

Il diritto umano alla scienza e il diritto morale di aprire le pubblicazioni scientifiche. Open Access, “secondary publication right” ed eccezioni e limitazioni al diritto d’autore

Roberto Caso

Mentre gran parte del dibattito sul rapporto tra diritto umano alla scienza, proprietà intellettuale e diritto d’autore si focalizza sulle eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva (libere utilizzazioni) e sui diritti degli utenti, questo scritto sostiene, sulla scorta di precedenti ricerche, che occorre guardare anche ad altri dispositivi giuridici. Tra questi dispositivi spicca l’attribuzione in capo all’autore di un diritto di apertura dei testi scientifici (c.d. “secondary publication right”) a difesa dell’autonomia e della libertà accademiche, sempre più a rischio. Tale diritto non è un’eccezione o una limitazione del diritto di esclusiva né un diritto dell’utente ma un vero e proprio diritto morale (ed economico) dell’autore di aprire i testi scientifici. Esso è filosoficamente fondato sulla visione kantiana del diritto d’autore (il diritto d’autore non è una proprietà ma un diritto morale a protezione del discorso tra autore e pubblico), sull’uso pubblico della ragione e sulla norma mertoniana che prescrive la messa in comune della conoscenza scientifica. Il diritto di aprire i testi scientifici è una proiezione del diritto umano alla scienza (aperta).

Diritto d’autore – Diritto umano alla scienza – Accesso aperto – Diritto morale di ripubblicazione

SOMMARIO: 1. *Introduzione: il diritto umano e morale di aprire i testi scientifici* – 2. *Il diritto umano alla scienza (aperta) e la proprietà intellettuale* – 3. *La metamorfosi del diritto d’autore europeo, la pseudo-proprietà intellettuale e l’autonomia (perduta) dell’università: il paradosso delle pubblicazioni scientifiche e la regolazione dei dati* – 4. *Il diritto di aprire i testi scientifici: eccezione, diritto dell’utente o diritto morale d’autore?* – 5. *Conclusioni: dal diritto di ripubblicazione al diritto morale (ed economico) di aprire i testi scientifici*

1. Introduzione: il diritto umano e morale di aprire i testi scientifici

Mentre gran parte del dibattito sul rapporto tra diritto umano alla scienza, proprietà intellettuale e diritto d’autore si focalizza sulle eccezioni e limitazioni ai diritti di esclusiva (libere utilizzazioni) e sui diritti degli utenti, questo scritto sostiene, sulla scorta di prece-

denti ricerche, che occorre guardare anche ad altri dispositivi giuridici. Tra questi dispositivi spicca l’attribuzione in capo all’autore di un diritto di apertura dei testi scientifici (c.d. *secondary publication right*) a difesa dell’autonomia e della libertà accademiche, sempre più a rischio. Tale diritto di aprire all’accesso e al riuso gratuiti i testi scientifici sul web non è un’eccezione o una limitazione del diritto di esclusiva né un

R. Caso è professore associato di Diritto privato comparato presso l’Università degli Studi di Trento.

Lo scritto costituisce la rielaborazione con integrazioni, modifiche e note della relazione dal titolo *Il diritto umano alla scienza aperta e l’etica dell’insegnamento* presentata al Convegno “Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto tra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d’autore”, tenutosi a Roma presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), nell’Aula Marconi, il 6 maggio 2022.

Questo saggio fa parte della sezione monografica “Ricerca, educazione e accesso al patrimonio culturale. Un confronto fra diritti fondamentali ed eccezioni al diritto d’autore” a cura di Deborah De Angelis, Sebastiano Faro e Ginevra Peruginelli.



diritto dell'utente ma un vero e proprio diritto morale (ed economico) dell'autore di pubblicare in accesso aperto. Esso è filosoficamente fondato sulla visione kantiana del diritto d'autore (il diritto d'autore non è una proprietà ma un diritto morale a protezione del discorso tra autore e pubblico), sull'uso pubblico della ragione e sulla norma mertoniana che prescrive la messa in comune della conoscenza scientifica. Il diritto di aprire i testi scientifici è una proiezione del diritto umano alla scienza (aperta).

Nel paragrafo 2 si accenna al dibattito sul rapporto tra diritto umano alla scienza e proprietà intellettuale, dibattito riaccessibile dalla recente pubblicazione del commento generale n. 25 del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Nel paragrafo 3 si descrive la metamorfosi del diritto d'autore europeo, ragionando sul paradosso che affligge la disciplina dei diritti sulle pubblicazioni scientifiche e il suo nesso con la regolazione dei dati. Nel paragrafo 4 si dà conto della discussione sulla natura del diritto di apertura dei testi scientifici – eccezione, diritto dell'utente o diritto morale dell'autore? – e sui meccanismi giuridici alternativi volti a promuovere l'accesso aperto con riferimento all'interazione tra titolarità originaria e trasmissione contrattuale dei diritti economici. Nelle conclusioni (paragrafo 5) si auspica che il legislatore europeo nella sua prossima opera di armonizzazione renda il *secondary publication right* un vero e proprio diritto di apertura dei testi scientifici, composto dei diritti economici e degli aspetti morali (irrinunciabilità e inalienabilità) legati al diritto umano alla scienza e alla libertà accademica.

2. Il diritto umano alla scienza (aperta) e la proprietà intellettuale

All'inizio della pandemia di CoViD-19, il 9 marzo 2020¹, il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite ha adottato il commento generale n. 25 all'art. 15 (1) (b), (2), (3) e (4) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali², (ri)accendendo il dibattito sul diritto umano alla scienza, sul diritto alla ricerca e sul loro controverso rapporto con la proprietà intellettuale³.

L'art. 15 del Patto internazionale riprende con qualche modifica la precedente formulazione sul diritto alla scienza e alla cultura contenuta nell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁴.

Il commento generale evidenzia – senza pretesa di originalità – che i diritti di proprietà intellettuale possono entrare in conflitto con il diritto alla scienza

e altri diritti umani fondamentali come il diritto alla salute.

Si pongono in esponente tre problemi:

1. la deviazione dei finanziamenti verso ricerche che garantiscono profitti attraverso i diritti di proprietà intellettuale (ad es., in campo medico e farmaceutico rimangono non finanziate le ricerche sulle malattie rare);
2. la limitazione della circolazione e della condivisione di informazioni fondamentali per la ricerca (ad es., nell'editoria scientifica, la chiusura mediante proprietà intellettuale delle pubblicazioni scientifiche in costose banche dati proprietarie genera una palese ingiustizia: le pubblicazioni risultano inaccessibili a ricercatori che operano in paesi a basso reddito);
3. la barriera all'accesso ai benefici della ricerca scientifica, accesso propedeutico all'esercizio di altri diritti umani come il diritto alla salute⁵.

Per contrastare questi problemi e propiziare un bilanciamento tra diritto alla scienza e diritti di proprietà intellettuale il commento indica le misure appropriate che gli Stati aderenti al patto internazionale devono adottare:

- a) finanziare le ricerche che non sono attraenti per il profitto e sono invece importanti per godere dei diritti economici, sociali e culturali con impegni sia sul piano nazionale sia sul piano della cooperazione internazionale nonché ricorrere a incentivi statali diversi dal riconoscimento di diritti di proprietà intellettuale (c.d. *market-entry rewards*);
- b) garantire a livello nazionale e internazionale la funzione sociale della proprietà intellettuale e un bilanciamento tra diritti di esclusiva e accesso aperto (open access) alla conoscenza scientifica e alle sue applicazioni soprattutto quando l'accesso aperto costituisce il presupposto della realizzazione di altri diritti umani come i diritti alla salute, allo studio e al cibo⁶.

