

Estratto da:

Archivi, banche dati ed opere o prodotti culturali orfani

Paolo Galli (Avvocato, docente universitario)

In A. Torre (a cura di), Annali 10, *Le Carte e le immagini*, Fondazione Aamod, 2008

Parte seconda

ARCHIVI ED ORPHAN WORKS

7. Alcuni studi recenti (67) hanno segnalato che quello delle *orphan works* è un problema particolarmente diffuso e sentito dagli archivi di tutto il mondo.

La British Library, ad esempio, ha stimato che di almeno il 40% delle opere custodite nelle proprie collezioni essa non conosca chi siano gli autori o i titolari di eventuali diritti connessi. Soltanto l'1% delle 350.000 fotografie raccolte nell'archivio della Cornell University Library porta l'indicazione dell'autore: tutte le altre sono anonime. Un'indagine condotta dall'Associazione dei produttori cinematografici europei ha evidenziato che negli archivi europei sono custodite almeno 50.000 opere cinematografiche anonime la cui realizzazione risale agli anni compresi tra il secondo dopoguerra ed il 1950.

Il problema delle *orphan works* presenta naturalmente diverse sfaccettature.

L'ipotesi più diffusa vede le opere o i materiali raccolti in un archivio non contenere alcuna indicazione sul nome dell'autore o del titolare di diritti connessi (o di altri diritti Ip): che è quanto accade allorché un archivio acquista ad esempio una collezione privata di fotografie da un soggetto che non si era preoccupato di catalogare, per ciascuna opera, il nome dell'autore e/o la sua data di realizzazione; oppure acquista una collezione di manoscritti o di audiovisivi anonimi (si pensi ai documentari amatoriali); oppure ancora acquista una collezione di cartoline, brochure, depliant o francobolli di cui non si conosce l'autore.

Una seconda ipotesi vede invece le opere o i materiali custoditi in un archivio riportare il nominativo dell'autore o comunque di una persona (fisica o giuridica) titolare dei relativi diritti anche connessi, ma vede questi diritti essere stati medio tempore ceduti ad altri soggetti a loro volta non rintracciabili od identificabili: ad esempio perché l'autore è deceduto e non è possibile ricostruire la catena degli aventi causa del *de cuius* o dei suoi eredi, oppure perché il produttore di un film ha cessato la propria attività e non è dato sapere a chi siano stati assegnati i diritti sul film contenuto in archivio.

Una terza ipotesi vede infine le opere o i materiali orfani riportare il nome dei titolari dei diritti d'autore e connessi ma vede queste persone non essere rintracciabili con gli strumenti disponibili sul mercato: quali ad esempio le pagine bianche, gli archivi delle *collecting societies* oppure i dati in possesso di ambasciate od investigatori privati. E tanto può accadere ad esempio quando in una collezione di fotografie alcune opere risultano essere state create da un certo signor Mario Rossi senza null'altro sapere, oppure da autori italiani emigrati in paesi stranieri di cui si sia persa ogni traccia.

8. L'utilizzo di *orphan works* all'interno degli archivi vede naturalmente diversi interessi contendersi il campo. Vi sono anzitutto gli interessi degli autori o dei titolari dei diritti connessi a controllare (e ad essere remunerati per) ogni forma di utilizzazione economica delle proprie opere o dei propri materiali. Vi sono inoltre gli interessi degli archivi ad utilizzare liberamente le opere o i materiali orfani presenti nelle proprie raccolte,

almeno dopo aver compiuto ragionevoli sforzi per rintracciare i soggetti a cui chiedere i consensi del caso. E vi è infine l'interesse della collettività a fruire, a sua volta, liberamente delle opere o dei materiali orfani presenti in grande quantità negli archivi di tutto il mondo.

