

Dig *Italia*

Anno VII, Numero 2 - **2012**

ISSN 1972-6201

Rivista del digitale nei beni culturali

ICCU-ROMA

La rete adotta le opere orfane

Lucia Marchi

MiBAC – Servizio per il diritto d'autore

La direttiva 2012/28/UE*

Nell'era attuale le opere dell'ingegno viaggiando in rete possono essere conosciute da un numero di persone costantemente in crescita: questa nuova opportunità costituisce una rivoluzione nella fruizione del panorama dei prodotti creativi.

Siamo all'alba di una nuova epoca nella quale i prodotti culturali viaggiano su autostrade informatiche che permettono loro migliore conoscenza e diffusione da parte di un numero sempre maggiore di persone.

In questo scenario una limitazione alla conoscenza pone una tipologia specifica di opere dell'ingegno, e cioè quella relativa alle *opere orfane*, - ovvero opere creative delle quali, come dice la stessa etimologia, non è nota né la paternità né i titolari dei diritti di proprietà intellettuale -, in un limbo nel quale è difficile poterle far uscire senza averle dapprima prese in affido.

La controversa questione delle opere orfane ha finalmente ottenuto la legittima considerazione, grazie all'approvazione, nei mesi scorsi, di una direttiva europea che consente di mettere dei punti fermi per quanto riguarda la digitalizzazione di questo grande patrimonio posseduto dalle organizzazioni pubbliche dei Paesi componenti l'Unione europea.

Si tratta della direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane, la quale, dopo un lungo e travagliato periodo di gestazione durato circa sedici

mesi, ha visto la luce con l'adozione della stessa e la pubblicazione il 27 ottobre 2012 nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (UE).

L'iter di negoziazione della direttiva è iniziato l'8 giugno 2011 con la presentazione della proposta da parte della Commissione nel Gruppo di lavoro Proprietà Intellettuale del Consiglio dell'Unione Europea.

Le intenzioni della proposta di direttiva avanzata dalla Commissione sono da ricercare nella volontà di favorire e promuovere la libera circolazione della conoscenza e dell'innovazione nel mercato interno, e di dare uno slancio alla competitività in questo particolare momento storico, come più volte sollecitato dal rapporto Strategia Europa 2020, in modo da preparare l'Unione Europea ad affrontare le future sfide culturali, sociali ed economiche del secondo ventennio del terzo millennio.

Il traguardo che si prefigge la direttiva è quello di consentire l'uso transfrontaliero online delle opere orfane (escluse quelle fotografiche) pubblicamente accessibili ovvero conservate negli archivi, nei musei, nelle biblioteche e nelle videoteche pubbliche, comprese le opere audio, audiovisive e cinematografiche prodotte da organismi di servizio pubblico di radiodiffusione.

L'opera creativa acquisisce, secondo la proposta, il requisito di orfana quando al termine della cosiddetta "ricerca diligente" non viene individuato nessun titolare dei diritti d'autore relativamente alla stessa.

* Direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, su taluni utilizzi consentiti di opere orfane. Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 299, a. 55, 27 ottobre 2012.

La direttiva propone un approccio comune per disciplinare quelli che sono stati finora i diversi criteri adottati dai Paesi per la riproduzione e la messa a disposizione di opere orfane, e che hanno presentato numerosi ostacoli al funzionamento del mercato interno dell'Unione europea relativamente all'accesso transfrontaliero ed al conseguente utilizzo delle opere orfane.

Lo stesso portale del patrimonio culturale europeo, conosciuto come Europeana, che ha tra gli obiettivi la costituzione di una biblioteca digitale europea, ha evidenziato le notevoli difficoltà riscontrate da parte delle organizzazioni pubbliche nel mettere a disposizione le opere presso le stesse conservate, poiché per una consistente parte è impossibile o molto difficile rintracciare la paternità e/o i titolari dei diritti sulle opere stesse.

