

MARCO RICOLFI

LE IMMAGINI DEL PATRIMONIO CULTURALE: ILLUSIONI PERDUTE O NUOVE DIREZIONI DI MARCIA?

SOMMARIO: 1. L'art. 14 della direttiva (UE) 790/19: illusioni perdute? — 2. Diritto d'autore e regime delle immagini del patrimonio culturale. — 3. L'art. 14 della direttiva e il pubblico dominio. — 3.1. La bassa soglia richiesta per il riconoscimento della protezione di diritto d'autore. — 3.2. I vincoli contrattuali. — 3.3. La salvezza dei diritti connessi relativi alle opere postume ed alle edizioni critiche e scientifiche di opere di pubblico dominio. — 4. Rivisitando il Codice dei beni culturali (alla ricerca di una via d'uscita). — 5. I punti di crisi dei regimi delle immagini del patrimonio culturale basati sul controllo. — 6. Verso un regime ibrido?

1. L'ART. 14 DELLA DIRETTIVA (UE) 790/19: ILLUSIONI PERDUTE?

Quando il testo della direttiva (UE) 790/19 sul mercato unico digitale (MUD) è stato finalmente approvato, la previsione dell'art. 14 è stata accolta assai favorevolmente dai sostenitori di un'apertura del diritto d'autore all'ambiente digitale. La disposizione, la cui rubrica indica che essa si riferisce alle *“opere delle arti visive di dominio pubblico”*, recita: *“Gli Stati membri provvedono a che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore”*.

Ora, secondo Communia, un'associazione per la diffusione della conoscenza libera, l'articolo citato *“è una delle pochissime e inequivocabilmente valide disposizioni della nuova direttiva UE sul diritto d'autore. L'articolo mira a garantire che le riproduzioni di opere delle arti visive di dominio pubblico non possano essere protette dai diritti esclusivi e, di conseguenza, non siano sottratte al dominio pubblico. È la prima volta che una legge*

europea cerca di proteggere il dominio pubblico”¹. A sua volta, la European Copyright Society, un gruppo di studiosi che si propone una riflessione indipendente e scientifica sul diritto d’autore europeo², nel suo parere del 26 aprile 2020 ha sottolineato come si tratti di “una rimarchevole previsione che, per la prima volta nell’UE, attribuisce uno statuto positivo alle opere appartenenti al pubblico dominio, mediante la proibizione di ogni forma di recupero di un’esclusiva sulle stesse”³. Ancora: l’ICOM Italia, “il principale network italiano di musei e professionisti museali”⁴, ha osservato nel corso dell’audizione dell’8 giugno 2020⁵ sul disegno di legge, che poi sarebbe divenuto il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 177, di attuazione della direttiva MUD, che “l’art. 14 della direttiva intende... ampliare la possibilità di riutilizzo dei beni in consegna anche a musei, il riuso dei quali... è ancora sottoposto a vincoli rappresentati dalla previsione di esclusiva a titolo di diritto connesso sulle immagini”, pur preoccupandosi di aggiungere che peraltro in Italia altre limitazioni si rinvenivano altresì nelle previsioni del d.lgs. 42 del 2004, Codice dei beni culturali (c.b.c.).

Non sfugge il tono ottimistico che pervade queste prese di posizione; e non sorprende quindi che in un volume recente dedicato al tema la previsione dell’art. 14 della direttiva venga considerata positivamente, quale espressione di apertura del sistema ad un più ampio accesso ed a un più agevole riuso delle immagini dei beni culturali⁶. Questa lettura sembra, del resto

¹ V. il commento all’art. 14 in <https://www.wikimedia.it/news/direttiva-copyright-le-linee-guida-di-comunicazione-per-un-recepimento-che-tuteli-i-diritti-degli-utenti/>.

² <https://europeancopyrightsociety.org/> (sono membro dell’associazione).

³ *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Article 14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, a https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/04/ecs_cds_m_implementation_article_14_final.pdf, 1.

⁴ <https://www.icom-italia.org/>.

⁵ https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/144/301/ICOM.pdf.

⁶ V. D. MANACORDA, *Dieci argomenti per una piena liberalizzazione dell’uso delle immagini del patrimonio culturale pubblico*, in D. Manacorda-M. Modolo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale*.

Un’eredità condivisa?, Pacini Editore, Pisa, 2023, 15 ss., che, a 25, si riferisce “all’ispirazione liberalizzante” della norma; M. MODULO, *Il canone di concessione sulle riproduzioni di beni culturali pubblici (1892-2023): un profilo storico-critico*, ivi, 23 ss., a 38 osserva che la norma mirerebbe alla “rimozione di qualsiasi privativa di diritto d’autore sulle immagini fedeli di opere delle arti visive dal pubblico dominio al fine di agevolare al massimo la circolazione di immagini digitali di opere d’arte nel mercato unico europeo” ed a “scardinare gli ostacoli di natura giuridica che si frappongono alla libera circolazione delle immagini di opere d’arte in pubblico dominio”; A. BRUCNOLI, *Le immagini del patrimonio culturale: il punto di vista dell’associazionismo*, ivi, 105 ss., che si esprime in termini analoghi a 110 ss. Una visione ottimistica della norma anima anche il lavoro di M. ARIST, *Riproduzioni di opere d’arte visive in pubblico dominio: l’articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la*

trovare conferma nel corrispondente “Considerando” 53 della direttiva ⁷.

Forse sin dal momento di adozione della direttiva quell’ottimismo avrebbe dovuto essere temperato da più di una ragione di cautela ⁸. Per iniziare, va ricordato che il regime applicabile alle opere cadute in pubblico dominio era, prima della discussione parlamentare della direttiva del 12 settembre 2018, generalizzato e quindi esteso a tutte le opere dell’ingegno e non limitato alle sole opere delle arti visive ⁹. Inoltre, segnali ancor più preoccupanti non potevano che venire dalla vicenda parallela della discussione avente per oggetto il campo finitimo della libertà di panorama, che concerne il diritto all’accesso ed al riuso di opere anche protette dal diritto d’autore — dagli edifici ai monumenti — visibili dalla pubblica via. Qui le forti spinte liberalizzatrici registrate lungo l’iter della direttiva si erano poi tradotte in un nulla di fatto ¹⁰.

Certo è che, partendo dall’iniziale ottimismo, il testo prescelto

trasposizione in Italia, in Aedon, 1/2021, 1-2.

⁷ “La scadenza della durata di protezione di un’opera comporta l’entrata di tale opera nel dominio pubblico e la scadenza dei diritti che il diritto d’autore dell’Unione conferisce a tale opera. Nel settore delle arti visive, la circolazione di riproduzioni fedeli di opere di dominio pubblico favorisce l’accesso alla cultura e la sua promozione e l’accesso al patrimonio culturale. Nell’ambiente digitale, la protezione di tali riproduzioni attraverso il diritto d’autore o diritti connessi è incompatibile con la scadenza della protezione del diritto d’autore delle opere. Inoltre, le differenze tra le legislazioni nazionali in materia di diritto d’autore che disciplinano la protezione di tali riproduzioni causano incertezza giuridica e incidono sulla diffusione transfrontaliera delle opere delle arti visive di dominio pubblico. Alcune riproduzioni di opere delle arti visive di dominio pubblico non dovrebbero pertanto essere protette dal diritto d’autore o da diritti connessi. Tutto ciò non dovrebbe impedire agli istituti di tutela del patrimonio culturale di vendere riproduzioni, come ad esempio le cartoline”.

⁸ Per valutazioni più articolate — e chiaroscurali — del significato e dell’impatto dell’art. 14 della direttiva v. infatti la nota di C. SAPPÀ, *Lo sfruttamento delle immagini del patrimonio culturale italiano*, in corso di pubblicazione su AIDA 2023, § 7 e *Actions and reactions in commodifying cultural heritage hosted in museums*, in JIPITEC 2023, 161 ss., a <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-14-1-2023/5714>, 8 dell’estratto e nota 94; C. SAPPÀ - B. WIDLA,

Framing texts and images: critical and posthumous editions in the digital single market, in IIC 2023, 1359 ss., § 4, a <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-023-01394-9>; R. ROMANO, *Le opere delle arti visive in pubblico dominio: primi rilievi*, in AIDA 2022, 3 ss. e J. CIANI SCIOGLIA, *Il pubblico dominio nella società della conoscenza. L’interesse al libero utilizzo del capitale intellettuale comune*, Giappichelli, Torino, 2021, 585 ss., particolarmente a 590-591.

⁹ In questo senso R. ROMANO, *Le opere delle arti visive in pubblico dominio*, cit., 6, nota 8. La stessa nozione di “opere delle arti visive” poi accolta resta sfuggente. Un tentativo di interpretazione sistematica, che mette capo ad una nozione ampia, è nel *Comment of the European Copyright Society*, cit., 2; dal canto suo R. ROMANO, *Le opere delle arti visive in pubblico dominio*, cit., 6-7 trova un possibile addentellato testuale nel n. 3 dell’allegato alla direttiva n. 2012/28/UE sulle opere orfane (su cui, per un cenno, anche C. SAPPÀ, *Actions and reactions*, cit., 2). Sulla storia legislativa dell’art. 14 v. C. SAPPÀ, *Hosting the public domain into a minefield*, cit., § 3 nonché M. ARISI, *Riproduzioni di opere d’arte visive in pubblico dominio*, cit., 2.