Nell'effettuare un bilanciamento tra questi interessi contrapposti, i legislatori internazionale, comunitario ed italiano hanno sino ad ora privilegiato la posizione degli autori, delle imprese culturali e degli ausiliari di queste ultime. E lo hanno fatto attraverso il superamento di sistemi di protezione fondati su formalità costitutive, il rafforzamento delle esclusive patrimoniali e morali d'autore e non, l'estensione dei termini di tutela e l'istituzione di privative via via nuove. Nessuna o comunque poca attenzione è stata invece riservata agli interessi degli utilizzatori e a quelli della collettività a fruire liberamente delle opere orfane. Una nuova linea di tendenza sembra tuttavia aver preso piede negli ultimi anni. Alcuni paesi hanno infatti introdotto correttivi alla disciplina dei diritti d'autore e connessi, basati per lo più sull'istituzione di licenze obbligatorie o sulla previsione di regole speciali di *liability*: in entrambi i casi con l'obiettivo di non ostacolare l'utilizzo di opere orfane anche (e soprattutto) da parte degli archivi e di assicurare al tempo stesso una remunerazione agli autori di queste opere o ai titolari di diritti connessi su di esse, ove gli uni o gli altri vengano successivamente individuati. Negli Us sono stati presentati alcuni studi sul problema delle *orphan works* a cui sono seguite interessanti proposte di riforma del Copyright Act (68). E da ultimo anche l'Unione europea ha istituito una commissione di studio che ha concluso i propri lavori il 9 giugno 2007 ed ha auspicato l'introduzione di «meccanismi volti a consentire l'uso delle opere orfane per scopi non commerciali ma anche commerciali», sempre che l'utilizzatore abbia compiuto ragionevoli sforzi per identificare il o i titolare/i dei diritti a cui chiedere i consensi del caso (69).

9. Al momento è tuttavia difficile prevedere se e quando i meccanismi sopra ricordati saranno introdotti in Europa. Oggi come oggi, dunque, l'utilizzo delle *orphan works* da parte degli archivi è soggetto a regole che variano da paese a paese e che naturalmente esula dagli obiettivi di questo lavoro analizzare nel dettaglio. Può invece essere utile soffermarsi sulla disciplina vigente in Italia, dove pure non esistendo una regolamentazione organica del fenomeno delle *orphan works*, vi sono alcune norme che intervenendo sul piano delle fattispecie costitutive dei diritti d'autore e connessi, sul contenuto di questi diritti, sull'onere della prova e sugli strumenti sanzionatori civili, sembrerebbero riconoscere agli archivi, pubblici o privati che siano, alcuni spazi entro cui utilizzare liberamente opere o materiali orfani.

A. L'art. 1 l.a. dichiara anzitutto non protette dal diritto d'autore (e quindi liberamente utilizzabili) le opere dell'ingegno prive di carattere creativo (70). È pertanto consentita ad esempio l'utilizzazione da parte degli archivi di documenti storici, e via via di testi di norme, di decisioni di organi amministrativi o giudiziari, di contratti relativi alla creazione ed allo sviluppo di un'opera cinematografica, di statuti di associazioni, di schemi di opere (format, e quant'altro), di bozzetti cinematografici al loro stadio iniziale o di fotografie di «scritti, documenti, carte di affari, oggetti materiali, disegni tecnici o simili» che l'art. 87 l.a. considera non protetta nemmeno dal diritto connesso.

B. Sino al 2003, i diritti riconosciuti al produttore fonografico non potevano essere esercitati nei confronti dei terzi fintanto che non fosse: «stato effettuato il deposito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, secondo le norme del regolamento, di un esemplare del disco o dell'apparecchio analogo» fermo che «le formalità del deposito di cui al

primo comma, quale condizione dell'esercizio dei diritti spettanti al produttore » si riteneva «soddisfatta qualora su tutti gli esemplari del disco o apparecchio analogo» risultasse «apposto in modo stabile il simbolo (P), accompagnato dall'indicazione dell'anno di prima pubblicazione».