Le opere orfane nelle biblioteche

Di conseguenza, per garantire la certezza del diritto per quanto riguarda l'utilizzo delle opere orfane l'Unione ha deciso di intervenire con l'emissione della direttiva in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato europeo, sottolineando che nell'attuale contesto si considera che il *«diritto d'autore è il fondamento economico dell'industria creativa, dato che stimola l'innovazione, la creazione, gli investimenti e la produzione. La digitalizzazione e la diffusione di massa delle opere sono pertanto un mezzo per tutelare il patrimonio culturale europeo. Il diritto d'autore è uno strumento importante per garantire che il settore creativo sia remunerato per il proprio lavoro»*

In realtà, già nel giugno 2008 il Gruppo di Esperti di alto livello Europei (HLG) in occasione del *Final Report on Digital Preservation, Orphan Work, and Out-of-Print Work*, che faceva seguito al Libro Verde ed alla conseguente consultazione pubblica aperta sulla materia nell'ambito della Comunità Europea, aveva auspicato una regolamentazione speci-

fica e dettagliata del settore considerato l'incessante e progressivo sviluppo della rete.

Inoltre, una ricerca effettuata presso la *British Library* ha evidenziato che il 40% delle opere depositate nella biblioteca inglese possono essere comprese nella categoria delle opere orfane, e, che ben oltre 1 milione di ore di programmi TV, tratti dagli archivi della *BBC*, non possono essere utilizzate per l'impossibilità, e/o per il costo sproporzionato necessario a rintracciare i titolari dei diritti.

Le conseguenze legali nel caso tali opere venissero digitalizzate senza che siano rintracciati i titolari dei diritti, seppur difficilmente reperibili e nella maggior parte ignoti, non potrebbero essere sopportate dalle istituzioni culturali europee, allorché tali si palesassero in conseguenza della nuova diffusione.

In questo contesto la Commissione ha ritenuto necessario avanzare la proposta di direttiva che ponesse la questione in primo piano, e cercasse di dirimerla in maniera esaustiva al fine della conseguente digitalizzazione dei contenuti creativi a disposizione delle organizzazioni pubbliche, altrimenti giacenti nei depositi e destinati ad un deperimento che ne avrebbe di fatto potuto anche cancellare definitivamente l'esistenza.

Il contributo dell'Italia alla direttiva

La delegazione italiana, fin dall'avvio dell'iter di negoziazione della proposta in seno al Gruppo Proprietà Intellettuale del Consiglio dell'UE, ha dimostrato un interesse attento e costruttivo nello svolgersi delle fasi di lettura delle varie bozze di proposta via via presentate, ed ha addirittura avanzato una autonoma bozza di proposta che è stata discussa nella sede europea. La proposta italiana è stata elaborata, di concerto con i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche italiane competenti in materia, nell'ambito delle riunioni di coordinamento promosse presso il Dipartimento delle Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La proposta italiana ha permesso l'eliminazione nella bozza di direttiva dell'originario art. 7, che prevedeva gli usi commerciali autorizzati di opere orfane.

In Italia si è sviluppato un vivace dibattito sull'argomento che ha sollecitato l'espressione di autorevoli pareri in merito da parte, tra gli altri, dell'Associazione Italiana Biblioteche, del Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore, organo consultivo del Ministro per i Beni e le Attività Culturali, della VII Commissione Permanente del Senato.

Con il procedere delle trattative e l'avvicinarsi delle varie presidenze di turno nel Gruppo di lavoro Proprietà Intellettuale del Consiglio europeo sono state elaborate un crescente numero di proposte, che hanno messo in evidenza la coesistenza di differenti ordinamenti giuridici in materia di diritto d'autore nei Paesi dell'Unione Europea, ed hanno accentuato le difficoltà di trovare ampi accordi tra le delegazioni.

In particolare, l'Italia, che ha posto motivate riserve nei confronti della proposta di direttiva nella stesura finale, si è trovata nelle condizioni che le stesse non fossero neanche inserite tra "le questioni in sospeso" dalla Presidenza danese pro tempore in sede Comitato dei rappresentanti permanenti (Coreper).

Così il Parlamento Europeo ha approvato il 13 settembre 2012 in prima lettura il testo di compromesso della direttiva nella sua stesura finale.

La direttiva, introdotta da 25 considerando, è composta da 12 articoli.

Il testo della direttiva

I Considerando

È stato già ampiamente illustrato quale sia il compito della direttiva, cioè di promuovere e favorire la libera circolazione della conoscenza e dell'innovazione nel mercato interno, che si palesa immediatamente nel considerando 2°,

il quale recita che la suddetta esigenza «costituisce un elemento importante della strategia Europa 2020, confermato anche nella comunicazione della Commissione intitolata *Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, che include tra le iniziative emblematiche la creazione di un'agenda digitale europea».