¹⁰ Sulla vicenda vedi l’approfondito studio di C.E. MAYR, *La libertà di panorama e l’Europa*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi, Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giuffrè Francis Lefevre 2019, 507 ss., 512 ss. Già l’art. 5(3)(h) della Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001, sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione, attribuisce agli Stati mem-

dal legislatore di attuazione è stato percepito come una doccia fredda. Ciò non tanto per l'incipit dell'art. 32-*quater* l.a. come modificato, che recita: "1. Alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, anche come individuate all'articolo 2, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non è soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, salvo che costituisca un'opera originale", quanto per la sua parte finale "Restano ferme le disposizioni in materia di riproduzione dei beni culturali di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42"¹¹.

Visto che i vincoli all'accesso ed al riuso delle immagini del patrimonio culturale pubblico derivano proprio dagli artt. 107-108 c.b.c., la parte finale della norma, *venenum in cauda*, sta a significare, semplicemente, che nessuno di quei vincoli è stato rimosso. Se questa era una doccia fredda per le aspettative di accesso e riutilizzo delle immagini dei beni culturali, questa è poi

bri la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti esclusivi conferiti dal diritto d'autore "quando si utilizzino opere, quali opere di architettura e di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici". L'opzione così accordata dà conto del permanere di accentuate divergenze di disciplina fra i diversi Stati membri (anche prescindendo dalla disciplina delle immagini del patrimonio culturale su cui si tornerà). In particolare, sul regime di ampia libertà previsto dal § 59 dell'UrhG tedesco v., oltre allo stesso C.E. MAYR, *La libertà di panorama*, cit., 509 ss., G. RESTA, *L'immagine dei beni culturali pubblici: una nuova forma di proprietà?*, in D. Manacorda-M. Modolo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale*, cit., 73 ss., 80 e note 29-30 e *Chi è proprietario delle piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, in *XL Politica del diritto* 2009, 567 ss., 579. La situazione italiana al riguardo è complessa: la giurisprudenza più recente sembra oscillare fra affermazione e negazione dell'esclusiva di diritto d'autore per le opere esposte alla pubblica vista (per citazioni v. J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio*, cit., 455; per l'affermativa C.E. MAYR, *La libertà di panorama*, cit. e G. RESTA, *Chi è proprietario delle piramidi?*, cit., 576 ss., ove a 577 una discussione del tema dal punto di vista delle limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore, nonché la nota di M.L. FRANCESCHELLI, *La riproduzione di beni culturali a scopo di lucro*, a Trib. Palermo 21 settembre 2017, Fondazione Teatro Massimo c. Banca Popolare del Mezzogiorno, in *Riv. dir. ind.* 2018, II, 277, 299 ss., caso « Teatro Massimo », ove alla nota 35 di 300

anche un'analisi delle risposte alle interrogazioni del nostro Parlamento che, parzialmente e contraddittoriamente —, concernono il pnnto). Nel primo caso, di risposta affermativa, la giurisprudenza talora rafforza la corrispondente protezione attribuendo altresì un diritto esclusivo sull'immagine del bene basato sulla semplice situazione di appartenenza o dominio della cosa materiale; in questo senso può essere letta la (discutibile) sentenza di Cass. 11 agosto 2009, n. 18218, *Rimini Sail di Giorgio Benvenuti e In.Co. Rimini s.r.l. c. Cartiere Fedrigoni*, in *Danno e responsabilità* 2010, 471 ss. con nota di G. RESTA, *L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria* e in *Riv. dir. ind.* 2010, II, 146 con nota di N. ROMANATO, *Sullo sfruttamento dell'«immagine» di un bene nella disponibilità di una persona giuridica*, caso « Rimini Sail », la quale va peraltro interpretata con le cautele suggerite da C.E. MAYR, *La libertà di panorama*, cit., 521 ss. Per un quadro di insieme v. C.E. MAYR, *La libertà di panorama*, cit., 508 ss.; G. RESTA, *L'immagine dei beni culturali pubblici*, cit., 79 ss. e F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza. Numerus clausus, autonomia privata e diritti sui beni*, Jovene editore, Napoli, 2015, 209 ss., 214 ss.; sugli effetti di trascinamento che può avere sul tema la giurisprudenza in materia di beni culturali v. *infra* nota 70.

¹¹ E v., infatti il disappunto espresso al riguardo ad es. da M. MODULO, *Il canone di concessione*, cit., 39 e da A. BRUCNOLI, *Le immagini del patrimonio culturale*, cit., 111.

diventata una doccia gelata con l'emanazione del d.m. del Ministro della Cultura dell'11 aprile 2023, n. 161¹².

2. DIRITTO D'AUTORE E REGIME DELLE IMMAGINI DEL PATRIMONIO CULTURALE.

È con qualche imbarazzo che ripercorro il ruolo, non particolarmente glorioso, che ho rivestito nella vicenda che ha portato all'adozione dell'art. 32-*quater* l.a.

Già negli anni precedenti, lavorando per la Commissione europea sui dossier delle biblioteche digitali e di quell'area normativa che all'epoca si chiamava *public sector information* (PSI) ed oggi è più comprensibilmente descritta con la locuzione *government public data*, mi ero reso conto dei molteplici inconvenienti che derivavano dalle previsioni del c.b.c. nella prospettiva sia della circolazione transfrontaliera delle immagini delle arti visive sia, e soprattutto, dell'adeguamento del diritto d'autore ad un ambiente caratterizzato dalle reti digitali. Ogni volta che ho sollevato la questione in sede europea mi si è risposto che, in effetti, si tratta di area normativa nella quale il bisogno di armonizzazione è particolarmente forte, viste le grandi disparità che caratterizzano i diversi Stati membri; e che tuttavia lo spazio per iniziative europee era (ed è) limitato dal riparto di competenze fra Unione e Stati membri. Si ricorderà del resto che, proprio per rispettare le prerogative nazionali, le norme sulla PSI concernevano solo il ri-uso delle risorse informative pubbliche, essendo l'accesso alle medesime concepito come area riservata ai legislatori nazionali.

Trovandomi poi a presiedere il Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore (CCPDA) all'epoca della trasposizione della direttiva MUD in diritto nazionale, ho provato a tagliare il nodo gordiano proponendo l'abrogazione, totale o parziale, degli artt. 107 e 108 c.b.c. A sostegno di questa proposta ho invocato la lett.

¹² *Linee guida per la determinazione degli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per la concessione d'uso dei beni in consegna agli istituti e luoghi della cultura statali* su cui ampiamente M. MODULO, *Il d.m. 11 aprile 2023 n. 161: osservazioni e proposte*, in *Aedon* 2023, maggio-agosto, 233 ss. Sul carattere retrogrado del d.m. del 2023 v. la presa di posizione della Corte dei conti nella Deliberazione 20 ottobre 2023; in termini analoghi D. MANACORDA, *Dieci argomenti*, cit., 26-27; C. SAPPÀ, *Lo sfruttamento delle immagini del patrimonio culturale italiano*, cit., § 4 e la *Nota di richiami* a Trib. Firenze 21 aprile 2023, MIC c. Edizioni Condé Nast s.p.a., caso « David di Michelangelo II » e a Trib. Venezia 23 no-

vembre 2022, Ministero della Cultura e Gallerie dell'Accademia di Venezia c. Ravensburger AG, Ravensburger Verlag GmbH e Ravensburger s.r.l., in *Foro it.* 2023, I, 2256 ss., 2280 s., caso « Uomo Vitruviano ». Per un'esposizione sintetica del regime previgente, ivi incluso il c.d. *art bonus* istituito con la legge n. 206 del 2014, v. D. MALFITTA-A. MAZZAGLIA, *Le immagini del patrimonio culturale come ausilio alla ricerca storico-archeologica*, in D. Manacorda-M. Modulo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale*, 127 ss., nota 8 a 136 ed E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore: recenti evoluzioni nella valorizzazione e nella fruizione del patrimonio culturale*, in *Riv. dir. ind.* 2016, I, 63 ss., 72 ss.

b) del comma 1 dell'art. 32 della c.d. legge La Pergola, del 24 dicembre 2012, n. 234, recante “norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea”, secondo cui “ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, anche attraverso il riassetto e la semplificazione normativi”. L'imperativo alla riserva al pubblico dominio delle opere per le quali è scaduta la tutela del diritto d'autore, sotteso alla previsione della norma europea da attuare, non sarebbe stato rispettato, ho provato ad argomentare, se non modificando in parallelo le previsioni contrastanti del c.b.c.

Non ho bisogno di dire che questa proposta non ha trovato alcuna adesione nell'ambito del CCPDA, che, del resto, opera sulla base del principio del consenso.

Ad onor del vero, non mi ero mai illuso che questa proposta avrebbe potuto essere non dico accettata, ma neppur presa in seria considerazione ¹³. E a ben vedere, avevano ragione i miei colleghi del CCPDA e non io, anche se ancor oggi non credo di avere fatto male a far presente che le istanze di apertura e di libertà sottese alla formulazione dell'art. 14 della direttiva sarebbero state in larga misura disattese fin quando non si riportassero gli artt. 107-108 in una dimensione compatibile con almeno alcuni fra i dati della nuova realtà.