In questa prospettiva, potevano considerarsi leciti il prestito, il noleggio, la comunicazione al pubblico, la vendita o qualunque altra forma di utilizzazione economica ad esempio di fonogrammi amatoriali o anonimi contenuti nelle raccolte di un archivio, almeno nelle ipotesi in cui di questi fonogrammi non fosse stato effettuato alcun deposito presso la Pcm o in cui non risultassero apposte le indicazioni (della «P» e dell'anno di riproduzione) richieste dalla l.a. L'art. 77 l.a. è stato tuttavia abrogato dal d.lgs. 68/2003 e le relative formalità hanno quindi oggi una portata residuale che interessa i soli diritti spettanti ad alcuni (per la verità pochi) soggetti stranieri: con la conseguenza che i diritti del produttore fonografico sono attualmente opponibili agli archivi anche in caso di prodotti amatoriali o di prodotti «anonimi».

Resta peraltro da chiedersi se gli archivi abbiano diritto di continuare l'utilizzo di fonogrammi «orfani» presenti nelle proprie raccolte ancora prima dell'abrogazione dell'art. 77 l.a. e cioè prima del 29 aprile 2003: come a me pare ragionevole ammettere alla luce dell'art. 38 d.lgs. 68/2003, secondo cui «le disposizioni del presente decreto si applicano a tutte le opere e agli altri materiali in esso contemplati, protetti alla data del 22 dicembre 2002» e secondo cui «restano salvi gli atti conclusi ed i diritti acquisiti prima della stessa data».

C. Ulteriori formalità costitutive sono previste dall'art. 90 l.a. per le fotografie cd. «non creative». Secondo l'art. 90 l.a., in particolare: «gli esemplari della fotografia devono portare le seguenti indicazioni: 1) il nome del fotografo, o, nel caso previsto nel primo capoverso dell'art. 88, della ditta da cui il fotografo dipende o del committente; 2) la data dell'anno di produzione della fotografia; 3) il nome dell'autore dell'opera d'arte fotografata. Qualora gli esemplari non portino le suddette indicazioni, la loro riproduzione non è considerata abusiva e non sono dovuti i compensi indicati agli artt. 91 e 98 a meno che il fotografo non provi la mala fede del riproduttore».

Questa regola è tuttora in vigore e rende l'esercizio dei diritti spettanti al fotografo, segnatamente sulle fotografie prive delle indicazioni sopra ricordate, inopponibile ai terzi in buona fede. Sono pertanto leciti ad esempio la digitalizzazione, la riproduzione analogica, il prestito, il noleggio la comunicazione al pubblico, o la vendita da parte di un archivio delle fotografie in proprio possesso, ove, come spesso accade, queste fotografie non riportino le indicazioni di cui all'art. 90 l.a. ed il nome dell'autore non sia noto o conoscibile con la diligenza del caso.

10. Un secondo gruppo di regole interviene sui diritti riservati agli autori e ai titolari di diritti connessi, ne circoscrive la portata e finisce in questo modo per liberalizzare alcune forme di sfruttamento economico di opere o materiali orfani anche da parte degli archivi.

Libero è anzitutto l'inserimento di una o più opere orfane all'interno degli archivi. È pertanto lecita la realizzazione ad esempio di una collezione privata e più in generale di qualunque raccolta contenente opere o materiali orfani, almeno sino a quando questa raccolta non venga per così dire «sfruttata economicamente» attraverso la sua riproduzione, apertura al pubblico, digitalizzazione o successivo uploading in Internet. In altre parole: l'inserimento di un'opera orfana all'interno di un archivio è attività di per sé lecita. Lo sfruttamento di un archivio contenente un'opera orfana è invece attività soggetta al consenso dell'autore o del titolare dei diritti connessi su di essa. Quest'ultima osservazione richiede tuttavia

una precisazione. Esistono infatti diversi limiti alle facoltà esclusive riconosciute ad autori e titolari dei diritti connessi. E questi limiti riguardano anche forme di sfruttamento economico delle *orphan works* che per gli archivi assumono un rilievo di non poco conto.