Nel successivo considerando 3° si sottolinea la necessità di definire una normativa di settore «che promuova la digitalizzazione e la diffusione di opere e di altri contenuti protetti dai diritti d'autore o dai diritti connessi e il cui titolare dei diritti non sia stato individuato o, se individuato, non sia stato rintracciato, le cosiddette opere orfane, rientra nelle azioni fondamentali dell'agenda digitale europea, così come previsto dalla comunicazione della Commissione intitolata "Un'agenda digitale europea"».

Dal momento che, come recita il considerando 6°, per la digitalizzazione e la conseguente messa a disposizione del pubblico di qualsiasi opera il quadro giuridico europeo impone il consenso preventivo dei titolari dei diritti, che nel caso delle opere orfane non è possibile ottenere trattandosi di opere delle quali il/i titolare/i non è/sono noto/i e/o rintracciabile/i.

La direttiva interviene, quindi, consentendo la diffusione e riproduzione in rete da parte delle organizzazioni pubbliche mediante la definizione di "taluni utilizzi consentiti di opere orfane".

Tutto ciò perché, come recita il considerando 9°, «un approccio comune al conferimento dello status di opera orfana e alla definizione degli utilizzi consentiti delle stesse è necessario per garantire la certezza del diritto nel mercato interno per quanto concerne l'utilizzo di opere orfane da parte di biblioteche, istituti di istruzione e musei accessibili al pubblico, nonché archivi, istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro ed emittenti di servizio pubblico».

L'attribuzione di opera orfana viene data all'opera

successivamente ad una investigazione approfondita sulla eventuale titolarità della stessa effettuata mediante la cosiddetta "ricerca diligente", della quale si parla non solo nei considerando dal 13° al 19°, ma le viene anche dedicato l'intero articolo 3.

Le opere, quindi, si possono considerare orfane qualora al termine di una ricerca diligente non sia stato possibile determinarne i titolari dei diritti, e gli esiti di tale indagine, come recita il considerando 16°, devono essere «raccolti e messi a disposizione del pubblico, in particolare tramite la registrazione delle pertinenti informazioni in una banca dati online» unica tenuta presso l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato Interno, che, a seguito del Regolamento dell'Unione Europea 186/2012 ha assegnati i compiti inerenti le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale compresa la prevenzione.

Interessante è anche la clausola inserita nel considerando 20° che così testualmente recita: «Al fine di promuovere l'apprendimento e la diffusione della cultura, occorre che gli Stati membri prevedano un'eccezione o una limitazione oltre a quelle previste all'articolo 5 della direttiva 2001/29/CE. Tale eccezione o limitazione dovrebbe concedere a talune organizzazioni, di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2001/29/CE e agli istituti per il patrimonio cinematografico e sonoro che operano senza scopo di lucro nonché alle emittenti di servizio pubblico, di riprodurre e mettere a disposizione del pubblico, ai sensi di detta direttiva, opere orfane, a condizione che tali utilizzi rientrino nella loro missione di interesse pubblico, volta in particolare a conservare, restaurare e concedere l'accesso alle loro collezioni a fini culturali e formativi, comprese le loro collezioni digitali. Ai fini della presente direttiva, si considera che gli istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro comprendano le organizzazioni designate dagli Stati membri per svolgere attività di collezione, catalogazione, conservazione e restauro di filmati e altre opere audiovisive o fonogrammi che fanno parte del loro patrimonio culturale. Ai fini della presente direttiva per emittenti di servizio pubblico si intendono le emittenti che assicurano una missione di interesse pubblico, quale assegnata, definita e organizzata da ciascuno Stato membro. L'eccezione o la limitazione istituita dalla presente direttiva per consentire l'utilizzo di opere orfane lascia impregiudicate le eccezioni e le limitazioni previste dall'articolo 5 della direttiva 2001/29/CE e può essere applicata solo in determinati casi speciali che non sono in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera o dell'altro contenuto protetto e che non arrecano ingiustificatamente pregiudizio ai legittimi interessi dei titolari dei diritti».