Ed avevano ragione loro, e non io, perché non era quella l'occasione giusta per modificare la disciplina delle riproduzioni delle immagini del patrimonio culturale: come spesso si ripete ¹⁴, l'oggetto ed i presupposti del diritto d'autore e della disciplina dei beni culturali sono diversi e quindi non è affatto detto che l'innovazione normativa che concerne l'un settore debba necessariamente riflettersi e ripercuotersi sull'altro. Più esplicitamente: la disciplina del diritto d'autore, come quella degli altri diritti di proprietà intellettuale, guarda in avanti: conferisce un'esclusiva per incentivare la produzione e diffusione di nuove creazioni ed innovazioni tecnologiche. Invece la disciplina dei beni culturali guarda all'indietro: mira non a stimolare la creazione del nuovo ma a consentire la conservazione, valorizzazione

¹³ Anche se essa poteva richiamare a suo sostegno tutti gli ordini del giorno parlamentari citati da M. ARISI, *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio*, cit., note 88 ss.

¹⁴ C. SAPPA, *Lo sfruttamento delle immagini del patrimonio culturale italiano*, cit., § 7; J. GIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio*, cit., 490 ove richiami nonché E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'au-*

tore, cit., 79; ha fatto leva sulla diversità delle due dimensioni normative Trib. Firenze 11 aprile 2022 (ord.), MIBAC c. Studi d'arte - Cave di Michelangelo s.r.l., in *Giornale dir. amm.* 2023, 251 ss. con nota di A. PIRRI VALENTINI, *La riproduzione dei beni culturali tra controllo pubblico e diritto all'immagine*, caso « David di Michelangelo », per rigettare una richiesta di remissione alla Corte di Giustizia UE.

e fruizione del patrimonio che ci riviene dal passato ¹⁵ e, sotto questo profilo, presenta moltissimi aspetti che la accostano alle norme, già in essere o *in fieri*, che hanno per oggetto la biodiversità da un lato e i saperi tradizionali dall'altro, che pure esse guardano all'indietro e non in avanti. Se così è, bisogna pure ammettere che l'attuazione dell'art. 14 della direttiva mediante il testo dell'art. 32-*quater* l.a., piaccia o non piaccia, a rigore non costituisce un'occasione perduta ¹⁶.

3. L'ART. 14 DELLA DIRETTIVA E IL PUBBLICO DOMINIO.

Si è visto quali fossero le iniziali speranze — o illusioni — relative alle implicazioni che l'art. 14 della direttiva avrebbe avuto sul piano della preservazione del pubblico dominio. Va detto che non pochi studiosi hanno in passato avvertito (ed ancor oggi avvertono) che, anche prescindendo dall'interfaccia con il c.b.c., gli effetti pro-pubblico dominio della disposizione sarebbero stati più ridotti di quanto all'epoca si pensasse ¹⁷.

Il tema merita qualche riflessione.

3.1. *La bassa soglia richiesta per il riconoscimento della protezione di diritto d'autore.*

La vicenda legislativa che sta alla base dell'adozione della previsione dell'art. 14 della direttiva è molto nota. Un museo tedesco aveva fatto valere il proprio diritto connesso sulle riproduzioni fotografiche per impedire la riproduzione da parte di terzi delle immagini di opere il cui diritto d'autore era scaduto ¹⁸. Come è noto il diritto connesso corrispondente è previsto anche dagli artt. 87 ss. della nostra legge ¹⁹.

La norma mira, semplicemente, ad evitare che, con l'espedito di realizzare fotografie fedeli e corrispondenti alle immagini delle opere detenute nelle proprie collezioni, e dare accesso a queste riproduzioni, fino ad ora protette sia pur nei limiti del diritto connesso, le istituzioni museali potessero appoggiarsi ad un "nuovo" diritto esclusivo. Essa intende raggiungere l'obiettivo

¹⁵ In questi termini, e con molta chiarezza, G. RESTA, *Chi è proprietario delle piramidi?*, cit., 579-580.

¹⁶ Diversamente M. MODULO, *Il riuso delle immagini dei beni culturali pubblici (1962-2022): un percorso a ostacoli*, in *Digitalita* 2-2023, 123 ss., 124.

¹⁷ Come avrebbe, del resto, dovuto essere suggerito dalle "ragioni di cautela" che si sono ricordate al paragrafo 1: la

nozione stessa di opera visiva e la triste sorte della libertà di panorama.

¹⁸ BGH 20 dicembre 2018 I ZR 104/17.

¹⁹ Sul punto, per tutti, P. AUTERI, *Diritto d'autore*, in P. AUTERI-G. FLORIDIA-V. MANCINI-G. OLIVIERI-M. RICOLEFI-R. ROMANO-G.E. SIRONI-P. SPADA, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2023, 479 ss.

precludendo l'estensione surrettizia della proibizione mediante il ricorso al diritto connesso in questione ²⁰.

Si è obiettato che questa è una soluzione inefficace o, forse, addirittura una non soluzione. Ciò perché la regola conosce un'eccezione che è troppo facile attivare, con un minimo di accortezza, laddove la previsione sancisce che il divieto di prolungamento della protezione opera salvo *“che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore”*. Infatti, la soglia di creatività richiesta perché la neo-fotografia di una vecchia opera, ormai in procinto di cadere in pubblico dominio, sia protetta, è così ridotta da rendere un giochetto da ragazzi realizzare (o fare realizzare) una fotografia che gode della tutela piena del diritto d'autore ²¹.

3.2. I vincoli contrattuali.

Viene altresì osservato che le immagini delle opere visive, in particolare quando esse siano fornite *online*, possono essere messe a disposizione, al momento dell'accesso e/o dell'autorizzazione

²⁰ Per questa ricostruzione, pacifica, v. R. ROMANO, *Le opere delle arti visive in pubblico dominio*, cit., 10-11 e il *Comment of the European Copyright Society*, cit., 1.

²¹ Così C. SAPPA, *Lo sfruttamento delle immagini del patrimonio culturale italiano*, cit., § 4 e *Hosting the public domain into a minefield: the resistance to art. 14 of the DSM Directive and to the related rules that transpose it into national law*, in *JIPL&P* 2022, 924 ss. La nozione di originalità come requisito per la tutela propria del diritto d'autore è sancita da Corte di giustizia 16 luglio 2009 (Quarta Sezione), causa C-5/08, Infopaq International c. Danske Dagblades Forenig, caso « Infopaq I », par. 37, che richiede che l'opera sia “risultato della creazione intellettuale dell'autore”; questo criterio è stato sviluppato dalla giurisprudenza successiva precisando che a tal fine occorre che l'autore sia stato in grado di esprimere le sue capacità creative nella produzione dell'opera compiendo scelte libere e creative che lascino la loro impronta sull'opera con un tocco personale: così Corte UE 1 dicembre 2011, causa C-145/10, Eva Maria Painer c. Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, caso « Painer », parr. 89-94; Corte UE 18 ottobre 2012 (Terza Sezione), causa C-173/11, Football Dataco, Scottish Premier League Ltd., Scottish Foot-

ball League, PA Sport UK Ltd. c. Sportradar GmbH and Sportradar AG, caso « Football Dataco », par. 38; Corte UE 29 luglio 2019 (Grande Sezione), causa C-469/17, Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland, caso « Funke Medien », parr. 23-25; Corte UE 12 settembre 2019 (Terza Sezione), causa C-683/17, Cofemel - Sociedad de Vestuário SA c. G-Star Raw CV, caso « Cofemel », par. 30 e Corte di Giustizia UE 11 giugno 2020 (Quinta Sezione), causa C-833/18, SI, Brompton Bicycle Ltd. c. Chedech/Get2get, caso « Brompton », parr. 23 e 26. Giova ricordare anche l'altra faccia della medaglia di questo criterio: il requisito non è soddisfatto quando il contenuto dell'opera sia dettato da considerazioni tecniche, da regole o altri vincoli che non lasciano spazio alla libertà creativa: in questo senso v. Corte UE 22 dicembre 2010 (Terza Sezione), causa C-393/09, Bezpečnosti softwarová asociace - Svaz softwarová ochrany c. Ministerstvo kultury, caso « BSA », parr. 48-49; Corte UE 4 ottobre 2011 (Grande Sezione), cause C-403/08 e C-429/08, Football Association Premier League, NetMed Hellas SA e Multichoice Hellas SA c. QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen; Karen Murphy c. Media Protection Services, casi « Premier League », par. 98; Corte UE 18 ottobre 2012 (Terza Sezione), caso « Football Dataco », cit., par. 39; Corte UE

all'effettuazione di copie, sulla base di un rapporto contrattuale. Anche qui sarebbe quindi un gioco da ragazzi per l'ente che le fornisce sottoporle a vincoli contrattuali di effetto equivalente ad una vera e propria esclusiva ²².

3.3. *La salvezza dei diritti connessi relativi alle opere postume ed alle edizioni critiche e scientifiche di opere di pubblico dominio.*

In un recente e stimolante scritto, Cristiana Sappa e Bodhan Widla hanno argomentato che i diritti relativi alle opere postume, pubblicate o comunicate al pubblico per la prima volta successivamente all'estinzione dei diritti patrimoniali d'autore (talora designate anche come *editio princeps*), e alle edizioni critiche o scientifiche di opere di pubblico dominio, disciplinati rispettivamente dagli artt. 85-ter, -quater e -quinquies l.a. in attuazione dell'opzione offerta dagli artt. 4 e 5 della direttiva sulla durata dei termini di protezione, resterebbero parzialmente al di fuori del raggio di applicazione dell'art. 14 della direttiva MUD ²³.

