</sup>, così recita:

*“2. I soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica adottano, nella loro autonomia, le misure necessarie per la promozione dell'accesso aperto ai risultati della ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici, quando documentati in articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico che abbiano almeno due uscite annue. I predetti articoli devono includere una scheda di progetto in cui siano menzionati tutti i soggetti che hanno concorso alla realizzazione degli stessi. L'accesso aperto si realizza:*

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

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

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

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

*4. Dall'attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le pubbliche amministrazioni interessate provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente”.*

<sup>37</sup> Il testo iniziale del comma 2 era il seguente: “2. Le pubblicazioni che documentano i risultati di ricerche finanziate per una quota pari o superiore al cinquanta per cento con fondi pubblici, indipendentemente dal formato della prima pubblicazione e dalle modalità della sua distribuzione o messa a disposizione del pubblico, devono essere depositate, non oltre sei mesi dalla pubblicazione, in archivi elettronici istituzionali o di settore, predisposti in modo tale da garantire l'accesso aperto, libero e gratuito, dal luogo e nel momento scelti individualmente, l'interoperabilità all'interno e all'esterno dell'Unione Europea e la conservazione a lungo termine in formato elettronico. I soggetti preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti adottano le misure necessarie per l'attuazione dell'accesso aperto ai risultati della ricerca finanziata con fondi pubblici”.

Queste norme avrebbero dovuto rappresentare uno strumento per adeguare l'Italia alla raccomandazione della Commissione sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione (2012/417/UE) del 17 luglio 2012, di recente sostituita dalla raccomandazione della Commissione sull'accesso all'informazione scientifica e sulla sua conservazione (2018/790) del 25 aprile 2018.

Esse costituiscono norme obbligatorie (“adottano” significa “devono adottare”) perché vincolano, pur nel rispetto dell'autonomia, i “soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica”. Programmatiche perché il vincolo attiene all'attuazione delle “misure necessarie per la promozione dell'accesso aperto”. La legge si rivolge non solo ai soggetti finanziati ma altresì ai finanziatori. In particolare, il riferimento implicito è soprattutto al Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca (MIUR) e alla sua attività di finanziamento della ricerca di università ed enti.

Peraltro, si tratta di armi spuntate, in quanto tali obblighi non sono assistiti da un apparato sanzionatorio né da investimenti pubblici per lo sviluppo dell'OA.

Per quanto attiene alla ripubblicazione in archivi istituzionali e disciplinari (via verde all'OA), i termini massimi (diciotto e ventiquattro mesi) per la ripubblicazione sono frutto evidentemente del *lobbying* di una parte dell'editoria e si pongono oltre i parametri fissati dalla raccomandazione UE (sei e dodici mesi) nonché oltre tutti i limiti temporali rinvenibili nei modelli di riferimento.

Il comma 2-*bis* sancisce la non applicabilità delle disposizioni precedenti (cioè il comma 2) “quando i diritti sui risultati delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione godono di protezione ai sensi del codice di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale)”.

È una norma priva di senso. Infatti, il comma 2 restringe l'applicazione della norma “ai risultati della ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici, quando documentati in articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico che abbiano almeno due uscite annue”. “Quando documentati in articoli pubblicati” è espressione che inequivocabilmente si riferisce a un momento in cui la scelta della pubblicazione è stata già effettuata. La regolamentazione riguarda pubblicazioni rispetto alle quali l'opzione pubblicare e distruggere la novità brevettuale o mantenere riservati i risultati della ricerca per conservare la possibilità di brevettare è stata sciolta nel senso della pubblicazione<sup>38</sup>.

Tra i pochi risultati sortiti da questa regolamentazione, si possono annoverare l'accelerazione del processo che ha condotto un numero crescente di università ed enti di ricerca a dotarsi di una propria policy sull'accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche<sup>39</sup>, e le

---

<sup>38</sup> V. *supra* nota 14.

<sup>39</sup> Per un elenco delle politiche sull'accesso aperto v. il sito dell'AISA: <http://aisa.sp.unipi.it/politiche/>.

disposizioni di alcuni bandi ministeriali che impongono ai soggetti finanziati l'accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche<sup>40</sup>.