grammi che fanno parte del loro patrimonio culturale. Ai fini della presente direttiva per emittenti di servizio pubblico si intendono le emittenti che assicurano una missione di interesse pubblico, quale assegnata, definita e organizzata da ciascuno Stato membro. L'eccezione o la limitazione istituita dalla presente direttiva per consentire l'utilizzo di opere orfane lascia impregiudicate le eccezioni e le limitazioni previste dall'articolo 5 della direttiva 2001/29/CE e può essere applicata solo in determinati casi speciali che non sono in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera o dell'altro contenuto protetto e che non arrecano ingiustificatamente pregiudizio ai legittimi interessi dei titolari dei diritti».

L'articolato

I dodici articoli che sostituiscono la direttiva sono suddivisi come indicato di seguito.

L'articolo 1 definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione della direttiva; l'articolo 2 delinea in maniera netta le cosiddette categorie di opere orfane; l'articolo 3 stabilisce cosa si debba intendere per ricerca diligente; l'articolo 4 delimita il riconoscimento reciproco dello status di opera orfana, mentre l'art. 5 prevede i limiti dello status di opera orfana.

L'articolo 6 stabilisce gli usi consentiti di opere orfane; l'articolo 7 determina l'applicazione continuata di altre disposizioni giuridiche; l'articolo 8 specifica l'applicazione nel tempo; l'articolo 9 indica i termini del recepimento nelle legislazioni degli Stati membri; l'articolo 10 si sofferma sulle clausole di riesame; l'articolo 11 prevede l'entrata in vigore, e, infine, l'articolo 12 definisce i destinatari, che altro non sono se non i Paesi costituenti l'Unione europea.

Ai sensi dell'art. 1, si consente l'utilizzo di tali specifiche opere per conseguire gli obiettivi connessi alla precipua missione di interesse pubblico, alle biblioteche, agli istituti di istruzione e ai musei accessibili al pubblico, nonché agli archivi, agli istituti per il patrimonio cine-

matografico o sonoro ed alle emittenti di servizio pubblico aventi sede negli Stati membri. Le opere delle quali si consente l'utilizzo sono riconducibili alle seguenti tipologie evidenziate nel comma 2:

a) opere pubblicate sotto forma di libri, riviste, quotidiani, rotocalchi o altre pubblicazioni conservati nelle collezioni di biblioteche, istituti di istruzione o musei accessibili al pubblico, nonché nelle collezioni di archivi o di istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro;

b) opere cinematografiche o audiovisive e fonogrammi conservati nelle collezioni di biblioteche, istituti di istruzione o musei accessibili al pubblico, nonché nelle collezioni di archivi o di istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro; e

c) opere cinematografiche o audiovisive e fonogrammi prodotti da emittenti di servizio pubblico fino al 31 dicembre 2002 e che siano conservati nei loro archivi

che sono protetti dal diritto d'autore o da diritti connessi, di prima pubblicazione in uno Stato membro o, in caso di mancata pubblicazione, di prima trasmissione in uno Stato membro».

nel comma 3.: «La presente direttiva si applica altresì alle opere e ai fonogrammi di cui al paragrafo 2 che non sono mai stati né pubblicati né trasmessi, ma che sono stati resi pubblicamente accessibili dalle organizzazioni di cui al paragrafo 1 con il consenso dei titolari dei diritti, se è ragionevole presumere che i titolari dei diritti non si opporrebbero agli utilizzi di cui all'articolo 6. Gli Stati membri possono limitare l'applicazione del presente paragrafo alle opere e ai fonogrammi che sono stati depositati presso le organizzazioni in questione entro il 29 ottobre 2014».

Nel comma 4.:«La presente direttiva si applica anche alle opere e agli altri contenuti protetti che sono inclusi, incorporati o che formano parte integrante delle opere o dei fonogrammi di cui ai paragrafi 2 e 3».

Pertanto, ai sensi dell'art. 1 della direttiva, si

definisce che le creazioni di cui si tratta sono opere protette dal diritto d'autore di prima pubblicazione o trasmissione, o, qualora mai pubblicate/trasmesse, rese accessibili al pubblico da parte delle organizzazioni pubbliche a seguito di una ricerca diligente che consenta effettivamente di classificare l'opera come orfana.