Ciò per due ragioni collegate fra di loro. La previsione è stata, come si è visto, pensata e ritagliata avendo in mente un altro diritto connesso, quello sulle fotografie semplici; e quindi è stata riferita, con un ritocco forse inopinato dell'ultima ora ²⁴, alle sole opere delle arti visive. Ma sono anche ipotizzabili edizioni postume e critiche e scientifiche di opere che vanno al di là delle arti visive, anche se le includono; infatti, il pensiero non deve andare soltanto, per le opere postume, al restauro di pitture pompeiane rimaste nascoste fino ad oggi ²⁵, ma anche, per le edizioni critiche, a riproduzioni tridimensionali (e dinamiche) realizzate in progetti di realtà aumentata o virtuale, che tipicamente sono accompagnate da testi, immagini esplicative ed informazioni che possono

29 luglio 2019 (Grande Sezione), caso «Funke Medien», cit., par. 24; Corte UE 12 settembre 2019 (Terza Sezione), caso «Cofemel», cit., par. 31 e Corte di Giustizia UE 11 giugno 2020 (Quinta Sezione), caso «Brompton», cit., par. 24 e 27. Negli Stati Uniti la nozione di originalità è stata discussa anche con specifico riferimento alle immagini fotografiche di opere cadute in pubblico dominio nel caso *Bridgeman Art Library v. Corel Corp.*, in 36 F. Supp.2d 191, 197 (SDNY 1999). Per un aggiornamento sullo stato della Giurisprudenza statunitense v. ora A. WALLACE, *Surrogate Intellectual Property Rights in the Cultural Sector*, in *Journal of Law, Technology and Policy* 2023, 303 ss., a 330 ss.

²² C. SAPPA, *Hosting the public domain into a minefield*, cit.; in argomento v.

altresì A. WALLACE, *Surrogate Intellectual Property Rights*, cit., 325-326.

²³ C. SAPPA - B. WIDLA, *Framing texts and images*, cit.; C. SAPPA, *Hosting the public domain into a minefield*, cit., § 6. Per un primo inquadramento della disciplina italiana relativa a questi diritti connessi, adottati dalla nostra legislazione in attuazione della direttiva 93/98/CEE, poi rifiuta nella direttiva 2006/116/CE concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, resta fondamentale M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 277 ss., 321 ss., 370 ss., 446 ss.

²⁴ V. supra § 1, testo in corrispondenza alla nota 9.

²⁵ C. SAPPA - B. WIDLA, *Framing texts and images*, cit., 1375.

rappresentare un apporto anche significativo e, talora, prevalente ²⁶. In altri termini, la componente visiva di queste opere può essere accompagnata da altri materiali, a loro volta proteggibili, di natura testuale o figurativa.

Quando ciò accada, ciò che sembrerebbe avvenire non di rado, occorre chiedersi se il risultato della combinazione di elementi qualificabili come opere delle arti visive, da un lato, e di materiali di altra natura, dall'altro, possa considerarsi ancora "opera dell'arte visiva" ai sensi dell'art. 14 della direttiva; ciò che, secondo la giurisprudenza europea, andrebbe valutato applicando il criterio di prevalenza ²⁷. Quando la risposta sia negativa, l'ostacolo alla tutela disposto dall'art. 14 della direttiva (e quindi, per noi, dall'art. 32-*quater* che vi dà attuazione) resta fuori gioco e quindi il risultato, pur incorporante un'opera dell'arte visiva, può tuttavia essere protetto dal distinto diritto connesso, questa volta relativo alle opere postume o alle edizioni critiche e scientifiche.

Inoltre, quanto alle edizioni critiche e scientifiche di un'opera delle arti visive, vale altresì lo stesso principio che si è visto valere in generale (al § 3.1): se l'apporto nuovo è risultato di scelte libere e creative, come avviene quando il critico subentri per colmare creativamente delle lacune ²⁸, l'*opus* nuovo "costituisce opera originale" e quindi è autonomamente proteggibile.

Vi sarebbe anche da ricordare che di regola i diritti morali sopravvivono alla caduta in pubblico dominio dei diritti patrimoniali e che nel nostro ordinamento l'azione a tutela dei diritti morali "qualora finalità pubbliche lo esigano, può altresì essere esercitata dal Ministro per i beni e le attività culturali, sentita l'associazione sindacale competente" (comma 2 dell'art. 23 l.a.). Non mi pare però il caso di inserire un punto 3.4 a questo riguardo, perché non siamo al cospetto di limitazioni all'ambito di applicazione di una norma, come l'art. 14 direttiva, che impedisce il conseguimento di un nuovo diritto d'autore o connesso, ma alla disciplina delle prerogative, appunto morali, che permangono

²⁶ C. SAPPÀ - B. WIDLA, *Framing texts and images*, cit., 1375-1376.

²⁷ C. SAPPÀ - B. WIDLA, *Framing texts and images*, cit., 1371-1372, che richiama Corte UE 19 dicembre 2019 (Grande Sezione), causa C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV e Tom Kabinet Uitgeverij BV*, caso « Tom Kabinet », par. 54 e 67 e Corte EU 23 gennaio 2014 (Quarta Sezione), causa C-355/12, *Nintendo Co., Nintendo of America Inc., Nintendo of Europe c. PC box s.r.l. e 9Net s.r.l.*, caso « Nintendo », par. 23.

²⁸ Come si è verificato nel caso deciso da Cass. 17 gennaio 2001, n. 559, *BMG Ricordi s.p.a., Fondazione Gioacchino Rossini e Azio Corghi c. Ente Autonomo Teatro Regio di Torino*, in *Giur. it.*, 2001, 1421 ss. con nota di M. CROSIGNANI, *Edizione critica e diritto d'autore: un'antitesi superata?* e ribadito Cass. 19 gennaio 2016, n. 804, *Fondazione Teatro Regio c. Universal Music Publishing Ricordi s.r.l.*, in *AIDA 1726*, caso « Italiana in Algeri » (in relazione ad un'opera musicale; ma, come ricordano C. SAPPÀ - B. WIDLA, *Framing texts and images*, cit., 1373-1374, l'eventualità può realizzarsi in tutti i settori).

anche quando il “vecchio” diritto d’autore sia caduto in pubblico dominio.

Piuttosto, proporrei qualche riflessione dubitativa sui punti precedenti. Intanto, partendo dal punto 3.1, non sarei così convinto che la pur bassa soglia posta come requisito per l’originalità e quindi per la proteggibilità delle riproduzioni di immagini museali si presti ad una sistematica elusione della finalità degli artt. 14 della direttiva e 32-*quater* l.a. Si tratta infatti di vedere caso per caso che caratteristiche hanno le immagini messe a disposizione degli utenti dalle istituzioni museali, che in effetti spesso sono munite del simbolo © anche se l’opera raffigurata è in pubblico dominio. A questo proposito vorrei menzionare che di recente è apparso sul *The Art Newspaper*, il gemello britannico del nostro *Giornale dell’arte*, un articolo recante il titolo *Court of Appeal ruling will prevent UK museums from charging reproduction fees - at last*²⁹. Incuriosito, sono andato a cercare la sentenza della Corte di Appello nel caso « THJ c. Sheridan », sollecitato anche dal fatto che il suo redattore è un grande esperto del diritto d’autore, Lord Justice Richard Arnold³⁰. Inizialmente sono rimasto sorpreso nel constatare che la sentenza non si occupava né di immagini né di musei, ma di valori mobiliari e di grafici dei prezzi e del tasso di rischio³¹. Poi ho capito: i britannici, il cui buon senso viene ogni giorno a mancarci di più da quando, post-Brexit, ci hanno abbandonati, si sono soffermati sul paragrafo 16 della motivazione del caso, che enuncia il requisito di originalità sia in positivo (richiedendo scelte libere e creative che lascino la loro impronta sull’opera con il tocco personale) sia in negativo (il contenuto dell’opera non deve essere dettato da considerazioni tecniche, da regole od altri vincoli che non lasciano spazio alla libertà creativa) e ne hanno tratto una conclusione verosimile, anche se (a dir il vero) non sicura come la presenta l’autorevole redattore dell’articolo: anche se il museo sbandierano la © sulle immagini ad alta risoluzione delle loro collezioni, spesso non possono farlo perché i requisiti di protezione non sono più quelli del *common law* classico (*skill and labour*) ma quelli enunciati da Lord Arnold; e (molte delle) fotografie delle immagini museali non li raggiungono.

Forse la conclusione è a sua volta troppo radicale. Probabil-

²⁹ L’articolo, del 29 dicembre 2023, di tal Bendor Grosvenor, è stato portato alla mia conoscenza da un giovane economista, Enrico Bertacchini, che ringrazio nuovamente.

³⁰ England and Wales Court of Appeal (Civil Division) 20 novembre 2023, *THJ System Ltd. & Anor v Sheridan & Anor* [2023] EWCA Civ 1354, caso « THJ c. Sheridan »

a <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2023/1354.html>.