Nello stesso tempo, però, il commento n. 25 non offre indicazioni univoche e definitive per la limitazione della proprietà intellettuale e la promozione della scienza aperta. Com'è stato già rimarcato da altri, alcuni suoi passaggi possono legittimare persino misure di rafforzamento dei diritti di proprietà intellettuale⁷.

In definitiva, il discorso relativo al rapporto tra proprietà intellettuale e diritti umani, di cui il commento n. 25 è solo un esempio, continua a riproporre la sua intrinseca ambiguità che attiene a scelte ideologico-politiche fondamentali.



3. La metamorfosi del diritto d'autore europeo, la pseudo-proprietà intellettuale e l'autonomia (perduta) dell'università: il paradosso delle pubblicazioni scientifiche e la regolazione dei dati

Le contraddizioni che affliggono il rapporto tra diritto alla scienza e proprietà intellettuale meritano di essere indagate con riferimento a uno dei centri più rilevanti di produzione e diffusione del sapere scientifico: l'università.

Da una parte si moltiplicano le azioni (e soprattutto le dichiarazioni⁸) che, in applicazione (a una certa interpretazione) del diritto umano alla scienza, promuovono l'apertura della conoscenza da parte dell'università, dall'altra si continua a favorire la privatizzazione della conoscenza sviluppata dalla ricerca accademica⁹. La spinta a privatizzare avviene tramite incentivi derivanti dal sistema di valutazione della ricerca¹⁰ e attraverso la proprietà intellettuale nonché la pseudo-proprietà intellettuale, forme di esclusiva che puntano al controllo dei dati e delle infrastrutture per la loro elaborazione¹¹.

Ciò è vero in particolare nell'Unione europea, come dimostrano, persino in epoca pandemica, la strategia sulla proprietà intellettuale per la resilienza e la ripresa¹², nonché la difesa a oltranza dei diritti di esclusiva di fronte alle istanze di sospensione degli accordi internazionali sulla proprietà intellettuale (*Trade Related aspects of Intellectual Property Rights* o TRIPS) nell'ambito della World Trade Organization volte a garantire su scala planetaria i diritti alla salute e alla vita¹³.

Questa duplicità delle politiche di regolazione del rapporto tra scienza e proprietà intellettuale può essere letta come una contraddizione solo se si ritiene che l'università, la ricerca di base e l'insegnamento debbano svolgere un ruolo rilevante, autonomo e indipendente dalla politica e dal mercato. In altre parole, esiste contraddizione solo se si tengono distinte le sfere del pubblico e del privato, del settore no profit e del settore commerciale. Se, all'opposto, si ritiene che l'università debba essere strumentale a interessi (geo)politici e commerciali, tra le due tendenze c'è convergenza: aprire (un po' ma non troppo) la conoscenza accademica serve (solo) allo sviluppo dell'innovazione tecnologica (nazionale). La privatizzazione della ricerca di base rappresenta perciò la fisiologia del rapporto tra università ed impresa, laddove i confini tra pubblico e privato, tra università e azienda diventano sempre più sfumati¹⁴.

Senonché, questa seconda visione, che corrisponde all'idea dominante del capitalismo accademico e dell'aziendalizzazione dell'università, materializza rischi concreti per la tenuta della democrazia¹⁵, moltiplica le disuguaglianze¹⁶, alimenta i conflitti (anche quelli geopolitici)¹⁷, e impedisce persino l'innovazione tecnologica che vorrebbe rappresentare l'obiettivo unico o prioritario¹⁸.

Ne è un esempio la disciplina e la gestione del diritto d'autore relativo alle pubblicazioni scientifiche dei ricercatori universitari. Questi ultimi sottoscrivono contratti con i quali cedono – generalmente senza ricevere un compenso economico – i diritti economici d'autore agli editori. Nella dimensione digitale le pubblicazioni, o meglio i file che le rappresentano, confluiscono in banche dati private che servono non solo alla pubblicazione (tradizionalmente ad accesso chiuso ora anche ad accesso aperto a pagamento per chi scrive) ma anche (e soprattutto) a servizi valutativi basati sulla bibliometria (cioè sul conteggio più o meno sofisticato delle citazioni). I servizi valutativi fanno capo a imprese di analisi dei dati che applicano la sorveglianza massiva e la c.d. intelligenza artificiale per elaborare i dati delle pubblicazioni e i dati personali dei ricercatori allo scopo di praticare modelli commerciali che si basano sulla predizione e sull'influenza comportamentale¹⁹. Tale sistema alimenta la concentrazione del potere di mercato e informazionale (c.d. capitalismo dei monopoli intellettuali²⁰) in capo ad alcune imprese (in massima parte occidentali). In altri termini, l'università non ha più il controllo dei propri dati e non ha il potere computazionale per elaborarli²¹. Per avere accesso alle infrastrutture – e non la proprietà delle²² – per la conservazione e per l'elaborazione dei dati da essa stessa prodotti deve pagare prezzi elevatissimi e sempre crescenti. Il sistema della comunicazione della ricerca scientifica (infrastrutture e dati) è nel controllo di un manipolo di grandi imprese dell'informatica (piattaforme): i soliti noti del gruppo delle Big Tech (c.d. GAFAM) e i meno noti (al di fuori dell'ambiente scientifico) dell'editoria della sorveglianza (ad es., Elsevier)²³. Queste piattaforme commerciali difendono tecnologie e dati con la proprietà intellettuale (segreti commerciali, brevetti per invenzione, diritti d'autore, marchi) e la pseudo-proprietà intellettuale (contratti, protezioni tecnologiche e potere di fatto).

La vicenda delle pubblicazioni scientifiche è paradossale sotto diversi profili.

a) Il diritto d'autore sulle pubblicazioni scientifiche si trasforma da strumento di autonomia e libertà accademica a meccanismo di asservimento al sistema autoritario di valutazione numerica e al capitalismo della sorveglianza²⁴.



- b) Le pubblicazioni non contano tanto per il pensiero che veicolano quanto per i dati a cui sono riducibili.
- c) Emerge un'evidente distonia tra l'attenzione che i decisori pubblici e produttori di regole riservano ai brevetti universitari (leva del trasferimento tecnologico dall'università all'impresa e pietra filosofale dell'innovazione) e il (quasi) totale disinteresse per il diritto d'autore delle pubblicazioni scientifiche per lo più frutto, come i brevetti universitari, di ricerche finanziate con fondi pubblici²⁵.

Il fenomeno descritto è il risultato di più fattori: il disimpegno del settore pubblico e no profit sul piano della creazione e del mantenimento di proprie infrastrutture digitali; la promozione di politiche di valutazione autoritaria della ricerca basate su indicatori quantitativi (indicatori come il numero delle pubblicazioni e dei brevetti); la creazione di un sistema di proprietà intellettuale e pseudo-proprietà intellettuale che favorisce il consolidamento dei monopoli intellettuali come quelli delle grandi piattaforme digitali.