Ovviamente, la proliferazione di policy e obblighi (privi di sanzione), senza una politica generale sull'accesso aperto, non poteva condurre a una rapida crescita dell'OA.

Ad esempio, il riempimento degli archivi istituzionali delle università, in base ai pochi dati a disposizione<sup>41</sup>, procede a rilento e non è paragonabile al successo che sembrano incontrare – a dispetto delle molte controindicazioni<sup>42</sup> – i social network scientifici come Academia.edu e ResearchGate.

Muovendo dalla corretta (e implicita) premessa che la legge del 2013 era stata mal concepita e peggio scritta, la proposta Gallo si propone di migliorare il quadro legislativo<sup>43</sup>.

Tuttavia, anche la formulazione iniziale della proposta Gallo presentava diversi punti deboli e poco chiari.

In questo scritto mi soffermo solo sugli aspetti riguardanti il diritto d'autore.

L'iniziale formulazione del testo prevedeva l'inserimento di una norma destinata a incidere sul contratto di edizione tra editore e autore:

*“È nullo il contratto di edizione se l'editore della pubblicazione realizzata secondo le modalità di cui al comma 2, lettera a), ha ceduto il diritto di sfruttamento a terzi. Il contratto di edizione è altresì nullo se uno o più autori della pubblicazione realizzata secondo le modalità di cui al comma 2, lettera b), hanno ceduto il diritto di sfruttamento esclusivo al curatore o all'editore della prima pubblicazione”.*

Sebbene si potesse intuire l'intenzione del legislatore – proteggere l'autore scientifico –, la disposizione normativa era poco chiara e soprattutto poco efficace<sup>44</sup>. Non basta intervenire

<sup>40</sup> V., in particolare, l'art. 7 del decreto direttoriale 4 novembre 2015 n. 2488 del MIUR (Bando PRIN 2015) <http://attiministeriali.miur.it/anno-2015/novembre/dd-04112015.aspx>: “1. Ciascun responsabile di unità deve garantire l'accesso aperto (accesso gratuito on-line per qualsiasi utente) a tutte le pubblicazioni scientifiche ‘peer-reviewed’ relative ai risultati ottenuti nell'ambito del progetto, secondo quanto previsto dall'art. 4, commi 2 e 2 bis, del decreto legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112. 2. Il rispetto di quanto indicato al comma 1 del presente articolo non incide su eventuali obblighi di riservatezza, nonché sugli obblighi relativi alla tutela dei dati personali, ognuno dei quali resta impregiudicato. 3. Come eccezione, i responsabili di unità sono esentati da assicurare l'accesso aperto a parti specifiche dei propri dati di ricerca, se l'accesso aperto a tali dati dovesse compromettere il raggiungimento del principale obiettivo della ricerca stessa”. V., da ult., la disciplina della nuova VQR: Decreto Ministeriale n.1110, art. 1 c. 3, del 29-11-2019, Linee guida per la valutazione della qualità della ricerca (VQR) 2015 - 2019.

<sup>41</sup> P. Gargiulo, *L'implementazione degli archivi aperti della ricerca negli atenei italiani: criticità e prospettive future, relazione al convegno “Not for profit: il ruolo dell'università e la scienza aperta”*, 25 ottobre 2018, Università di Trento, [https://webmagazine.unitn.it/alfresco/download/workspace/SpacesStore/e4a177c0-2907-4781-90b2-960bdbbfade9/PGargiulo\\_Trento251018.pptx](https://webmagazine.unitn.it/alfresco/download/workspace/SpacesStore/e4a177c0-2907-4781-90b2-960bdbbfade9/PGargiulo_Trento251018.pptx); Università di Milano, Commissione di Ateneo per l'Open Science, Relazione annuale 2018, Milano, 2019, [http://www.unimi.it/cataloghi/unicom/Scienza%20aperta\\_relazione%20annuale%202018.pdf](http://www.unimi.it/cataloghi/unicom/Scienza%20aperta_relazione%20annuale%202018.pdf); F. Valentini, Open Access: l'esperienza di Unitn (2003-2016), 25 ottobre 2016, <https://r.unitn.it/filesresearch/images/download/unitn-0a-2003-2016.pdf#overlay-context=it/ateneo/open-access/numeri-e-statistiche>.