³¹ Se ne veda l’illustrazione al par. 12 della sentenza. Lo stato della giurisprudenza britannica sulla protezione delle immagini museali è illustrato da A. WALLACE, *Surrogate Intellectual Property Rights*, cit., 237 ss.

mente vale più per le rappresentazioni di opere bidimensionali che di opere tridimensionali ³²; non basta aggiungere una filigrana ed una cornice grafica del tipo di quella visibile nel caso « THJ c. Sheridan ». Ma probabilmente non è neppur cogente la conclusione opposta, di cui si è detto al punto 3.1, che sia un gioco per ragazzi creare immagini protette *ex novo* dal diritto d'autore di opere in pubblico dominio.

Anche sul punto 3.2 mi pare occorra qualche messa a punto. È vero che, a partire dalla (discutibile) sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso « Ryanair » ³³, il diritto europeo non preclude la creazione di un valido vincolo contrattuale avente ad oggetto un'entità immateriale sfornita di protezione (o, meglio, lascia la valutazione alla legge nazionale applicabile). Quindi, anche se l'opera originaria è in pubblico dominio, e la sua riproduzione recente non sia tutelabile, il vincolo contrattuale può produrre effetti restrittivi. L'efficacia del meccanismo è però molto dubbia. Il vincolo contrattuale comunque opera *inter partes* e non *erga omnes*; crea un vincolo obbligatorio e non reale ³⁴. Quindi il primo contraente che riproducesse un'immagine digitalizzata in violazione dei termini contrattuali si renderebbe inadempiente; ma l'altro contraente non avrebbe rimedi contro l'avente causa della parte inadempiente, salvo che l'avente causa non concorra nell'illecito *ex art. 2055 c.c.*, il che presuppone la prova dell'elemento soggettivo.

Quanto al punto 3.3, mi pare che le questioni ivi segnalate siano piuttosto delicate anche se di dimensione e perimetro limitati. Si trova qui conferma dell'impressione su cui ci si è soffermati in esordio: che il legislatore europeo, che era partito con l'intenzione di dettare una disciplina relativa a tutte le opere dell'ingegno, sia stato bloccato nel suo intento da coloro che sono riusciti a circoscrivere l'impatto della regola nuova dell'art. 14 della direttiva ad un settore specifico, quello per l'appunto delle opere delle « arti visive ». Come spesso capita, questa frenata ha i suoi costi, come avviene tutte le volte che la disciplina pensata per un insieme viene riferita solo ad un sottoinsieme, creando il problema, per l'appunto costoso, ma ben noto agli studiosi di proprietà intellettuale, di ritagliare i confini del sottoinsieme all'interno dell'insieme.

Complessivamente, però, si può a questo punto proporre una seppur provvisoria conclusione. L'impatto positivo per il pub-

³² E v. C. SAPPÀ, *Hosting the public domain into a minefield*, cit., § 3.

³³ Corte UE 15 gennaio 2015 (Seconda Sezione), causa C-30/14, Ryanair Ltd c. PR Aviation, caso « Ryanair ».

³⁴ In questi termini, in relazione ad

una situazione parallela (accettazione di obblighi di *non facere* come condizione per ottenere l'accesso a locali), v. F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., 218.

blico dominio dell'art. 14 della direttiva e dell'art. 32-*quater* l.a. è ridotto non tanto da questi — pur non irrilevanti — punti aperti e irrisolti ma proprio dalla salvezza delle norme del c.b.c., che ha suscitato la disillusione di cui si è detto in esordio. Ed è pertanto a queste norme che ora dobbiamo rivolgere la nostra attenzione.

Come studioso del diritto di proprietà intellettuale, non mi propongo certo di rivisitare la disciplina di questo corpo normativo, che lascio volentieri agli studiosi di diritto pubblico ed amministrativo³⁵. Piuttosto proverò a ripercorrerne i lineamenti fondamentali, per testare se sia immaginabile, se non una via d'uscita dall'attuale, infelice, situazione, perlomeno qualche passo in avanti in una direzione meno stridentemente dissonante rispetto a tutti i dati di realtà.

4. RIVISITANDO IL CODICE DEI BENI CULTURALI (ALLA RICERCA DI UNA VIA D'USCITA).

Quattro sono i tratti fondamentali del sistema italiano dei beni culturali che qui interessano: il profilo funzionale, gli aspetti strutturali, i rispettivi costi e benefici della libertà e del controllo e i punti di crisi del regime vigente.

4.1. Quanto al *profilo funzionale*, già si è detto che il sistema dei beni culturali non guarda in avanti ma all'indietro. Mentre il diritto della proprietà intellettuale mira ad incentivare la creatività e l'innovazione tecnologica a beneficio immediato dei creatori e mediato della collettività, la disciplina dei beni culturali persegue un triplice obiettivo: la conservazione, la valorizzazione e la fruizione dei beni di volta in volta presenti nella comunità nazionale³⁶.

Come spesso si osserva, questa triplice missione comporta una fortissima tensione fra istanze di *controllo* e di *libertà*³⁷.

Alle istanze di controllo sono sottesi più ordini di interessi. Prioritario per lungo tempo è stato l'interesse alla conservazione fisica delle risorse culturali e quindi dei beni in senso materiale³⁸. Sul versante immateriale, non dei beni ma delle immagini dei

³⁵ E v., per iniziare, L. CASINI, *Patrimonio culturale e diritto di fruizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2022, 657 ss.; (a cura di M.A. Cabiddu e N. Grasso) *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Giappichelli, Torino, 2021³ nonché (a cura di M.A. Sandulli), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè Francis Lefevre, Milano, 2019³.

³⁶ E v. L. CASINI, *Patrimonio culturale*, cit.,

³⁷ Fra i molti, e nella prospettiva del-

l'economista, E. BERTACCHINI-F. MORANDO, *The Future of Museums in the Digital Age: New Models for Access to and Use of Digital Collections*, in *15 International Journal of Arts Management* 2013, 60 ss. Ben diversi, da questo punto di vista, gli effetti prodotti da misure di protezione tecnologica, che operano nei confronti della generalità dei soggetti interessati.

³⁸ Illuminante, sotto il profilo storico, l'indagine di M. MODULO, *Il canone di concessione*, cit., 33 ss.

beni, l'istanza di controllo tende a biforcarsi a seconda che la motivazione sia ideale od economica. Nella prima prospettiva, quella ideale, il controllo si propone tra l'altro l'obiettivo di evitare usi indesiderati, perché ritenuti variamente sgradevoli, offensivi o altrimenti negativi delle immagini della cultura in consegna delle istituzioni. Nella seconda, si prende atto del dato ineliminabile per cui, da un lato, biblioteche, musei ed archivi tutti soffrono, come dicono gli economisti ³⁹, della sindrome di Baumol, in quanto refrattari ad incrementi di produttività, e che d'altro canto la fiscalità generale stenta a sovvenire in tempi che si dicono caratterizzati dalla crisi fiscale dello Stato. Questi vincoli economici danno ragione del ricorrente sforzo delle istituzioni di controllare l'accesso e il riuso alle immagini delle risorse da loro detenute per monetizzarne l'utilizzazione da parte di terzi e del pubblico. Come ci insegnano gli economisti, il mercato a valle, dell'accesso e del riuso, anche *online*, viene controllato per fornire sussidi incrociati su quello a monte ⁴⁰.

Il controllo comporta anche esternalità negative, che determinano l'insorgere di istanze di libertà opposte e simmetriche. Qui ci si può limitare a ricordare che in queste esternalità può incorrere non solo il pubblico, che si vede negato o limitato l'accesso a risorse culturali che dal punto di vista dell'equilibrio di interessi disegnato dal diritto d'autore potrebbero ormai essere cadute in pubblico dominio, ma anche delle stesse istituzioni. Il controllo sull'accesso e riuso a distanza e quindi *online* può infatti avere ripercussioni negative sulla visibilità del patrimonio culturale e quindi finire per ridurre il numero di visite a pagamento ⁴¹, anch'esse verso corrispettivo, con un saldo che può a seconda dei casi essere positivo ma anche negativo.

Né deve sfuggire che le esternalità negative per il pubblico si sono sicuramente accresciute, e di molto, in ambiente digitale ed algoritmico. Le immagini dei beni, da sempre risorse non rivali nella fruizione, sono nel frattempo divenute anche non rivali nella produzione; ed il controllo su accesso e riuso ha un impatto negativo corrispondentemente accresciuto ⁴².

³⁹ L'osservazione è di A. MARCIANO-N. MOUREAU, *Museums, Property Rights, and Photographs of Works of Art: Why Reproduction Through Photographs should Be Free*, in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2016, 1 ss., 6-7, a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2840305>.

⁴⁰ Così A. MARCIANO-N. MOUREAU, *Museums, Property Rights, and Photographs of Works of Art*, cit., 6, osservano che in questo modo viene scelto un modello di business basato sul "monopolizing the 'downstream' market of the copies or the repro-

duction of works...in order to finance their 'upstream' market of the services they provide to the public".

⁴¹ In argomento M. BAGNOLI, *Circolazione delle immagini fra pubblico e privato*, in D. Manacorda-M. Modolo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale*, cit., 141 ss., 145; A. MARCIANO-N. MOUREAU, *Museums, Property Rights, and Photographs of Works of Art*, cit., 12.