Sotto quest'ultimo aspetto, occorre soffermarsi sulla metamorfosi della normativa sul diritto d'autore nell'ambito dell'Unione europea²⁶.

Fin dai primi interventi di armonizzazione nel campo della protezione del software (direttiva 91/250/CEE²⁷) e delle banche dati (direttiva 96/9/CE²⁸) è apparso chiaro che il legislatore europeo intendesse estendere i diritti di esclusiva a vantaggio degli intermediari commerciali riducendo i margini di libertà di accesso e uso di opere e materiali protetti dal diritto d'autore e dai diritti connessi. La compressione della libertà è avvenuta anche a spese di uno dei principi-cardine di limitazione del diritto d'autore: la dicotomia tra idee, fatti e dati non protetti e forme espressive protette.

Il rafforzamento del diritto d'autore e dei diritti connessi non è andato a vantaggio degli autori né di figure assimilabili (interpreti ed esecutori), ma degli intermediari commerciali e a scapito del pubblico dei fruitori di opere e materiali protetti da diritti di esclusiva. Tant'è che la denominazione di diritto d'autore è diventata depistante: più che di diritto d'autore occorrerebbe parlare di "diritto degli editori" o di "diritto degli intermediari commerciali" tendente al controllo dei dati.

La teoria che promuove l'estensione delle esclusive si basa su un assunto indimostrato: a più esclusiva corrispondono automaticamente più incentivi all'innovazione. L'assunto trova riflesso nella declamazione normativa dell'elevato livello di protezione dei diritti di esclusiva²⁹. Inoltre, la stessa teoria impoverisce il dibattito sull'estensione del diritto di esclusiva riducendolo alla sua dimensione economica (i diritti

di esclusiva come incentivi economici). Non a caso, l'Unione europea si è sostanzialmente disinteressata dei diritti morali e della loro relazione con la difesa degli interessi degli autori e la tutela della libertà di espressione del pensiero e dell'informazione.

Da questa prospettiva, la protezione giuridica delle misure tecnologiche di protezione³⁰ e l'inserimento di un diritto di esclusiva – il diritto *sui generis* connesso al diritto d'autore³¹ – a tutela del costituente della banca dati sono le scelte che hanno avuto maggiore impatto negativo sulla ricerca scientifica. Il quadro si è andato complicando (in peggio) con la direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione (direttiva 2001/29/CE o InfoSoc³²), nella quale il rafforzamento del potere esclusivo si è incentrato sulla triangolazione tra diritti di esclusiva (e in particolare il diritto di comunicazione/messa a disposizione al pubblico), misure tecnologiche di protezione e contratto³³.

La giustapposizione a tale potere del meccanismo intrinsecamente debole e farraginoso delle eccezioni e limitazioni – armi di distrazione di massa – ai diritti di esclusiva contenute nella stessa direttiva InfoSoc e nelle altre direttive ha generato un notevole contenzioso e, di riflesso, la moltiplicazione delle istanze volte a riscrivere la normativa.

A fronte della rinuncia da parte del legislatore europeo a metter mano a una riforma organica che potesse condurre a un'unica disciplina del diritto d'autore, si è perpetuata una politica volta alla frammentazione degli interventi regolatori, sollecitati di volta in volta dagli interessi più forti e meglio organizzati. Tale politica è culminata nella direttiva copyright 2019/790/UE³⁴ che ha ulteriormente peggiorato il quadro con le due norme sul nuovo diritto degli editori di giornali relativo alle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online (art. 15) e sulla nuova responsabilità connessa all'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online (art. 17)³⁵. L'inclusione di alcune disposizioni che vorrebbero garantire maggiore bilanciamento tra diritto alla scienza e diritti di esclusiva nonché più protezione (economica) degli autori non modifica il giudizio complessivo³⁶.

Sotto quest'ultimo aspetto la norma-simbolo di questo tentativo (non riuscito) di riequilibrio tra diritto alla scienza (aperta) e diritto di esclusiva è l'art. 3 sull'eccezione di estrazione di testo e dati in ambito scientifico e culturale³⁷. Non si vuole qui entrare nei dettagli della disposizione europea. Su tali dettagli esiste già una vasta letteratura critica³⁸. Ai fini del discorso che qui si intende condurre, basterà sottolineare che la disposizione si fonda su premesse discutibili³⁹, e cioè che l'estrazione di testo e dati



sia soggetta in alcuni casi ai diritti di esclusiva di titolari di diritti d'autore e *sui generis*⁴⁰, e si pone un obiettivo (la certezza giuridica⁴¹) destinato inesorabilmente a fallire. La norma, infatti, pone numerosi problemi interpretativi che, come per altre eccezioni e limitazioni, passeranno nelle mani dei giudici, a cominciare da quelle della Corte di giustizia UE⁴².

Si sa che il vero diritto d'autore europeo lo scrive la Corte di Lussemburgo facendo ricorso alla (controversa) tecnica argomentativa del bilanciamento tra diritti fondamentali⁴³ e dando vita a una giurisprudenza altalenante, i cui esiti finali rimangono imperscrutabili⁴⁴. In altri termini, il bilanciamento ripropone il problema di fondo di quale sia l'assetto di valori su cui poggia la Carta di Nizza e di chi decide in ultima istanza⁴⁵.

Su questo quadro, già ampiamente problematico, l'Unione europea, nell'ambito della c.d. strategia sui dati, sta riversando un profluvio di norme – il riferimento è al c.d. *Data Package* ovvero all'*Open Data Directive*⁴⁶, al *Data Governance Act*⁴⁷ e alla proposta di *Data Act*⁴⁸ – che incidono sul rapporto tra settore pubblico e privato anche con riferimento alla proprietà intellettuale e alla scienza aperta⁴⁹. Sebbene, tale strategia sia accompagnata da slogan e declamazioni che preludono a un nuovo corso di maggiore condivisione o apertura dei dati (anche quelli della ricerca⁵⁰), c'è da dubitare che il nuovo bilanciamento tra proprietà intellettuale e apertura possa spostare significativamente il peso degli interessi e gli obiettivi politici di fondo, soprattutto in riferimento all'università⁵¹. Tant'è che, per supplire alle carenze della strategia europea dei dati, è stata avanzata la proposta di un *Digital University Act* con lo scopo di restituire alle istituzioni accademiche e ai ricercatori (un po' di) autonomia e libertà⁵².

4. Il diritto di aprire i testi scientifici: eccezione, diritto dell'utente o diritto morale d'autore?

Sullo sfondo della tutela della libertà accademica, il diritto umano alla scienza si estrinseca nel diritto di partecipare alla creazione della conoscenza scientifica e di condividere i risultati della ricerca. Il diritto alla scienza include altresì il diritto di beneficiare della protezione degli interessi morali derivanti dalla produzione scientifica e letteraria. A ben vedere, esiste un nesso tra la libertà accademica, il diritto di partecipazione-condivisione e la protezione degli interessi morali degli autori di pubblicazioni scientifiche. Tale nesso è sorretto dalla libertà di scegliere se, quando e dove pubblicare o ripubblicare. Ovviamente, scegliere dove

indirizzare la proposta di pubblicazione – chiamata in gergo (freudiano) e con brutto anglicismo: sottomissione – non si traduce in un obbligo a pubblicare da parte dell'editore. Quest'ultimo, a sua volta, rimane libero di pubblicare o rifiutare la pubblicazione.