<sup>42</sup> P. Galimberti, Social networks vs. Institutional repositories, in *Roars*, 26 gennaio 2016, <https://www.roars.it/online/social-networks-vs-institutional-repositories/>.

<sup>43</sup> M.C. Pievatolo, *Agorà o museo? Una proposta di legge per l'accesso aperto*, cit.

<sup>44</sup> Cfr. Pievatolo, *Agorà o museo? Una proposta di legge per l'accesso aperto*, cit.

sul contratto, ma occorre intervenire anche e preliminarmente sul diritto dell'autore<sup>45</sup>. Inoltre, il legislatore presupponeva che i contratti tra editori e autori scientifici siano sempre qualificabili come contratto di edizione. Il punto non è invece da dare per scontato. La prassi negoziale corrente vede, infatti, l'editore impegnato nel tentativo di stipulare contratti atipici che si distaccano dallo schema legislativo del contratto di edizione e puntano a realizzare una cessione piena ed esclusiva dei diritti economici da parte dell'autore<sup>46</sup>.

Il legislatore ha deciso di aprire una discussione con molti soggetti potenzialmente interessati alla normativa. Sono state effettuate alcune audizioni informali presso la Commissione Cultura della Camera dei Deputati. È stata sentita anche l'AISA<sup>47</sup>. Tra le osservazioni presentate dall'AISA figurava anche il suggerimento di inserire un emendamento che accogliesse l'idea di modificare la legge sul diritto d'autore al fine di riconoscere all'autore un diritto di "ripubblicazione" (cioè di messa a disposizione del pubblico) in accesso aperto dell'opera scientifica.

Il suggerimento dell'AISA è stato accolto. Un emendamento alla proposta determina la modifica della legge n. 633 del 1941 (legge sul diritto d'autore) con l'inserimento dell'art. 42-bis. Nel testo approvato dell'Assemblea della Camera dei Deputati l'art. 1, comma 2, della proposta (ora all'esame del Senato):

"2. Dopo l'articolo 42 della legge 22 aprile 1941, n. 633, è inserito il seguente:

*«Art. 42-bis. – 1. L'autore di un'opera scientifica pubblicata in un periodico, che sia il risultato di una ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici, ha il diritto, purché senza fini commerciali, di renderla disponibile gratuitamente al pubblico nella rete internet, in archivi elettronici istituzionali o disciplinari, con accesso aperto, dopo che essa è stata messa a disposizione gratuita del pubblico dall'editore o comunque dopo non più di sei mesi dalla prima pubblicazione, quando si tratta di opere nelle aree disciplinari scientifiche, tecniche e mediche, e dopo non più di un anno, quando si tratta di opere nelle aree disciplinari umanistiche e delle scienze sociali. Nell'esercizio del predetto diritto l'autore indica gli estremi della prima edizione, specificando il nome dell'editore.*

<sup>45</sup> Non è casuale che i modelli legislativi stranieri illustrati in questo scritto, si muovano nel senso auspicato nel testo. Le norme cambiano la natura del diritto di messa a disposizione del pubblico nel settore specifico delle opere scientifiche trasformandolo in una sorta di diritto morale inalienabile e (nei modelli olandese e belga) irrinunciabile. Sono norme di carattere imperativo alle quali si riconnette la nullità testuale del contratto di cessione del diritto.

<sup>46</sup> Che l'utilizzo di schemi contrattuali atipici sia idoneo ad aggirare la disciplina legislativa del contratto di edizione prevista dalla l. 633/1941 è discusso in dottrina. V. M. Bertani, La disciplina del contratto di edizione nell'ordinamento italiano, 2009, [http://www.dsgpriv.unifg.it/dwn/ricerca/crui\\_siae/Michele\\_Bertani\\_\\_La\\_disciplina\\_del\\_contratto\\_di\\_edizione\\_nellordinamento\\_italiano.pdf](http://www.dsgpriv.unifg.it/dwn/ricerca/crui_siae/Michele_Bertani__La_disciplina_del_contratto_di_edizione_nellordinamento_italiano.pdf): "Nel disegno del legislatore del 1941 il tipo qui considerato appare d'altro canto come uno schema inderogabile per conseguire l'effetto di costituire in capo all'editore un potere di sfruttamento dell'opera a stampa opponibile erga omnes, poiché in mancanza di previsioni normative analoghe a quelle (che vedremo essere) previste per il contratto di edizione gli schemi atipici elaborati dalla prassi negoziale (e tra questi soprattutto la semplice licenza di utilizzazione dell'opera) sono inadeguati a provocare questo effetto di acquisto derivativo-costitutivo" [note omesse].