E, ai sensi dell'art. 2, nell'ipotesi che l'opera abbia diversi titolari non tutti identificati, è consentito alle organizzazioni pubbliche l'utilizzo, a condizione che i titolari conosciuti diano la loro autorizzazione per quanto riguarda i diritti da loro detenuti, ed il loro nome deve essere sempre indicato in ciascun uso.

Da evidenziare è anche l'art. 3 che si sofferma sulla ricerca diligente da effettuarsi, come recita il comma 3, «nello Stato membro di prima pubblicazione o, in caso di mancata pubblicazione, di prima trasmissione, ad eccezione delle opere cinematografiche o audiovisive il cui produttore ha sede o risiede abitualmente in uno Stato membro, nel qual caso la ricerca diligente è svolta nello Stato membro in cui sia stabilita la sua sede principale o la sua abituale residenza», utilizzando le fonti appropriate per le singole categorie di opere o di fonogrammi in oggetto, in consultazione con i titolari dei diritti e con gli utilizzatori stabiliti dal Paese nel quale si effettua la ricerca, incluse anche le fonti pertinenti descritte nell'allegato elenco alla direttiva.

Per quanto concerne il profilo economico sono stati esclusi gli usi autorizzati di opere orfane, che erano inseriti nella prima stesura della direttiva come articolo 7, e questo grazie anche, come già ricordato, ad un forte e motivato intervento della delegazione italiana.

Le organizzazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 6 comma 2, possono ottenere guadagni dall'utilizzo delle opere orfane semplicemente al fine di coprire i costi sostenuti per la digitalizzazione e la messa a disposizione delle opere medesime.

È, altresì, previsto che qualora i titolari dei diritti non identificati si svelassero in un secondo tempo rivendicando i diritti sulle opere, ai

sensi dell'art. 6 comma 5, all'opera verrebbe revocato lo status di opera orfane ed i titolari avrebbero in quel caso diritto un equo compenso per lo sfruttamento della loro opera.

Aspetti critici della direttiva

La Direttiva, in realtà, per la genericità nella quale è strutturata, presenta il rischio di non realizzare una piena armonizzazione in questo delicato settore.

Tale eterogeneità dei fini è conseguenza della previsione contenuta nel considerando 3°) che permette agli Stati membri di adottare soluzioni differenti da quelle stabilite dalla direttiva stessa, con riferimento ad operazioni di digitalizzazioni di massa dei rispettivi patrimoni nazionali, come nel caso delle opere fuori commercio.

Questa previsione sembra legittimare il contestuale uso da parte di ciascun Paese di normative nazionali teoricamente divergenti, e, pertanto, in contrasto con le finalità di armonizzazione del Mercato Unico.

La direttiva, in effetti, permette a ciascuno Stato di seguire propri criteri nella costruzione della "ricerca diligente" a seguito della quale un'opera viene definita orfana.

L'ambigua introduzione del concetto di "opere inedite", inoltre, rischia di non tutelare ade-

guatamente il patrimonio culturale italiano, soprattutto alla luce della libertà concessa ai singoli Stati di determinare autonomamente i parametri della cosiddetta ricerca diligente, le cui risultanze godono del beneficio del mutuo riconoscimento nell'intero Mercato Unico. La conseguenza naturale, data l'enorme frammentazione del patrimonio italiano, è che potrebbero erroneamente essere considerate orfane opere che, con una ricerca diligente effettuata in Italia, tali non risulterebbero.

Unica salvezza è la clausola posta nella direttiva che tutte le "ricerche diligenti", effettuate con lo scopo della classificazione di un'opera come orfana effettuate nei Paesi aderenti all'Unione europea, dovranno essere inserite in un unico database centrale tenuto presso l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno.

La legislazione italiana, dal canto suo, potrà intervenire ed integrare la normativa di settore in sede di recepimento della direttiva, che dovrà essere attuato entro il 29 ottobre 2014, e potrà colmare le lacune riscontrate rendendo così meno "orfane" tali creazioni. Una equilibrata visione contribuirà in maniera significativa alla messa in rete del patrimonio culturale, con la conseguenza di partecipare al miglioramento dello sviluppo della conoscenza, che sarà ancora di più portata di tutti.