La natura morale dell'interesse, connessa al diritto di prima pubblicazione o inedito, deriva dal fatto che l'autore scientifico – almeno quello che non confonde la ricerca della verità con il perseguimento del profitto – non intende guadagnare dal commercio del proprio testo, ma vuole comunicare il suo pensiero al pubblico più vasto possibile con la garanzia che il nesso tra nome e testo, nonché l'integrità di quest'ultimo sia rispettata⁵³. In questo senso, il diritto si fonda sulla visione kantiana del diritto d'autore⁵⁴, sull'uso pubblico della ragione⁵⁵ e sulla norma mertoniana che prescrive la messa in comune della conoscenza scientifica⁵⁶.

Tuttavia, tale natura non è l'unica connotazione del diritto: esso, infatti, è anche un diritto di esclusiva che comprende diritti sia morali sia economici (diritto di riproduzione, elaborazione, distribuzione, comunicazione al pubblico ecc.).

Il diritto ha assunto una nuova connotazione nell'era digitale della scienza aperta. Infatti, esso si traduce nel diritto di pubblicare sul web con la concessione dell'accesso gratuito e di diritti d'uso al pubblico. Ad esempio, il diritto trova realizzazione nella pubblicazione in un archivio o una rivista ad accesso aperto di un articolo scientifico con una licenza Creative Commons.

Sul diritto di ripubblicazione e sul diritto di aprire i testi scientifici è sorto un ampio dibattito⁵⁷. Tale dibattito è stato innescato dall'emanazione negli ultimi dieci anni di normative che in alcuni paesi europei hanno inserito nella legge sul diritto d'autore o in altre sedi dell'ordinamento un diritto di ripubblicazione (c.d. *secondary publication right*) in accesso aperto. Si tratta delle leggi tedesca (2013)⁵⁸, olandese (2015)⁵⁹, austriaca (2015)⁶⁰, francese (2016)⁶¹ e belga (2018)⁶². In Italia l'Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta (AISA) aveva proposto nel 2016 l'introduzione di un diritto ricalcato su alcuni dei modelli legislativi ora elencati⁶³. Una proposta parlamentare (c.d. proposta Gallo) che nella XVIII legislatura andava in una direzione simile è rimasta lettera morta⁶⁴. A livello europeo la *Ligue des Bibliothèques Européennes de Recherche – Association of European Research Libraries* (LIBER) ha poi proposto un proprio modello normativo di *secondary publication right*⁶⁵.

Si discute oggi dell'opportunità di procedere a un'armonizzazione europea, visto che il diritto di ripubblicazione è stato introdotto solo in alcuni paesi membri e ha assunto connotati parzialmente diversi nei differenti contesti ordinamentali⁶⁶. Non sorpren-



de, perciò, che si stiano moltiplicando gli appelli a procedere con l'armonizzazione⁶⁷.

Il diritto di apertura dei testi scientifici ha alcuni precedenti nei meccanismi giuridici che, nelle leggi sul diritto d'autore, consentono all'autore la ripubblicazione di articoli precedentemente pubblicati su riviste o saggi apparsi in volumi collettanei. In Italia, ad es., l'art. 42 della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore concede tale libertà, ma la disposizione legislativa è ritenuta derogabile per via contrattuale⁶⁸.

Lo studio della Commissione europea firmato da Christina Angelopoulos nel 2022, nel discutere di pregi e difetti del *secondary publication right*, sostiene che la sua connotazione come diritto morale limiterebbe la libertà dell'editore, ma non darebbe all'autore il diritto di usare l'opera scientifica senza l'autorizzazione del titolare dei diritti (lo stesso editore nel caso frequente in cui l'autore gli abbia ceduto i diritti economici). La difficoltà pratica di armonizzare i diritti morali a livello europeo e l'incompletezza del diritto morale farebbero propendere verso la classificazione del *secondary publication right* in termini di eccezione o limitazione al diritto di esclusiva⁶⁹, tant'è che ad esso sarebbe applicabile il c.d. *three step test*, la clausola generale che governa a livello internazionale, europeo e nazionale la disciplina delle eccezioni e limitazioni.

L'autrice dello studio propende per un inquadramento in termini di eccezione o limitazione intesa come vero e proprio diritto dell'utente⁷⁰. Insomma, il meccanismo si inquadrirebbe nel nuovo corso volto a interpretare e riformare le eccezioni e limitazioni in chiave di diritti degli utenti.

L'opinione, per quanto autorevole e ingegnosa, non è condivisibile.

- a) La difficoltà ad armonizzare i diritti morali ha ragioni politiche (più che pratiche) e non tecnico-giuridiche. I diritti morali sono stati promossi a livello internazionale con la Convenzione di Berna. Non si vede perché non possano essere armonizzati, su scala più piccola, a livello dell'Unione europea. Si tratta di una questione che rappresenta uno dei problemi di fondo dell'impostazione regolatoria europea.
- b) Il diritto di ripubblicazione e di apertura dei testi scientifici non è un'eccezione o una limitazione ai diritti di esclusiva né un diritto dell'utente, ma un vero e proprio diritto morale ed economico dell'autore a difesa della sua libertà di pensiero nella proiezione che ha in ambito scientifico: la libertà accademica⁷¹.

Muovono in questo senso sia i suoi fondamenti filosofici, sia i lineamenti che ha assunto in alcune leggi europee.

Sotto il primo profilo, si tratta di un diritto dell'autore di comunicare con il pubblico più vasto possibile rimanendo libero da pressioni provenienti dallo Stato, dai finanziatori, dalle istituzioni di appartenenza e dagli editori o altri intermediari della comunicazione scientifica.

Sotto il secondo profilo, va evidenziato – e lo riconosce anche l'autrice dello studio della Commissione europea – che in tutte le leggi il diritto è attribuito all'autore (non al pubblico) e in alcune assume i caratteri dell'irrinunciabilità e dell'inalienabilità. Tali caratteri sono posti a difesa dell'interesse dell'autore a pubblicare in accesso aperto in contrapposizione al potere contrattuale dell'editore.

Vero è che il diritto di apertura dei testi scientifici non è un meccanismo giuridico perfetto e che lo stesso incontra limiti di efficacia sul piano del diritto internazionale privato⁷², ma l'imperfezione è caratteristica comune a tutti i dispositivi giuridici. Né possono trovare accoglimento le obiezioni che vengono mosse sul piano degli interessi degli editori e su quello della limitazione della libertà contrattuale (degli autori e degli editori). Per la gran parte delle ricerche e delle tipologie di opere puramente scientifiche – sicuramente gli articoli su riviste e i capitoli di libri – gli autori possono studiare, scrivere e revisionare testi di altri grazie a fondi pubblici e non ricevono un compenso economico dall'editore. Inoltre, gli autori e le eventuali istituzioni di appartenenza rimangono liberi di comprare servizi editoriali – ad esempio, la stampa cartacea – se ritenuti necessari.

Peraltro, è chiaro che un intervento legislativo europeo che si limitasse ad armonizzare solo il diritto di aprire i testi scientifici sarebbe limitatamente utile ai fini dello sviluppo dell'accesso aperto. Occorre ragionare ad ampio spettro immaginando una riforma organica che agisca su più aspetti del diritto d'autore comprese le eccezioni e limitazioni o i diritti degli utenti⁷³.