⁴² Sul punto v. *amplius* § 4.3. Varrà qui la pena di ricordare che una sentenza abbastanza recente della Corte EFTA (del 6

4.2. Quanto al profilo *strutturale*, lo studioso di proprietà intellettuale è immediatamente portato a cogliere un parallelo fra i diritti delle istituzioni disciplinate dal c.b.c. ed i diritti di proprietà intellettuale. Si tratta, vien fatto di pensare, pur sempre di “esclusive” (o, meno attendibilmente, nel caso delle immagini dei beni culturali, di “privative”). Né pare che si possa trovare alcun ostacolo nella prosecuzione del parallelismo nella circostanza che il diritto sulle immagini culturali non ha limiti temporali⁴³: lo stesso si può, infatti, dire per i marchi d’impresa, la cui registrazione è rinnovabile senza limiti di tempo.

Dove iniziano ad avvertirsi divaricazioni di regime è nel perimetro dell’esclusiva, quello che viene comunemente definito come contenuto del diritto. Il diritto d’autore scandisce le facoltà spettanti al titolare in modo puntuale, menzionando diritto di riproduzione (e moltiplicazione in copie), comunicazione al pubblico e diffusione, distribuzione e rielaborazione⁴⁴. La cosa si fa più complessa, quando si rivolga lo sguardo alle immagini del patrimonio culturale. Testualmente, le norme primarie sottopongono in negativo a divieto ed in positivo al consenso-concessione la “riproduzione” dei beni⁴⁵. Ma le applicazioni giurisprudenziali intendono con molta elasticità il concetto. L’affissione di manifesti pubblicitari per una banca riproducenti l’immagine di un teatro è stata ritenuta vietata in quanto “divulgazione”⁴⁶. Altre decisioni riferiscono il divieto all’“utilizzo”⁴⁷, alla “riproduzione ed utilizzo”⁴⁸ o, semplicemente, alla “riproduzione”⁴⁹.

aprile 2017, causa E-5/16, Municipality of Oslo c. Ufficio della proprietà intellettuale norvegese, in *Giur. ann. dir. ind.* 6584, caso « Vigeland ») ha preso posizione sul conflitto fra controllo e libertà giungendo a conclusioni che nella prospettiva del nostro ordinamento possono apparire controintuitive. Il Comune di Oslo aveva registrato come marchi le immagini delle opere principali del più grande scultore olandese, Vigeland, per impedire che di esse fosse fatto un uso distorto dopo la caduta in pubblico dominio del diritto d’autore. La Corte EFTA ha ritenuto che, atteso lo statuto particolare di queste opere, in quanto rappresentative dell’eredità culturale del paese, della sua sovranità e dei suoi valori nazionali (par. 92), questa modalità di controllo monopolistico potesse essere così pregiudizievole delle istanze di libertà sottese al pubblico dominio da dover essere considerata contraria alla morale; a sua volta la decisione dell’Ufficio norvegese della proprietà intellettuale del 13 novembre 2017 ha ritenuto che nel caso di specie ricorressero le circostanze eccezionali che giustificano il rifiuto della

registrazione per motivi che attengono all’ordine pubblico.

⁴³ Ma v. G. RESTA, *L’immagine dei beni culturali pubblici*, cit., 79.

⁴⁴ Artt. 13, 15, 16, 17 e 18 l.a., cui va aggiunta l’ampia riserva del comma 2 dell’art. 12 (“il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l’opera in ogni forma e modo, originale o derivato”).

⁴⁵ Il riferimento anche alla “divulgazione” è però contenuto al n. 2) dell’art. 3-bis dell’art. 108, introdotto da la legge n. 206 del 2014 sul c.d. *art bonus*.

⁴⁶ Trib. Palermo 21 settembre 2017, caso « Teatro Massimo », cit., che per la verità dava applicazione non al c.b.c. ma alle norme speciali relative agli enti lirici, d.lgs. n. 367 del 1996. Può aver assunto rilievo nella decisione la circostanza che (come ricorda M. MODULO, *Il riuso delle immagini dei beni culturali pubblici (1962-2022)*, cit., 131) il d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, recante il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, abbia fatto venire meno la li-

Partendo dalla prospettiva del diritto della proprietà intellettuale, ci si potrebbe perdere in sottigliezze, ad esempio domandandosi se i presupposti di liceità della c.d. opera derivata o della derivazione di secondo grado siano più severi in materia di diritto all'immagine di quanto non lo siano secondo la giurisprudenza in materia di diritto d'autore, visto che questa appare preoccupata di mantenere una certa apertura verso la creatività a valle anche quando nell'opera derivata sia ancor riconoscibile quella originaria⁵⁰.

Si ha però l'impressione che il piano del confronto non sia questo, che specificamente si focalizza sul perimetro delle facoltà esclusive rispettivamente riservate nei due settori⁵¹. Va infatti osservato che a variare dall'un ambito normativo all'altro non è tanto il contenuto della riserva quanto la finalità perseguita nell'applicazione della norma. Nel diritto dei beni culturali, infatti, l'illiceità concerne la riproduzione e utilizzazione dell'immagine del bene non in quanto appropriazione dell'altrui creatività ma in quanto lesione del "patrimonio identitario" e della "memoria della collettività nazionale"⁵² e foriera di uno "svili-

bietà di riprese di beni culturali effettuate all'esterno.

⁴⁷ Trib. Firenze 26 ottobre 2017 (ord.), Ministero dei beni culturali e del Turismo c. Visit Today di Tholothuduwa Siriwardhane, in *Riv. dir. ind.* 2018, II, 277, con nota di M.L. FRANCESCHELLI, *La riproduzione di beni culturali a scopo di lucro*, cit., caso « Visit Today ».

⁴⁸ Trib. Venezia 23 novembre 2022, caso « Uomo Vitruviano », cit.

⁴⁹ Trib. Firenze 11 aprile 2022 (ord.), caso « David di Michelangelo », cit..

⁵⁰ Sul punto è tornata anche di recente Cass. 28 novembre 2023, n. 33100, Zhejiang Zhongneng Industry Group e Taizhou Zhongneng Import and Export Co. c. Piaggio & C. s.p.a., caso « Vespa »; in precedenza v. la presa di posizione aperturista, *obiter*, verso le "elaborazioni creative" che esibiscano un apporto originale di Cass. 15 giugno 2015, n. 12314-12315, Saviano Roberto, Arnoldo Mondadori Editore s.p.a. c. Libra Editrice s.c.a.r.l. e Barbara Tagliatela, caso « Gomorra » ed ancor più di di Cass. 19 febbraio 2015, n. 3340, Universal Music Publishing Ricordi s.r.l., MI.Mo edizioni musicali s.r.l. e altri c. Francesco De Gregori, Sony BMG Music Entertainment, caso « Zingara », che ritiene decisivo l'accertamento di uno "scarto semantico" dell'opera successiva rispetto a quella anteriore. Per la verità, in termini non dissimili si è pronunciata, in materia di immagini del patrimonio culturale, Cass. 23 aprile

2013, n. 9757, Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in *Riv. dir. ind.* 2014, II, 207 ss., con nota di F. MASTROLILLI, *Sulla creatività della riproduzione dei beni archeologici*, caso « teschio di Altamura », che ha accolto una lettura dell'art. 107 c.b.c. in relazione ad una riproduzione 'creativa' di un reperto archeologico, in natura inserito in calcare e quindi solo parzialmente osservabile dall'esterno, direttamente desunta dalla nozione di riproduzione propria del diritto d'autore (art. 13 l.a., espressamente richiamato); e v. (in senso non necessariamente difforme) Trib. Firenze 11 aprile 2022 (ord.), caso « David di Michelangelo », cit., che scorge una "riproduzione" ai sensi dell'art. 107 c.b.c. in una pubblicità tratta non direttamente dall'opera originale ma da una versione leggermente modificata (nell'orientamento dello sguardo). In argomento, ed in termini critici, M.L. FRANCESCHELLI, *La riproduzione di beni culturali a scopo di lucro*, cit., 297 s.

⁵¹ E nemmeno sull'individuazione delle libere utilizzazioni: un parallelismo fra le eccezioni e limitazioni del diritto d'autore e il c.d. *art bonus* istituito con la legge n. 206 del 2014 è probabilmente legittimo (in questo senso C.E. MAYR, *La libertà di panorama*, cit., 524).

⁵² Le due espressioni si rinviengono rispettivamente in Trib. Venezia 23 novembre 2022, caso « Uomo Vitruviano », cit. e in Trib. Firenze 11 aprile 2022 (ord.), caso « David di Michelangelo », cit., in deriva-

mento e annacquamento dell'immagine e del nome dell'opera"⁵³. Qui il controllo assume rilievo sul sopra richiamato piano valoriale, talora combinandosi con la ricerca di una remunerazione adeguata rispetto ai costi di conservazione del bene e quindi sfociando nella richiesta di un corrispettivo (il "canone") o, in assenza, di un risarcimento di danni sia patrimoniali sia morali⁵⁴. Va comunque segnalato come la valutazione della liceità e delle conseguenze dell'illecito si estenda dal piano, fondato testualmente, della determinazione del perimetro della riproduzione a quello interpretativamente determinato della compatibilità dell'utilizzazione dell'immagine del bene con le tutele personalistiche dell'immagine e dell'identità personale o, come pure si è detto, delle "espressioni dell'identità culturale collettiva"⁵⁵, che nella particolare temperie di questi ultimi anni viene declinata con particolar forza in chiave nazional-identitaria⁵⁶. A complicare il quadro, appare degno di nota che si ritenga che questa lesione possa in una prima declinazione essere fatta valere dal soggetto deputato alla salvaguardia del bene⁵⁷, in una seconda addirittura riferita all'immagine della cosa in sé, del "semplice bene"⁵⁸.