A. Un primo limite discende dagli artt. 21 d.lgs. 685/1994 e dall'art. 71 ter l.a. L'art. 21 d.lgs. 685/1994, in particolare, prevede che le disposizioni della l.a. «relative al diritto di noleggio e al diritto di prestito, nonché al potere di autorizzare a noleggiare o a dare in prestito, non si applicano ad altre forme di cessione di fonogrammi o di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento ai fini della loro proiezione in pubblico, radiodiffusione, messa a disposizione a scopo di consultazione sul posto o alla cessione di opere o di esemplari di opere a fini di esposizione; il prestito non comprende la messa a disposizione tra istituzioni aperte al pubblico. Tali utilizzazioni restano disciplinate dalle disposizioni della legge 22 aprile 1941, n. 633, in quanto applicabili».

Certo, questa norma esclude soltanto «che la messa a disposizione a scopo di consultazione sul posto» di opere o prodotti culturali non costituisce una forma di prestito né tantomeno di noleggio. A prima vista si potrebbe allora sostenere che in base all'art. 21 d.lgs. 685/1994 la consultazione in loco, se non è una forma di prestito, è comunque una modalità di sfruttamento di un'opera o di un prodotto culturale che in quanto tale è riservata ad autori o titolari dei diritti connessi. Più convincente è tuttavia l'interpretazione suggerita da alcuni autori, secondo cui «l'inapplicabilità delle norme relative al noleggio ed al prestito pare presupporre l'intenzione legislativa di considerare queste attività», segnatamente le attività di messa a disposizione per la consultazione in loco «assolutamente libere» con l'obiettivo di proteggere un interesse che alcuni ravvisano nell'interesse generale alla diffusione alla cultura (71) e che altri circoscrivono invece «ad interessi ulteriormente qualificati» che nel caso di specie potrebbero gravitare intorno a specifici valori come quelli alla libertà di insegnamento dell'arte e della scienza (72) riconosciuti di rango costituzionale e primario dall'art. 35 Cost.

La tesi qui accolta (liberalizzazione della messa a disposizione a scopo di consultazione in loco) sembra oggi avvalorata anche dall'art. 71 ter l.a., introdotto dal d.lgs. 68/2003 in attuazione dell'art. 5 dir. 29/2001. L'art. 71 ter l.a. prevede infatti una limitazione ai diritti riservati ad autori e titolari di diritti connessi, secondo cui: «è libera la comunicazione o la messa a disposizione destinata a singoli individui, a scopo di ricerca o di attività privata di studio, su terminali aventi tale unica funzione situati nei locali delle biblioteche accessibili al pubblico, degli istituti di istruzione, nei musei e negli archivi, limitatamente alle opere o ad altri materiali contenuti nelle loro collezioni e non soggetti a vincoli derivanti da atti di cessione o da licenza».

In questo contesto appare difficile sostenere che la consultazione in loco sia attività riservata agli autori o ai titolari dei diritti connessi quando ha ad oggetto gli esemplari originali delle loro opere o dei loro materiali e sia invece liberalizzata quando avviene attraverso terminali messi a disposizione di singoli individui per finalità di ricerca o attività di studio.

B. Un limite ulteriore ai diritti d'autore e connessi sulle opere orfane è previsto dall'art. 68 l.a., secondo cui «È libera la fotocopia di opere esistenti nelle biblioteche accessibili al pubblico o in quelle scolastiche, nei musei pubblici o negli archivi pubblici, effettuata dai predetti organismi per i propri servizi, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto. Fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, è consentita, nei limiti del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico, escluse le pagine di pubblicità, la riproduzione per

uso personale di opere dell'ingegno effettuata mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo», purché i responsabili dei centri di riproduzione, i quali utilizzino nel proprio ambito o mettano a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione, corrispondano un compenso agli autori ed agli editori delle opere dell'ingegno pubblicate per le stampe che, mediante tali apparecchi, vengono riprodotte.