Al di là della riforma organica, che non può essere approfondita in questa occasione, va rilevato che il diritto di aprire i testi scientifici costituisce un meccanismo migliore – dal punto di vista della tutela delle libertà di pensiero e accademica – di quelli alternativi, già in uso o dei quali si propone l'introduzione, che riguardano la titolarità originaria del diritto d'autore e la trasmissione contrattuale dei diritti economici all'editore.

Il primo meccanismo alternativo, già in uso, è quello della *Rights Retention Strategy* promossa da *Plan S* di *cOAlition S*⁷⁴. In buona sostanza, l'autore o la sua istituzione di appartenenza sono obbligati dal finanziatore a ritenere (conservare) i diritti d'autore. La licenza a pubblicare concessa all'editore deve con-



sentire all'autore o alla sua istituzione l'immediata pubblicazione su un archivio ad accesso aperto con licenza aperta o del manoscritto accettato per la pubblicazione o della versione editoriale o di entrambe le versioni. Il meccanismo giuridico si pone in contrasto con la libertà dell'autore e con le norme che in alcuni paesi europei impediscono di disporre dei diritti d'autore su future opere dell'ingegno⁷⁵. Inoltre, imponendo – salvo eccezioni – l'uso della licenza CC-BY, favorisce la privatizzazione dei testi scientifici⁷⁶.

Il secondo meccanismo alternativo consiste in una modifica legislativa a livello europeo volta ad attribuire la titolarità dei diritti economici all'istituzione a cui l'autore della pubblicazione afferisce. L'attribuzione della titolarità originaria all'istituzione sarebbe soggetta all'obbligo in capo alla medesima di concedere una licenza esclusiva all'autore che gli dia la libertà di scegliere se, quando e dove pubblicare, purché in accesso aperto⁷⁷. Tale proposta desta perplessità per almeno tre ragioni. La prima è che la dislocazione della titolarità dall'autore all'istituzione di appartenenza contraddice un'antica, robusta e pressoché universale norma sociale della scienza posta a difesa della libertà accademica che si traduce nelle disposizioni legislative di attribuzione della titolarità originaria all'autore. Inoltre, la compatibilità dello spostamento di titolarità con le norme costituzionali poste a difesa della libertà di pensiero e accademica rimane dubbia. La seconda ragione è che non sempre gli autori di pubblicazioni scientifiche afferiscono a istituzioni. Ciò vale a maggior ragione in paesi – come l'Italia – che basano gran parte della ricerca scientifica su forme di lavoro precario. La terza ragione è che il meccanismo genera per la sua gestione costi transattivi legati al flusso di comunicazione e notifica tra autore e istituzione di appartenenza.

5. Conclusioni: dal diritto di ripubblicazione al diritto morale (ed economico) di aprire i testi scientifici

Se l'Unione europea dovesse decidere di armonizzare il *secondary publication right* dovrebbe puntare a renderlo un vero e proprio diritto di apertura dei testi scientifici, composto di tutti i diritti economici e degli aspetti morali connessi (irrinunciabilità e inalienabilità) al diritto umano alla scienza e alla libertà accademica. L'autore avrebbe la libertà di dare in licenza non esclusiva i diritti economici, ma conserverebbe la titolarità del diritto, una titolarità funzionale all'apertura del testo. L'autore sarebbe spinto ad aprire i testi dagli incentivi valutativi a praticare l'open science sempre più rilevanti nelle politiche dell'Unione

europea e degli Stati membri⁷⁸. Anche se in un mondo ideale (quello della repubblica della scienza e non dell'impero della valutazione) l'autore non dovrebbe aver bisogno di incentivi valutativi per aprire i propri testi scientifici, in quanto sarebbe sufficiente aver ricevuto una buona formazione sulla scienza aperta e aver maturato una convinta adesione all'uso pubblico della ragione e alle norme mertoniane della scienza.

Note

¹Il commento generale sul diritto umano alla scienza è stato pubblicato il 30 aprile 2020. UNITED NATIONS, COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR), *General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*.

²*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), art. 15: «1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone: (a) To take part in cultural life; (b) To enjoy the benefits of scientific progress and its applications; (c) To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author. 2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture. 3. The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity. 4. The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields».

³Sul rapporto tra diritto alla scienza e proprietà intellettuale v., dopo la pubblicazione del commento generale n. 25, R. CASO, F. BINDA, *Il diritto umano alla scienza aperta*, Trento LawTech Research Paper n. 41, 2020, in G. Perrone, M. Perduca (a cura di), "Così san tutt3 – Diritto alla Scienza, istruzioni per l'uso", Roma, Fandango Libri, 2021, pp. 44-52; P.K. YU, *Can the Right to Science Reduce the Tensions Between Intellectual Property and Human Rights?*, November 10, 2022, in L. Biersay, T. Pogge, P.K. Yu, (eds.), "A Human-Centered Approach to Health Innovations: Reconciling Intellectual Property with Human Rights", 2023, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper n. 22-56. Sulla relazione tra diritto alla ricerca e diritto d'autore v., da ult., C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *The Right to Research as Guarantor for Sustainability, Innovation and Justice in EU Copyright Law*, June 19, 2022, in T.E. Pihlajarinne, J. Mähönen, P. Upreti (eds.), "Intellectual Property Rights in the Post Pandemic World: An Integrated Framework of Sustainability, Innovation and Global Justice", Edward Elgar Publishing, 2022 (trad. it.: *Il diritto alla ricerca come garanzia di sostenibilità, innovazione e giustizia nel diritto d'autore dell'Unione europea*, a cura di Deborah De Angelis e Laura Sinigaglia, in *questa Rivista*); K.D. BEITER, *Reforming Copyright or Toward Another Science? – A More Human Rights-Oriented Approach Under the REBSPA in Constructing a 'Right to Research' for Scholarly Publishing*, August 15, 2022, in "Brooklyn Journal of International Law", vol. 48, 2023, n. 1.

⁴*Universal Declaration of Human Rights* (1948), art. 27: «1. Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. 2. Everyone has the right to the



protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author».

⁵CESCR, *General comment No. 25*, cit., par. 61.

⁶*Ivi*, par. 62.

⁷P.K. YU, *Can the Right to Science*, cit., p. 11 ss.

⁸In Italia v., ad es., MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, *Piano nazionale della scienza aperta*, 2022.

⁹M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Laterza, 2021, 256 p.

¹⁰Ad es., nel sistema di valutazione italiano il ricorso ai brevetti da parte dei ricercatori universitari è premiato negli esercizi di valutazione gestiti dal Ministero dell'Università e della Ricerca e dall'Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR) come la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR).

¹¹R. CASO, *Open Data, ricerca scientifica e privatizzazione della conoscenza*, Trento LawTech Research Paper n. 48, 2022, in corso di pubblicazione in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2022, n. 4-5, pp. 815-836, p. 818 ss.

¹²COMMISSIONE EUROPEA, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE. Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, COM(2020) 760, del 25 novembre 2020.

¹³R. CASO, *Pandemia e vaccini. L'irrisolvibile antagonismo tra scienza aperta e proprietà intellettuale*, 2021, Trento LawTech Research Paper n. 44, in "Rivista critica del diritto privato", con il titolo *Pandemia e vaccini: scienza aperta o proprietà intellettuale?*, 2021, n. 2, pp. 267-286, p. 279 ss.