Questo slittamento non è privo di conseguenze applicative.

Soffermandosi sul danno patrimoniale, ci si può chiedere come questo possa essere determinato quando, come talora accade, non sia disponibile un tariffario che misura il valore economico dell'uso dell'immagine riprodotta senza autorizzazione. Qui, diversamente da quando avviene in materia di diritto d'autore (art. 158 l.a.), non sono disponibili i parametri privatistici propri della lesione del diritto di proprietà intellettuale (lucro cessante, restituzione del profitto, canone normale). Questi, del resto, presuppongono che il titolare del diritto chieda ristoro del guadagno da sfruttamento dell'opera, perduto in conseguenza della lesione, ma non appaiono appropriati quando, in assenza di un riferimento fornito da un tariffario, ad essere lamentato sia il pregiudizio ad

zione dal comma 1 dell'art. 1 c.b.c. Resta da domandarsi se il riferimento trovi un base sufficiente quando i beni di cui si tratta provengono da culture diverse dalla nostra e, in termini più generali, quando l'insieme di beni culturali incorpori in sé una quota importante di beni così caratterizzati, la legittimità della cui detenzione è discussa (in argomento v. F. MACMILLAN, *Intellectual and Cultural Property. Between Market and Community*, Routledge, 2021).

⁵³ Così nuovamente Trib. Venezia 23 novembre 2022, caso « Uomo Vitruviano », *cit.*.

⁵⁴ Trib. Firenze 21 aprile 2023, caso « David di Michelangelo II », *cit.*.

⁵⁵ Al "valore costituzionale riconosciuto all'art. 9 Cost. e identitario della

collettività" si richiama Trib. Venezia 23 novembre 2022, caso « Uomo Vitruviano », *cit.*, 2276 (per qualificare come norma di applicazione necessaria l'art. 108 c.b.c.). Il riferimento alla nozione di "espressioni di identità collettiva culturale" deriva dal richiamo nell'art. 7, comma 1, c.b.c. alle due Convenzioni Unesco del 2003 e 2005.

⁵⁶ E che comunque è nozione che pare trovare una sua base testuale nell'art. 7-bis c.b.c. (su cui anche per richiami J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio*, *cit.*, 476).

⁵⁷ Trib. Firenze 21 aprile 2023, caso « David di Michelangelo II », *cit.* e Trib. Venezia 23 novembre 2022, caso « Uomo Vitruviano », *cit.*.

⁵⁸ Trib. Firenze 11 aprile 2022 (ord.), caso « David di Michelangelo », *cit.*.

un'immagine, ad un diritto al nome od all'identità presidiato da norme pubblicistiche.

Su di una fra le conseguenze applicative di questa ricostruzione si dovrà ritornare in conclusione (al termine del § 6). Giova però osservare già qui che è a partire di queste coordinate anche extra-testuali che dovrà essere affrontato il tema della liceità dello *scraping* delle immagini dei beni culturali ai fini dell'addestramento del *machine learning* che sta alla base dell'allestimento dell'intelligenza artificiale, che per ora è venuto alla ribalta solo nella visuale del diritto d'autore ⁵⁹.

4.3. *I costi e i benefici di libertà e controllo.* È quindi venuto il momento di soffermarsi più da vicino sulle coordinate economiche entro le quali si colloca la tensione fra controllo e libertà che caratterizza la disciplina dei beni culturali.

Agli economisti va il merito di offrire modelli di riferimenti articolati e complessi ⁶⁰. Per i fini che qui interessano è però sufficiente soffermarsi sui due modelli polari, che danno priorità all'interesse alla libertà e rispettivamente al controllo, non senza dimenticare peraltro che i paradigmi di riferimento sono capaci di intrecciarsi e combinarsi fra di loro in vario modo.

Quanto ai modelli di disciplina dei beni culturali che danno priorità alle istanze di libertà, occorre tornare a sottolineare che, in ambiente digitale, le immagini dei beni sono caratterizzate dall'essere non solo, come era in passato, non rivali nell'uso, perché lo stesso bene è suscettibile di essere fruito simultaneamente da più soggetti senza che la fruizione dell'uno riduca quella degli altri. La novità sta in ciò, che essi sono altresì divenuti anche non rivali nella produzione: ogni risorsa digitale è suscettibile di essere riutilizzata un numero infinito di volte come tessera di mosaici sempre diversi ed indipendenti l'uno dall'altro. Così, se sempre si è detto che la fruizione simultanea della stessa opera reca con sé esternalità positive, la riflessione degli economisti (e non solo degli economisti) ⁶¹ ha più di recente messo in luce che queste esternalità positive legate alla non rivalità nella produzione sono incomparabilmente superiori a quelle accessibili nel passato analogico ⁶².

⁵⁹ Con riferimento, tra l'altro, all'ipotizzata violazione del diritto d'autore si veda l'azione intrapresa il 27 dicembre 2023 dal New York Times contro Open AI. Un accenno in C. SAPPÀ, *Lo sfruttamento delle immagini del patrimonio culturale italiano*, cit., nota 42.

⁶⁰ V. in particolare A. MARCIANO-N. MOUREAU, *Museums, Property Rights, and Photographs of Works of Art*, cit. e E.

BERTACCHINI-F. MORANDO, *The Future of Museums in the Digital Age*, cit..

⁶¹ E v. infatti D. MANACORDA, *Dieci argomenti*, cit., 21; G. RESTA, *Chi è proprietario delle piramidi?*, cit., 575; F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., 197 ss.;

⁶² V. per tutti L. LESSIG, *Remix. Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, The Penguin Press, 2008. E

Ma, come viene spesso ricordato, la libertà ha sempre un suo costo; e qui i costi possono essere anche ritenuti piuttosto alti. Ciò sotto i due profili, molto diversi fra di loro, cui già si è accennato al § 4.1. Il primo costo, per così dire “spirituale”, viene identificato con l’impatto negativo che può subire l’immagine del bene in occasione della sua riproduzione e manipolazione; che, talora si aggiunge, può andare dalla semplice perdita di valori positivi (dell’aura, del prestigio) attraverso il fenomeno che talora si descrive come *trashification* (o mercificazione volgare) agli impieghi scopertamente offensivi, ed ingiuriosi, il cui impatto negativo si estenderebbe dalla singola immagine alla collettività per cui questa è punto di riferimento ⁶³.

Passando al versante del controllo, si ricorderà che quello che è talora descritto come *proprietary image licensing* ⁶⁴, si vede assegnato il compito, cruciale, di contribuire a coprire i costi dei beni materiali cui le immagini si riferiscono. Esso incontra però due ordini di difficoltà. Di uno già si è detto: se il *licensing* consente l’appropriazione diretta di una parte del valore che il mercato assegna alle immagini, come dimostrato ad es. dai corrispettivi che gli editori sono disposti a pagare per riprodurre le immagini stesse, esso può al contempo avere effetti avversi, più o meno rilevanti a seconda dei casi, sull’appropriazione indiretta. Infatti, restrizioni alla circolazione delle immagini presso il pubblico deprimono la visibilità dell’istituzione che le opera e possono ripercuotersi negativamente sul reperimento di risorse come biglietti museali, sovvenzioni pubbliche e così via. Quanto al secondo ordine di difficoltà, i costi di transazione, questi possono essere molto elevati. Molti anni fa, conducendo una ricerca sulla PSI, mi sono reso conto che, in un settore comparabile, l’ufficio della Regione Piemonte cui era affidato il compito di vendere e licenziare le carte geografiche appartenenti alla Regione stessa aveva spese per il personale che erano un multiplo degli incassi ⁶⁵. Con il passare del tempo mi sono reso conto che questa non era un’anomalia, ma la regola. I casi in cui i costi di transazione incontrati anche nel *proprietary image licensing* eccedono i ricavi sembrano proprio essere la maggioranza.

in questa prospettiva che si comprende perché la decisione della Corte EFTA del 6 aprile 2017, caso « Vigeland », *cit.*, abbia ritenuto che sottrarre al pubblico dominio opere di eccezionale statura attraverso la registrazione come marchio possa contrastare con la morale o l’ordine pubblico.

⁶³ Negli ultimi decenni, questo profilo di costo — sempre tenuto presente fra le coordinate della disciplina — pare avere assunto un peso crescente anche nelle applicazioni giurisprudenziali, a testimoniare una

risorgenza di forme di nazionalismo che si potevano sperare tramontate: e v. il riferimento alla lesione del “simbolo del genio italico” in Trib. Firenze 21 aprile 2023, caso « David di Michelangelo II », *cit.*, 2365.

⁶⁴ E. BERTACCHINI-F. MORANDO, *The Future of Museums in the Digital Age*, *cit.*, § 3.

⁶⁵ V. nel volume curato da C. SAPPÀ e me, *Extracting Value from Public Sector Information: Legal Framework and Regional Policies*, ESI, Napoli, 2013.

5. I PUNTI DI CRISI DEI REGIMI DELLE IMMAGINI DEL PATRIMONIO CULTURALE BASATI SUL CONTROLLO.

Conviene dunque ora fermarsi a ragionare più a fondo sui costi di transazione che affronta un regime, come quello del nostro c.b.c., che si proponga mediante il controllo delle immagini dei beni non solo di verificare l'adeguatezza degli impieghi per cui viene richiesta l'autorizzazione ma anche di reperire delle risorse economiche mediante corrispettivi corrisposti in relazione a ciascuna transazione.