<sup>47</sup> Le audizioni informali sono accessibili qui: <http://www.camera.it/leg18/126?tab=4&leg=18&idDocumento=395&sede=a&tipo=>

2. *L'autore rimane titolare del diritto di cui al comma 1 anche nel caso in cui abbia ceduto in via esclusiva i diritti di utilizzazione economica della propria opera all'editore o al curatore. Le clausole contrattuali pattuite in violazione di quanto disposto dal comma 1 sono nulle».*

La formulazione ricalca per molti versi quella suggerita dall'AISA, ma se ne distacca per alcuni cruciali aspetti.

- i) **Finanziamento.** Si preferisce indicare, sulla scia del modello dominante, un tetto percentuale “una ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici” invece di far leva sul più flessibile parametro della “ricerca interamente o parzialmente finanziata con fondi pubblici”.
- ii) **Genere letterario.** Si restringe notevolmente il campo di applicazione. Mentre la proposta dell'AISA parlava di “opera scientifica”, la proposta parlamentare preferisce riferirsi alla sola “opera scientifica pubblicata in un periodico”. Come sopra rilevato, questa restrizione del campo di applicazione è miope – perché l'opera scientifica è destinata a evolversi in nuovi e molteplici generi letterari e di comunicazione – nonché priva di una ragione giustificativa, in quanto il compromesso con le istanze degli editori è nei termini di embargo e nella restrizione dell'operatività del meccanismo al solo diritto di messa a disposizione del pubblico.
- iii) **Momento in cui si può iniziare a esercitare il diritto.** Rispetto alla proposta dell'AISA la scelta del legislatore italiano è, nel caso delle opere precedentemente pubblicate in accesso chiuso, di ricalcare il modello francese.
- iv) **Finalità dell'esercizio del diritto.** L'autore “ha il diritto, purché senza fini commerciali”. La proposta sceglie di limitare la libertà dell'autore escludendo i fini commerciali. I dubbi già avanzati in questo scritto riaffiorano. Se nell'archivio ci fosse pubblicità commerciale l'esercizio del diritto sarebbe impedito? Si può mettere a disposizione del pubblico l'opera all'interno di un social network commerciale?
- v) **Tipologia del diritto (facoltà) di esclusiva.** Il testo parla di “rendere disponibile al pubblico gratuitamente”, allude perciò alla messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, compresa nel diritto di comunicazione al pubblico di cui all'art. 16 della l. 633/41 che, nell'attuale formulazione, deriva dall'art. 3 della direttiva 29/2001 sul diritto d'autore nella società dell'informazione. Anche su questo profilo, vi è una restrizione del campo di applicazione rispetto alla proposta dell'AISA che si estende ai diritti di riproduzione e distribuzione.
- vi) **Natura del diritto e della norma.** In base alla proposta della Camera il diritto dell'autore è inalienabile e la natura della norma è imperativa come si evince dalla nullità comminata alle clausole (patti) contrattuali divergenti. La formulazione proposta dall'AISA è maggiormente precisa e incisiva. Dichiara esplicitamente, sulla scia del modello francese, che si tratta di “norma di ordine pubblico” e riconnette la nullità a clausole che abbiano lo scopo di restringere il diritto dell'autore: “ogni clausola contrattuale che limiti il diritto dell'autore è nulla”.



## 7. Liberare le opere scientifiche: alternative al diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto

Il diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto è una soluzione di compromesso che guarda non solo agli interessi degli autori di opere scientifiche e allo sviluppo del Gratis Open Access attraverso la via verde, ma anche alle istanze degli editori commerciali. Non è una soluzione estrema, ma al contrario assai equilibrata. Per rendersene conto è sufficiente esplorare rapidamente le alternative che sono state immaginate. Una prima opzione legislativa fu avanzata negli Stati Uniti nel 2003 al fine di escludere dalla protezione del copyright le opere scientifiche che siano frutto di ricerche *substantially funded* dal governo federale<sup>48</sup>.