¹⁴Cfr. M. HAGNER, *Open access, data capitalism and academic publishing*, in "Swiss Med Wkly", 2018; 148: w14600.

¹⁵K. MAEX, *Protect independent and public knowledge*, January 8, 2021.

¹⁶M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, cit., p. 55 ss., a p. 56: «la privatizzazione della conoscenza aggrava la malattia che affligge le nostre società, la disuguaglianza, perché sposta parte della quota del reddito prodotto dal lavoro al capitale e crea allo stesso tempo concentrazione del capitale»; U. PAGANO, *Il capitalismo dei monopoli intellettuali*, in "Menabò Eticaeconomia", 14 dicembre 2021: «il capitalismo dei monopoli intellettuali va distinto delle precedenti forme di capitalismo non solo per comprendere la società in cui viviamo ma anche per proporre rimedi alla tendenza verso una crescente disuguaglianza e una stagnazione forse secolare».

¹⁷R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il CoViD-19?*, Trento LawTech Research Paper n. 39, in "BioLaw Journal", 2020, n. 1s, pp. 617-622, p. 618 ss.

¹⁸V., da differenti prospettive, E.R. GOLD, *The Fall of the Innovation Empire and its Possible Rise Through Open Science*, in "Research Policy", vol. 50, 2021, n. 5; U. PAGANO, *Il capitalismo dei monopoli intellettuali*, cit.

¹⁹R. SIEMS, *When your journal reads you. User tracking on science publisher platforms*, in "Elephant in the Lab", April 14, 2021; DEUTSCHE FORSCHUNGSGEMEINSCHAFT, *Data tracking in research*, briefing paper, June 18, 2021; C. ASPESI et al., *SPARC Landscape Analysis*, September 22, 2021; J. POOLEY, *Surveillance Publishing*, in "SocArXiv", November 18, 2021.

²⁰U. PAGANO, *Il capitalismo dei monopoli intellettuali*, cit.

²¹K. MAEX, *Protect independent*, cit.; M.C. PIEVATOLO, *I custodi del sapere*, in "Bollettino Telematico di Filosofia Politica", 31 maggio 2021; LEAGUE OF EUROPEAN RESEARCH UNIVERSITIES, *Data statement*, December 2021.

²²Sul tema della fine della proprietà in ambito digitale v. A. PERZANOWSKI, J. SCHULTZ, *The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy*, The MIT Press, 2016, 249 p.; J. FAIRFIELD, *Owned: Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge University Press, 2017, 256 p.; G. NOTO

LA DIEGA, *The Internet of Things (You Don't Own) under Bourgeois Law: An Integrated Tactic to Rebalance Intellectual Property*, in Id. (ed.), "Internet of Things and the Law: Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies", Routledge, 2022.

²³B. BREMBS, K. FÖRSTNER, M. GOEDICKE et al., *Plan I – Towards a sustainable research information infrastructure*, Zenodo, January 21, 2021; M.C. PIEVATOLO, *Plan I: un'infrastruttura per riaprire la scienza*, in "Bollettino telematico di filosofia politica", 9 febbraio 2021.

²⁴R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Ledizioni, 2020, 209 p., p. 49 ss., p. 127 ss.

²⁵R. CASO, *La valutazione autoritaria e la privatizzazione della conoscenza contro la scienza aperta*, Trento LawTech Research Paper n. 52, 2022, in corso di pubblicazione nel volume *Perché la valutazione ha fallito. Per una nuova Università pubblica*, p. 3 ss.

²⁶Per un sintetico quadro d'insieme v. R. CASO, G. PASCUZZI, *Il diritto d'autore dell'era digitale*, in G. Pascuzzi, "Il diritto dell'era digitale", V ed., Il Mulino, 2020, 396 p., a p. 195 ss.

²⁷Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, abrogata e sostituita dalla direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

²⁸Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

²⁹V., ad es., il considerando 4 della direttiva 2001/29/CE InfoSoc, e i considerando 3 e 62 della direttiva 2019/790/UE.

³⁰Direttiva 91/250/CEE, art. 7.1(c).

³¹Direttiva 96/9/CE. Sulla direttiva banche dati v., da ult., C. SGANGA, *Ventisei anni di direttiva database alla prova della nuova strategia europea per i dati: evoluzioni giurisprudenziali e percorsi di riforma*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 2022, n. 3, pp. 651-704.

³²Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

³³*Ivi*, art. 6.

³⁴Direttiva (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.

³⁵Non è un caso che il *Constitutional Law Committee* del Parlamento finlandese abbia recentemente rilevato il contrasto tra il progetto di attuazione della direttiva (UE) 2019/790 e la norma della Costituzione finlandese (art. 16) posta a tutela del diritto allo studio e alla scienza: B. WHITE, *The Fundamental Right to Education and Science: Constitutional Law vs Copyright Law*, Libereurope, January 13, 2023.

³⁶M.C. PIEVATOLO, *L'età del privilegio*, in "Il Mulino", 2 aprile 2019: «tecnicamente, la direttiva europea è un'occasione mancata. Ancora una volta si è evitato di chiedersi se, per sostenere socialmente gli autori, siano immaginabili alternative al monopolio legalmente imposto, se la creazione, la condivisione e la rielaborazione delle opere dell'ingegno siano riducibili – salvo eccezioni – a questioni di rendita e di profitto, e se, infine, non valesse la pena esplorare un'impostazione inversa, nella quale l'esclusiva fosse l'eccezione e il pubblico dominio la norma. Politicamente, però, è qualcosa di peggio. Quanti hanno scritto e riscritto le norme sotto dettatura, quanti le hanno sostenute per proteggere le loro rendite; quanti, pur prendendo per eccezioni a favore di biblioteche, università e musei, si sono accontentati delle briciole cadute dal tavolo da gioco di



monopoli vecchi e nuovi, hanno un carattere comune: ciascuno di loro ha agito per il particolare, lasciando l'universale a se stesso. In un momento in cui si fa mostra di preoccuparsi per il risorgere del particolarismo violento di nazionalismi e fascismi, lo spettacolo di un legislatore europeo che abbandona la difesa delle libertà democratiche a una deputata di un partito che si chiama 'pirata' e che si fa sospingere dall'una e dall'altra parte *senza tentare di parlare a tutti* e per tutti, non è soltanto triste: è politicamente pericoloso».

³⁷R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, Trento LawTech Research Paper n. 38, 2020, in "Il diritto industriale", 2022, n. 2, pp. 118-126.

³⁸V., tra i tanti, C. GEIGER, *The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the failed Text and Data Mining Limitations in the CSDM Directive*, PLJIP/TLS Research Paper Series, 2021, n. 66, in M. Senftleben, J. Poort, M. van Eechoud et al. (eds.), "Intellectual Property and Sports, Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz", Kluwer Law International, 2021, pp. 383-394; T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology*, July 14, 2021, in "GRUR International", vol. 71, 2022, n. 8, pp. 685-701.