C. Resta infine da dire dell'art. 70 co. 1 bis l.a., introdotto dalla legge 9.1.2008 n. 2 (in *Guri*, 25 gennaio 2008), secondo cui: «è consentita la libera pubblicazione attraverso la rete internet, a titolo gratuito, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate, per uso didattico o scientifico e solo nel caso in cui tale utilizzo non sia a scopo di lucro. Con decreto del ministro per i Beni e le Attività culturali, sentiti il ministro della Pubblica istruzione e il ministro dell'Università e della Ricerca, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, sono definiti i limiti all'uso didattico o scientifico».

Questa norma sembrerebbe a prima vista riconoscere agli archivi il diritto di pubblicare, ad esempio sui propri siti web, opere o materiali orfani anche senza il consenso degli autori o dei titolari di diritti connessi: purché a risoluzioni degradate e purché la pubblicazione avvenga a titolo gratuito, per uso didattico o scientifico e non a scopo di lucro (73).

11. Un terzo gruppo di norme interviene infine sulla disciplina dell'onere della prova e degli strumenti di tutela attivabili in caso di utilizzazioni non consentite di opere o materiali orfani.

Sotto il primo profilo, gli artt. 8 e 99 l.a. istituiscono presunzioni di appartenenza dei diritti d'autore e connessi a favore di chi sia «indicato tale nelle forme d'uso, ovvero, [...] annunciato come tale nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o radiodiffusione dell'opera». Queste presunzioni non si applicano naturalmente alle opere o ai materiali orfani: con la conseguenza che autori o imprese culturali avranno l'onere, non sempre agevole, di provare la titolarità dei diritti eventualmente azionati nei confronti degli archivi.

Ad agevolare ulteriormente la posizione degli archivi vi è l'art. 89 l.a. che prevede che la cessione di un negativo o di analogo mezzo di riproduzione di una fotografia «comprende, salvo patto contrario, la cessione dei diritti» riservati al fotografo: regola questa che la giurisprudenza ritiene per lo più applicabile anche alle fotografie creative protette dal diritto d'autore (74): con la conseguenza che di fronte ad eventuali azioni dei fotografi o dei loro pretesi aventi causa, l'archivio potrà far valere anche la presunzione ora ricordata dell'art. 89 l.a.

Sotto il secondo profilo (sanzioni civili), è evidente che almeno da un punto di vista astratto l'utilizzo di opere o materiali orfani all'interno di un archivio senza il consenso degli aventi diritto costituisce un illecito ai sensi degli artt. 2043 c.c. e 156 ss. l.a.. A questo proposito occorre tuttavia distinguere due diverse ipotesi. La prima ipotesi vede un archivio utilizzare opere o materiali orfani dopo aver compiuto ragionevoli sforzi per individuare, naturalmente senza successo, il titolare o i titolari dei diritti sulle opere e i materiali ora detti. In questa prima ipotesi mi pare ragionevole concludere che ove i titolari dei diritti sulle opere e i materiali utilizzati dall'archivio rivelino la propria identità e decidano di agire nei confronti dell'archivio, quest'ultimo sia naturalmente soggetto a provvedimenti inibitori e/o ripristinatori ma non anche a provvedimenti risarcitori (mancando in esso la colpa o il dolo richiesti dall'art. 2043 c.c.). La seconda ipotesi vede invece un archivio utilizzare opere o materiali orfani senza cercare di individuare preventivamente il titolare o i titolari dei diritti sulle opere e i materiali utilizzati. In questa seconda ipotesi direi che

l'archivio agisce con dolo o comunque colpa e che esso è perciò soggetto non solo a provvedimenti inibitori e/o ripristinatori ma anche a provvedimenti risarcitori ex art. 2043 c.c.

Note

67 United States Copyright Office, *Report on Orphan Works*, Library of Congress, 2006; J. Brito, B. Dooling, *An Orphan Works Affirmative Defense to Copyright for Infringement Actions*, in *Mich. Telecomm. Tech. Law Rev.*, 2005, 75 ss.