La proposta fu criticata anche dalla dottrina favorevole all'Open Access e contraria all'assetto corrente – sbilanciato a favore degli intermediari commerciali – delle leggi sul copyright. Alcune delle critiche misero in evidenza che il rimedio poteva rivelarsi peggiore del male. Privare gli autori di opere scientifiche del copyright non necessariamente avrebbe indebolito la posizione degli editori – i quali avrebbero potuto riguadagnare il controllo delle pubblicazioni con strumenti giuridici alternativi al copyright: in particolare, il contratto – ma di sicuro avrebbe indebolito la posizione degli stessi autori<sup>49</sup>.

Nella stessa direzione si muoveva una proposta teorica, oggetto di un ampio dibattito, elaborata nel 2009 da un rinomato rappresentante della scuola dell'analisi economica del diritto: Steven Shavell<sup>50</sup>.

La proposta era quella dell'abolizione dell'*academic copyright*, cioè del diritto economico, lasciando intatto il diritto di paternità e quello che noi continentali chiamiamo il diritto all'integrità dell'opera. Nella visione – esclusivamente economica, dunque assai ristretta e parziale – di Shavell, l'abolizione dell'*academic copyright* non elimina il ruolo dell'editore commerciale il quale continua a svolgere la funzione di garanzia della qualità dell'opera.

<sup>48</sup> H.R.2613 – Public Access to Science Act, <https://www.congress.gov/bill/108th-congress/house-bill/2613/text?q=H.R.+2613+%28108%29>.

<sup>49</sup> V., per alcuni sommari alla discussione del periodo in cui fu formulata la proposta di legge, C. Zandonella, *Sabo bill assessed. Proposed US open-access law could create more problems than it solves, critics warn*, in *The Scientist*, July 16 2003, <https://www.the-scientist.com/news-analysis/sabo-bill-assessed-51319>. La proposta fu poi abbandonata.

<sup>50</sup> S. Shavell, *Should Copyright of Academic Works be Abolished?*, in *The Journal of Legal Analysis*, in Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 655; Harvard Public Law Working Paper No. 10-10, 2009, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1525667>: “The conventional rationale for copyright of written works, that copyright is needed to foster their creation, is seemingly of limited applicability to the academic domain. For in a world without copyright of academic writing, academics would still benefit from publishing in the major way that they do now, namely, from gaining scholarly esteem. Yet publishers would presumably have to impose fees on authors, because publishers would no longer be able to profit from reader charges. If these author publication fees would actually be borne by academics, their incentives to publish would be reduced. But if the publication fees would usually be paid by universities or grantors, the motive of academics to publish would be unlikely to decrease (and could actually increase) – suggesting that ending academic copyright would be socially desirable in view of the broad benefits of a copyright-free world. If so, the demise of academic copyright should probably be achieved by a change in law, for the “open access” movement that effectively seeks this objective without modification of the law faces fundamental difficulties”.

L'editore sopporta (almeno) i costi di produzione della prima copia – ad es., costi per la selezione del testo, costi per la preparazione dell'*editing* ecc. – e ha incentivi a proseguire la sua attività solo se può coprire i costi e ricavare un profitto. L'eliminazione del diritto economico d'autore sposta la fonte di profitto dell'editore dal lettore all'autore: paga l'autore per pubblicare e non il lettore per fruire dell'opera. Se fosse l'autore a dover pagare, gli incentivi a pubblicare potrebbero decrescere a fronte di prezzi per pubblicare troppo elevati per il singolo autore, anche se le opere potrebbero circolare in forma di *preprint* su Internet. Shavell sostiene che se fossero le istituzioni (università o altri finanziatori) a pagare il prezzo per la pubblicazione (paga l'istituzione per pubblicare e non il lettore per fruire dell'opera), gli incentivi a pubblicare non diminuirebbero, ma aumenterebbero a fronte dell'estensione del potenziale pubblico di lettori (i lettori, infatti, non dovrebbero più fronteggiare la barriera del copyright). Anzi, gli incentivi a pubblicare potrebbero portare a un numero eccessivo di pubblicazioni. Ma questo problema potrebbe essere arginato dai finanziatori condizionando il finanziamento alla scelta di sedi editoriali di qualità. Università e finanziatori avrebbero interesse a finanziare gli autori per evitare che i loro incentivi a pubblicare diminuiscano. Inoltre, potrebbero investire le risorse risparmiate per la licenza del copyright nel pagamento per la pubblicazione. Le somme spese per acquisire i diritti d'autore sarebbero riconvertite nelle spese per pubblicare sulle sedi editoriali di qualità che metterebbero a disposizione opere prive dei diritti economici di copyright. L'idea di Shavell è che il movimento dell'Open Access mediante policy dei finanziatori e licenze aperte non sarebbe in grado di raggiungere un sistema in cui tutte le pubblicazioni siano ad accesso aperto: senza una modifica della legge sul copyright l'obiettivo sarebbe irraggiungibile o raggiunghibile solo dopo molto tempo.