³⁹R. DUCATO, A.M. STROWEL, *Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues With the EU Copyright Exceptions and Possible Ways Out*, February 1, 2021, in "European Intellectual Property Review", pp. 322-337; S. ORLANDO, *Il diritto di Text and Data Mining (TDM) non esiste*, in questa Rivista: «va affermato con chiarezza che gli artt. 3 e 4 [della direttiva 2019/790/UE] non presuppongono né costituiscono alcun diritto esclusivo di TDM. [...], riteniamo che non soltanto per il diritto internazionale d'autore, ma anche per il diritto euro-unitario, sia sbagliato ritenere esistente di per sé la questione della violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi da parte delle attività di TDM. Anche per il diritto euro-unitario, l'interferenza del TDM con i regimi di esclusiva si pone in relazione alle attività di riproduzione e di estrazione (quest'ultima limitatamente al diritto *sui generis* sulle banche dati) soltanto se e nella misura in cui nel contesto delle operazioni di analisi automatizzata di dati digitali, in che consiste il TDM, vengano poste in essere attività di riproduzione ed estrazione precisamente ed esclusivamente intese nel modo statuito dalle normative che le riservano ai titolari dei diritti di esclusiva. Si tratta dunque di una interferenza solo eventuale e non necessaria. [...], deve inoltre ritenersi che il trattamento automatizzato di dati digitali esclusivamente *machine readable* non comporti di per sé alcuna interferenza con i regimi di esclusiva».

⁴⁰Direttiva 2019/790, considerando n. 8: «[...] in alcuni casi, l'estrazione di testo e di dati può riguardare atti protetti dal diritto d'autore dal diritto *sui generis* sulle banche dati, o entrambi, in particolare la riproduzione di opere o altro materiale, l'estrazione di contenuti da una banca dati o entrambi, come avviene ad esempio quando i dati vengono normalizzati nel processo di estrazione di testo e di dati. Se non sussistono eccezioni né limitazioni è richiesta un'apposita autorizzazione ai titolari dei diritti».

⁴¹Ivi, considerando n. 11: «È opportuno risolvere la situazione di incertezza giuridica relativamente all'estrazione di testo e di dati disponendo un'eccezione obbligatoria per le università e gli altri organismi di ricerca, così come per gli istituti di tutela del patrimonio culturale, al diritto esclusivo di riproduzione, nonché al diritto di vietare l'estrazione da una banca dati [...]».

⁴²Cfr. C. SGANGA, *A New Era for EU Copyright Exceptions and Limitations? Judicial Flexibility and Legislative Discretion in the Aftermath of the CDSM Directive and the Trio of the Grand Chamber of the CJEU*, October 1, 2020, ERA Forum, vol. 21, 2020, pp. 311-339.

⁴³Cfr., in riferimento alla Carta di Nizza e al bilanciamento dei diritti della persona E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, 2017, 244 p., a p. 78: «tra luci ed ombre l'immagine della Carta inizia [...] a delinearsi: la persona rinviene una protezione [...], attraverso un'ampia gamma di diritti anche di nuova generazione, ma [...] alcuni interessi economici rivendicano il medesimo rango dei diritti della persona e, in caso di conflitto, la soluzione tende ad essere affidata al mero bilanciamento degli interessi».

⁴⁴C. SGANGA, *A Decade of Fair Balance Doctrine, and How to Fix It: Copyright Versus Fundamental Rights Before the CJEU from Promuscaes to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online*, in "European Intellectual Property Review", 2019, n. 11.

⁴⁵Sul punto v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 444 p., a pp. 95-96: «[...] si è messa in dubbio la possibilità che la Carta potesse realmente sprigionare tutte le sue energie nella dimensione dell'effettività; le sue norme sono state sovente interpretate proprio alla luce di quella logica neoliberista rispetto alla quale, come già si è ricordato, essa si presenta come una discontinuità. L'effetto di questo atteggiamento, in termini di politica del diritto, è assai singolare, per non dire che si presenta come manifestazione di una incomprensibile logica suicida quando viene abbracciato da chi, in via generale, critica il neoliberismo e le sue proiezioni nell'ambito politico-istituzionale». Per una visione differente v. C. SALVI, *L'invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Marsilio, 2021, 240 p., pp. 146, 149-150: «di fronte al deperimento dei valori novecenteschi il neoproprietarismo propone oggi il valore della dignità umana, e lo pone alla base del potere, affidato soprattutto ai giudici, di operare il 'bilanciamento' tra diritti e interessi, cioè di decidere in un senso o nell'altro conflitti sociali e politici. Il valore della dignità umana sarebbe il criterio assiologico che consente di 'bilanciare' tutti gli altri valori. È difficile [...] condividere questa tesi». [...] «Il diritto della globalizzazione liberista tende a trasferire dai parlamenti, con le loro leggi, ai giudici supremi, o altri organismi 'apolitici', il potere decisionale e regolatorio. La tecnica utilizzata è il 'bilanciamento' tra valori, tra diritti, tra interessi; e la nozione di dignità, proprio per la sua vuota astrattezza, è indicata come il principio dei principi, il criterio assiologico che giustifica la scelta che con il 'bilanciamento' sarà compiuta». [...] «Il costituzionalismo contemporaneo delle corti nazionali e sovranazionali attribuisce invece al giudice sempre più spesso, e nelle più diverse materie, un autonomo potere di 'bilanciamento'. Per affermare che il potere di bilanciamento ha un fondamento normativo, i giudici ricorrono a quella specie di super norma che sarebbe il valore della dignità umana. E tanto più questo è una vuota iperbole, tanto meglio».

⁴⁶Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

⁴⁷Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

⁴⁸Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), COM(2022) 68, del 23 febbraio 2022.

⁴⁹EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, M. EECLOUD, *Study on the Open Data Directive, Data Governance and Data Act and their possible impact on research*, Publications Office of the European Union, 2022; C. SGANGA, *Ventisei anni di direttiva database*, cit., p. 683 ss. Sul rapporto tra *Open Data Directive* e ricerca scientifica v. R. CASO, *Open Data, ricerca scienti-*



fica cit.; M. ARISI, *Open Knowledge. Access and Re-Use of Research Data in the European Union Open Data Directive and the Implementation in Italy*, in “The Italian Law Journal”, 2022, n. 1, pp. 33-73.

⁵⁰Per un inquadramento, in chiave comparata, del regime giuridico dei dati della ricerca v. P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Università di Trento, 2021, 350 p.

⁵¹R. CASO, *Open Data, ricerca scientifica* cit., p. 819 ss.

⁵²K. MAEX, *Protect independent*, cit.: «What we need is a ‘Digital University Act’, aimed at: 1. Public storage and access to research data organised by universities and public infrastructure. 2. Freely accessible university research publications. Open access must not give rise to high publication fees or, worse, to a private company lock-in, whereby universities find themselves trapped in a growing commercial data-analysis industry. 3. Control over digital learning and research tools (productivity tools, learning environments, video conferencing, etc.). These tools should be supplied partly as public infrastructure and partly through collaboration with platform companies, with universities retaining control over the gathering and processing of user data as well as influence on the development of such tools. 4. Access to platform data. The EU should require that researchers and teachers also are given access to platform data for teaching and research purposes. This is crucial for moderating the public space and monitoring public communication».

⁵³R. CASO, *La libertà accademica e il diritto di messa a disposizione del pubblico in Open Access*, Trento LawTech Research Paper n. 37, 2019, in “Opinio Juris in Comparatione”, 2019, n. 1, pp. 45-78, a p. 58; R. CASO, G. DORE, *Academic Copyright, Open Access and the “Moral” Second Publication Right*, Trento LawTech Research Paper n. 47, 2021, in “European Intellectual Property Review”, 2022, n. 6, pp. 332-342, a p. 337.