68 United States Copyright Office, *Report on Orphan Works*, cit.

69 Report on Digital Preservation, *Orphan Works, and Out of Print Works. Selected Implementation Issues*, reperibile in www.europa.eu.

70 L.C. Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, cit., 16; M. Ricolfi, *Diritto d'autore*, in N. Abriani, G. Cottino, M. Ricolfi, *Diritto industriale*, cit., 365; M. Bertani, *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, cit., 867 ss.; Cass. 13 dicembre 1999 n. 13937, cit.; C. App. Roma, 11 maggio 1998, cit.; C. App. Milano, 13 dicembre 1996, cit.; C. App. Milano, 10 novembre 1995, cit.

71 Così P.G. Beduschi, *Il noleggio e il prestito delle opere dell'ingegno*, in *Il diritto industriale (Idi)*, 1995, 315.

72 Così da ultimo D. Sarti, *Il prestito bibliotecario fra diritti esclusivi, compensi e obiettivi di promozione culturale*, in *Aida*, 2007.

73 V. sul punto la relazione del presidente della commissione Cultura della Camera dei deputati Pietro Folena, tratta da www.dirittodautore.it, secondo cui: «Mi dispiace che in rete si travisi il significato, giuridico e politico, dell'introduzione del nuovo comma 1-bis nell'articolo 70 della legge sul diritto d'autore.

«Prima di tutto va rilevato che rimane in piedi, del tutto, il primo comma, il quale limita la riproduzione alla citazione e al riassunto e, quindi, non all'intera opera. In più il motivo della pubblicazione non può essere la mera illustrazione. Viceversa il nuovo comma 1 bis estende – e sottolineo questo aspetto – la possibilità di pubblicazioni “libere” sia pure solo per siti didattici e scientifici all'intera opera (immagine o musica), anche se degradata. Cosa significa, in pratica? Se ho un blog didattico, un sito scientifico, a norma dell'articolo 70 non posso pubblicare opere coperte da altrui diritto d'autore, per intero. Ad esempio se ho un sito didattico sulla fotografia, non posso pubblicare un'opera di un grande fotografo come H. Newton né un file audio con una canzone di un cantante famoso, per esempio Vasco Rossi. Ma neppure la foto al microscopio di una cellula, se coperta da diritto d'autore. Con questa nuova norma, invece, previa definizione dei criteri da parte del Ministero (noi avremmo voluto scriverli direttamente nella norma, ma abbiamo accettato una mediazione) questo sarà possibile. Ovviamente a certe condizioni (di qui la minore risoluzione o la degradazione) in modo tale che non si entri in contrasto con l'utilizzazione economica dell'opera stessa. Ad esempio, un file audio potrebbe essere messo a disposizione sul sito con una qualità non paragonabile a quella di un Cd, ma comunque ascoltabile. O un'immagine con dimensioni non utili alla riproduzione a stampa (quindi praticamente tutte le immagini del web).

«L'ispirazione è stata un disegno di legge dei Verdi proprio riguardo i siti didattici. Si può certo dissentire per la portata limitata dell'intervento, ma difatti non era certo quella la sede per una revisione del diritto d'autore complessivo. La commissione del professor Gambino era al lavoro e mai ci saremmo permessi di procedere senza prima aver acquisito i suoi risultati. Quindi tutto si può dire, ma non che questa novella restringa le libere utilizzazioni attuali. Semmai, di poco, le allarga, venendo incontro all'esigenza di tanti docenti che hanno blog e siti didattici. Può essere confusa con altre questioni (il diritto di panorama e il codice Urbani) che nulla hanno a che vedere con questa piccola – piccolissima, ma comunque importante – isola di libertà».

74 C. App. Milano, 7 marzo 1995, in *Aida*, 1995, 351; Trib. Catania, 11 settembre 2001, *ivi*, 2002, 856.