Un'altra proposta teorica venne formulata nello stesso torno di anni da Maria Lillà Montagnani e Maurizio Borghi<sup>51</sup>. La proposta si ispirava ai primi tentativi nel 2005 di istituire in Germania un diritto di messa a disposizione del pubblico in archivi Open Access per le opere scientifiche finanziate prevalentemente con fondi pubblici dopo sei mesi dalla prima pubblicazione<sup>52</sup>. Ma l'idea di Montagnani e Borghi si distacca dall'iniziativa tedesca per due ordini di ragioni:

<sup>51</sup> M.L. Montagnani - M. Borghi, *Positive copyright and open content licences: How to make a marriage work by empowering authors to disseminate their creations*, in *International Journal of Communications Law and Policy* (IJCLP) Winter, Vol. 12, 2007, 247-248 [http://eprints.bournemouth.ac.uk/20840/1/ijclp\\_web-doc\\_11-12-2008.pdf](http://eprints.bournemouth.ac.uk/20840/1/ijclp_web-doc_11-12-2008.pdf): "In order therefore [...] to enable copyright to recover its original functions of rewarding creativity and of disseminating knowledge, this paper seeks to explore an adjustment that will permit authors to disseminate their works non-commercially after the commercial exploitation has already taken place or when it does not occur. This could be achieved by introducing a statutory provision where copyright initial owners can disseminate digital versions of their works for non-commercial purposes – notwithstanding the rights having been transferred to intermediaries – provided that commercial exploitation is not taking place, either because the work has exhausted its initial commercial value or no attempt has in fact been made. The use of such a provision does not terminate the transfer of the right(s) involved. This mechanism, which we will term "Non-Commercial Dissemination Provision" (NCDP), is envisaged as an inalienable and unwaivable right, thereby introducing a limitation in the freedom of copyright contracts".

<sup>52</sup> Per i primi riferimenti v. M.L. Montagnani – M. Borghi, *Positive copyright and open content licences*, cit., 269.

- I) il diritto non riguarda solo opere scientifiche, bensì tutte le opere protette dal diritto d'autore;
- II) non è previsto un termine fisso a partire dal quale l'autore può esercitare il diritto, ma un criterio elastico: l'autore può esercitare il diritto nel momento in cui l'opera ha esaurito il suo valore commerciale.

Nella proposta teorica, il diritto dell'autore è limitato alla comunicazione al pubblico tramite il Web ed è vincolato a scopi non commerciali.

Non è obiettivo di questo scritto discutere pregi e difetti di ciascuna proposta, ma solo rimarcare che il modello legislativo tedesco limitato al diritto di messa a disposizione del pubblico con riferimento a opere finanziate prevalentemente con fondi pubblici - poi circolato nei Paesi Bassi, in Francia e in Belgio e ora, in forma ancora di proposta, in Italia - riflette un'opzione di politica del diritto assai prudente, forse troppo prudente.

## 8. Alcuni auspici

L'accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche è parte della scienza aperta. L'Open Science punta a preservare e rafforzare il carattere pubblico e democratico del processo di creazione della scienza nella dimensione di Internet. Una scienza pubblica e democratica può prosperare solo in una società democratica e viceversa: una società irrobustisce il suo carattere democratico se tutela la scienza pubblica e democratica. Altri scopi sono secondari anche se non meno rilevanti. Ad esempio, la scienza aperta rende possibile la condivisione della ricerca di base creando il terreno di coltura ideale per l'innovazione tecnologica.