⁵⁴M.C. PIEVATOLO, *Kant: l’illegittimità della ristampa dei libri*, in Id., “La comunicazione del sapere. La questione del diritto d’autore”, 2007-2008.

⁵⁵I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos’è l’illuminismo?*, 1784, traduzione dall’originale tedesco di F. Di Donato, revisione di M.C. Pievatolo.

⁵⁶R.K. MERTON, *Science and Technology in a Democratic Order*, in “Journal of Legal and Political Sociology”, 1942, n. 1, pp. 115-126.

⁵⁷Per riferimenti bibliografici e sitografici al dibattito v. R. CASO, *Il diritto di ripubblicazione in ambito scientifico (secondary publication right)*, 2022.

⁵⁸*Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes*, aus Nr. 59 vom 08.10.2013, Seite 3728.

⁵⁹*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)*, Staatsblad 2015, 257.

⁶⁰*Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, StF: BGBl. Nr. 111/1936, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2015.

⁶¹*Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016, Article 30, che modifica il *Code de la recherche*, Article L533-4.

⁶²*Wet houdende diverse bepalingen inzake Economie, Belgisch Staatsblad*, 30.07.2018, Artikle 29 che modifica il *Wetboek van economisch recht*, 28.02.2013, Artikle XI.196.

⁶³AISA, *Diritto di ripubblicazione in ambito scientifico*, 2016-2023.

⁶⁴D.d.l. 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.

⁶⁵LIBER, *Secondary Publication Right v. 2*, 2021; v. anche KNOWLEDGE RIGHTS 21, *A Position Statement from Knowledge Rights 21 on Secondary Publishing Rights*, 2022.

⁶⁶EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright and related rights and access to and reuse of scientific publications, including open access: exceptions and limitations, rights retention strategies and the secondary publication right*, Publications Office of the European Union, 2022, p. 33 ss.

⁶⁷V., da ult., ALLEA, *ALLEA Statement on Open Access Publication under “Big Deals” and the New Copyright Rules*, 2022.

⁶⁸V. l’art. 42 della l. 22 aprile 1941, n. 633, *Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

⁶⁹EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., p. 37: «at first sight, the clear personal nature of the SPR [Secondary Publication Right] – which belongs to the author of the work, rather than the publisher – speaks towards its classification as a moral right. Its inalienable and unwaivable nature also supports this interpretation. Indeed, the SPR could be viewed as a modern supplement to the moral right of first publication (also known as a right of disclosure) that exists in many European countries. Attractive though this approach is, it is not without complications. To begin, although moral rights may limit the way in which a copyright owner may use a work (e.g., in most countries, he or she cannot publish it without citing the author and cannot subject it to any derogatory action), they do not provide the author with the power to engage in use without the permission of the owner. From a practical perspective, it is also worth noting that, to date, the European legislator has signalled a clear reluctance to harmonise moral rights at the EU level. Classification of the SPR as a moral right could therefore inhibit its adoption as EU law».

⁷⁰*Ivi*, p. 39: «[...] perhaps the most appealing interpretation of the nature of the SPR is as a mechanism for the operationalisation the E&Ls [Exceptions and Limitations] relevant to scientific research – as a means, that is, of transforming them into as true ‘user rights’. From this perspective, the SPR can be approached as an extension to the research exception of Article 5(3)(a) ISD. There are two options here: it could be seen either as supplementing its re-use permissions with access ones to the benefit of users or as enabling beneficiary-authors to make available their works for the purpose of supporting other people’s research. It either case, it achieves its result while respecting the personal interests of authors in controlling the release the work to the public. If this approach is accepted, there would be a strong argument for going beyond publicly-funded research to allow an SPR for all scientific authors. Of course, the SPR is not that discerning: it provides access to all, regardless of the purpose for which they need it. This is an argument for not requiring OA release by the author. In that case, the limited list of and conditions for E&Ls would work as a stop-gap. Any users accessing the publication without a research or other protected objective would find re-use of the work blocked by copyright law».

⁷¹R. CASO, G. DORE, *Academic Copyright*, cit., p. 337.

⁷²R. CASO, *La libertà accademica*, cit., p. 59 ss.; EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., p. 47 ss.



⁷³Vi sono molte iniziative che puntano a livello internazionale, regionale e nazionale a riforme organiche del diritto d'autore. A livello dell'Unione europea v. il progetto di ricerca *ReCreating Europe*.

⁷⁴COALITION S, *Plan S, Rights Retention Strategy*: «The Plan S guidance includes the following commitment: 'Where possible, cOAlition S members will ensure by way of funding contracts or agreements that the authors or their institutions retain copyright as well as the rights that are necessary to make a version (either the VoR, the AAM or both) immediately available under an open license. To this end, cOAlition S will develop or adopt a model 'License to Publish' for their grantees'. To deliver on this commitment, cOAlition S Organisations will modify their funding agreements such that: - Authors (or their organisations) must retain sufficient intellectual property rights to comply with their Open Access requirements. - Authors (or their organisations) must ensure Open Access to the Author Accepted Manuscripts (AAMs) or the Version of Record (VoR) of research articles, at the time of publication. All research articles must be made available under a Creative Commons Attribution 'CC BY' licence or equivalent or, by exception, if so decided by a cOAlition S

Organisation, a Creative Commons Attribution, NoDerivatives 'CC BY-ND' licence, or equivalent. The grant agreement of most cOAlition S Organisations will stipulate that a Creative Commons Attribution 'CC BY' licence or equivalent (or a Creative Commons Attribution, No Derivatives, 'CC BY-ND' licence if agreed by the cOAlition S Organisation) will be applied to all future Author Accepted Manuscripts ('AAMs') as of the commencement of the grant».

⁷⁵EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., pp. 24 ss., 28 ss.

⁷⁶M.C. PIEVATOLO, *Se l'università può essere liberale*, in "Bollettino telematico di filosofia politica", 20 giugno 2020.

⁷⁷EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELOPOULOS, *Study on EU copyright*, cit., p. 56.

⁷⁸Sui processi europei di riforma del sistema di valutazione della ricerca v. F. DI DONATO, *Una questione di qualità o una formalità? L'Agreement on Reforming Research Assessment e il processo di riforma della valutazione della ricerca in Europa (1.0)*, Zenodo, 2022.

* * *

The human right to science and the moral right to open scientific publications

Abstract: While much of the debate on the relationship between a human right to science and copyright focuses on the exceptions and limitations to exclusive rights and on users' rights, this paper, on the wake of foregoing studies, argues that it is also necessary to look at other legal mechanisms. In this perspective, it is necessary to reflect on the so called "secondary publication right". This right is an essential tool to defend academic autonomy and freedom, which are increasingly at risk. It is not an exception or a user's right but rather a moral and economic author's right to open scientific texts, which is philosophically rooted on the Kantian vision of copyright (protecting the integrity of the discourse between author and public), the public use of reason and the Mertonian norms of science. The right to open scientific texts is a fundamental aspect of the human right to (open) science.

Keywords: Copyright – Human right to science – Open Access – Moral Secondary Publication Right