Il cambiamento della legge sul diritto d'autore costituisce solo uno dei tasselli del puzzle che rende possibile lo sviluppo dell'Open Science. L'istituzione di un diritto di messa a disposizione del pubblico in Open Access dell'opera scientifica è un piccolo passo in avanti per la scienza aperta. È però un passo con alto valore simbolico. Per una volta (ri)mette al centro della scena l'autore e non l'intermediario. Alimenta il suo desiderio di comunicare all'intero pubblico dei potenziali lettori. Guarda alla legge sul diritto d'autore non (solo) come strumento per incentivare investimenti economici ma come baluardo della libertà di pensiero e informazione. Reifica una delle modalità nelle quali si dispiegano i principi costituzionali della promozione della ricerca scientifica nonché della tutela della libertà di ricerca e insegnamento.

La legge sul diritto d'autore (e sui diritti connessi), soprattutto in Europa, ha compiuto una parabola che può sinteticamente essere racchiusa nella formula: dalla tutela dell'opera (e dell'autore) alla tutela dei dati (e dell'impresa). Punti notevoli di questa traiettoria sono, a mero titolo di esempio, la trasformazione della nozione del diritto di riproduzione, lo svilimento del criterio dell'originalità-creatività, la tutela del diritto *sui generis* sulle banche dati, la tutela delle misure tecnologiche di protezione e la fresca istituzione di un nuovo diritto degli editori sulle pubblicazioni di carattere giornalistico.

A fronte dell'estensione del potere di controllo dei dati e delle informazioni è legittimo chiedersi cosa resti di uno dei principi fondanti della materia: la dicotomia tra idee, fatti,

dati (non protetti) ed espressioni (protette). Ancor più legittimo è chiedersi chi si giova di un tale potere di controllo. A questo proposito un esercizio di notevole utilità può essere il bilancio dell'istituzione in terra europea del diritto *sui generis* sulle banche dati. La nuova esclusiva avrebbe dovuto indurre innovazione tecnologica e rendere competitiva l'industria europea. Non c'è bisogno di spendere parole per ricordare com'è andata finire. La direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale ripete e aggrava l'errore: non solo creando l'ennesima esclusiva, ma intervenendo sulla responsabilità del provider<sup>53</sup>. Curioso è rilevare che delle nobili giustificazioni (e declamazioni) che hanno supportato nei secoli la legge sul diritto d'autore non rimanga alcuna traccia e il tutto si riduca a un velleitario quanto disinvolto intento redistributivo tra imprese: colmare il “*value gap*” tra i vecchi intermediari (in agonia?) e i nuovi potentati della Rete (le piattaforme)<sup>54</sup>.

Mentre il legislatore comunitario ha appena dato la stura a una delle peggiori riforme del diritto d'autore degli ultimi decenni, l'istituzione in Italia del diritto di messa a disposizione del pubblico in accesso aperto riaccenderebbe una fiammella di speranza.

Si potrebbe persino auspicare che il legislatore comunitario si occupi seriamente di una riforma profonda del diritto d'autore con il fine del progresso della conoscenza. Magari il legislatore comunitario potrebbe cominciare armonizzando le norme sul diritto di messa a disposizione del pubblico in Open Access. E potrebbe dimostrare maggiore coraggio dei legislatori degli Stati membri dell'Unione liberando il diritto dell'autore di opere scientifiche dai troppi vincoli nei quali è stato ingabbiato.

Chissà che la legge sul copyright, in un giorno non troppo lontano, non torni a essere strumento per l'uso pubblico della ragione. Pura illusione?

---

<sup>53</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE. Per un primo commento v. J. Quintais, *The New Copy-right in the Digital Single Market Directive: A Critical Look* (October 14, 2019), in *European Intellectual Property Review*, 2020(1) (Forthcoming). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3424770> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3424770>.

<sup>54</sup> Cfr. M.C. Pievatolo, *L'età del privilegio. Il diritto d'autore nel mercato unico digitale europeo*, in *Archivio Marini*, 2019, <https://archiviomarini.sp.unipi.it/826/>.