Inutile dire che qui non vengono in considerazione i costi, ingenti, incorsi nella conservazione dei beni e neppure nella loro digitalizzazione. Questi sono costi fissi, che prescindono dalla modalità con cui venga, alternativamente, liberamente consentita o limitata, ad es. con autorizzazioni caso per caso, la riproduzione da parte dei privati richiedenti. Quelli che qui interessano sono i c.d. costi variabili, quelli che conseguono a ciascuna riproduzione aggiuntiva consentita od autorizzata. La teoria economica ci informa che in regime di libertà i costi variabili post-digitalizzazione sono nulli (ovvero così trascurabili da poter essere considerati tendenti allo zero)⁶⁶. Questa struttura dei costi vale appieno per i regimi di *open access and display*, dove, una volta apprestata l'infrastruttura, tutto il resto è lasciato all'iniziativa dell'utente.

Ma la struttura dei costi cambia radicalmente, ed in peggio, nei regimi basati sul controllo. Qui entrano in gioco tariffari complessi; perché l'autorizzazione possa essere presa in considerazione l'utente deve fare un'istanza, spesso a sua volta non semplice. Dal canto suo, il procedimento che può condurre alla concessione dell'autorizzazione od al suo diniego, può essere anche assai articolato e snodarsi in molte tappe, che di nuovo richiedono un rinnovato coinvolgimento del privato che aspiri all'autorizzazione⁶⁷. Tutto questo per una ragione elementare: che l'accesso che non sia *open* non è consentito una volta per tutte ma comporta tante richieste dell'utente e tante autorizzazioni dell'amministrazione quante sono le domande di riproduzione. E questo semplicemente in ragione del meccanismo prescelto ed

⁶⁶ E. BERTACCHINI-F. MORANDO, *The Future of Museums in the Digital Age*, cit., 4, che richiamano il classico C. SHAPIRO-H.L. VARIAN, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Boston, 1999.

⁶⁷ Una lettura del complesso procedimento cui si riferisce la sentenza di Trib. Firenze 11 aprile 2022 (ord.), caso « David di Michelangelo », cit., 2262-2263, durato quasi due mesi, suggerisce che il richiedente privato abbia interrotto il dialogo per sfini-

mento o disperazione. Nel suo contributo M. BACNOLI, *Circolazione delle immagini fra pubblico e privato*, cit., 141 ss., 145-146 spiega bene come le richieste di autorizzazione e di riproduzione possano richiedere una o due settimane di attesa, e come queste possano allungarsi per le « mancate o tardive risposte a richieste di integrazioni, alla corretta individuazione del richiedente, alla corretta individuazione dell'oggetto della richiesta, al sistema di pagamento del canone ».

anche prescindendo da casi estremi, come quello messo in piedi dal d.m. 161 dell'aprile del 2023, che addirittura in alcune fattispecie richiede una stima iniziale del richiedente ed un meccanismo di aggiustamento in corso d'opera che a molti è parso (per usare un eufemismo) poco maneggevole ⁶⁸.

Quindi i regimi basati sul controllo sono caratterizzati da costi marginali importanti, che, come talora si dice, “cubano”, possono raggiungere importi elevati. È per questo che gli economisti insistono: quando si discorre dei ricavi che vengono ottenuti dai regimi autorizzativi, si badi bene di riferirsi ai ricavi netti, e non a quelli lordi; ché spesso i primi possono essere negativi anche se i secondi siano positivi.

Questa è la ragione per cui le non poche stime empiriche disponibili dei proventi — per l'appunto: netti — delle istituzioni che dispongono di beni culturali, rivenienti dalle autorizzazioni alla loro riproduzione, forniscono un bilancio tendenzialmente negativo e talora molto negativo ⁶⁹. Di qui potrebbero derivare indicazioni di *policy* univoche ⁷⁰, se non fosse che la regola ora delineata soffre di eccezioni tanto cospicue da imporre una riflessione a parte.

Prima di ritornare a queste profilo, importante, quando si

⁶⁸ D. MANACORDA, *Dieci argomenti, cit.*, 26-27.

⁶⁹ V. M. BACNOLI, *Circolazione delle immagini fra pubblico e privato*, in D. Manacorda-M. Modolo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale, cit.*, 141 ss., 145-146 che indica un incasso di circa € 2.000 per le Gallerie Estensi nel periodo gennaio-aprile 2022, senza peraltro dettagliare il costo del personale amministrativo dedicato; altri dati e riferimenti in M. Modolo, *Il d.m. 11 aprile 2023 n. 161, cit.*, 234 e nota 4 a 239; I. PENSA, *Wiki Loves Monuments*, sempre in D. Manacorda-M. Modolo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale, cit.*, 181 ss., a 184 e nota 3 di 185. Con specifico riguardo agli incassi, va peraltro ricordato come il diritto europeo in materia di PSI non ponga un tetto massimo alle tariffe che possono essere praticate da biblioteche, archivi o musei: vedi la lett. b) del par. 2 dell'art. 6 Direttiva (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 (rifusione) (Open Data Directive).

⁷⁰ La trattazione svolta nel testo è riferita agli effetti negativi del regime di controllo sul piano della disciplina dei beni culturali; traslascia quindi intenzionalmente gli effetti di trascinarsi in settori finitimi dell'esperienza giuridica, che pur è dato di

riscontrare ma esorbitano dal tema. Si pensi alle ricadute delle soluzioni accolte in applicazione della disciplina del c.b.c. su di un tema civilistico controverso, concernente la questione, già accennata (alla nota 10), dell'esistenza di un diritto esclusivo sull'immagine immateriale del bene basato sulla semplice situazione di appartenenza o dominio della cosa materiale, che ulteriormente si biforca a seconda che il bene sia sottratto alla pubblica vista oppure ad essa esposto. Nella prima delle due fattispecie, l'esistenza del diritto è contestata dalla dottrina (G. RESTA, *Chi è proprietario delle piramidi?*, *cit.*, 579 s., sulla base dell'argomento desunto dall'art. 109 l.a. che istituirebbe “una netta dicotomia di regime, rispettivamente per la proprietà della res e per le situazioni di appartenenza relative ai suoi profili immateriali”; ma v. per un'argomentata critica C.E. MAYR, *La libertà di panorama, cit.*, 519 ss.); ma pare affermata dalla non abbondante giurisprudenza (Cass. 16 marzo 2012, n. 4213, Pavia e altro c. Pontificia Commissione di archeologia sacra, con nota, critica, di G. RESTA, *Le fotografie delle catacombe e la proprietà intellettuale*, in *Dir. inf. e informatica* 2012, 841 ss.; per altri richiami J. CIANI SCIOLLA, *Il pubblico dominio, cit.*, 446 ss.), talora anche sulla base del rilievo che il proprietario può pur sempre condizionare l'accesso alla cosa all'accettazione di un impegno di non riprodurla (ciò

discorrerà del ricorso ai *non fungible tokens* (NFTs), converrà ampliare la ricognizione ricomprendendo nell'esame alcuni fattori ulteriori che complicano il quadro entro cui vanno collocate le scelte possibili.

In primis, dobbiamo cessare di pensare al regime delle immagini in termini nazionali. Il digitale è per sua natura (almeno tendenzialmente) *globale*. La giurisprudenza recente ritiene che alle immagini di *puzzles* ritraenti l'uomo Vitruviano trovi applicazione (extraterritoriale) la legge italiana, anche se la produzione dei *puzzles* avviene in Germania e questi sono venduti in tutto il mondo⁷¹. Questo conclusione regge sull'assunto che la scelta della legge che viene applicata dal giudice italiano, una volta che questi abbia, sulla base dei criteri ordinari di riparto della giurisdizione, ritenuto di aver competenza sulla controversia fra l'amministrazione italiana e l'impresa tedesca, si determina sulla base della *lex fori*, anche se, a dire il vero, nelle coordinate normative offerte dal diritto internazionale privato nazionale ed europeo, la soluzione appare assai poco attendibile⁷². In ogni caso, anche ammettendo che le norme italiane davvero siano di applicazione necessaria in contesti come questo, si deve pur sempre prendere atto che sarebbe compiuto solo il tratto iniziale del cammino. Quando l'amministrazione italiana abbia ottenuto una condanna

che, a rigore, varrebbe a fondare un diritto personale ed obbligatorio e non un diritto reale: v. G. RESTA, *L'immagine dei beni culturali pubblici*, cit., 77; F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., 217 s.). Nella seconda fattispecie si reperiscono le prese di posizione già inventariate alla nota 10. Vi è ragione di temere che le — quantomeno poco meditate — prese di posizione giurisprudenziali che costruiscono un diritto all'immagine della cosa in sé, del "semplice bene" Trib. Firenze 11 aprile 2022 (ord.), caso « David di Michelangelo », cit.; ma v. anche Trib. Firenze 21 aprile 2023, caso « David di Michelangelo II », cit.; e ciò fanno proprio richiamando la controversa sentenza di Cass. 11 agosto 2009, n. 18218, caso « Rimini Sail », cit., possano far tracciare il fraintendimento ad esse sotteso dal campo dei beni culturali a quello dei beni in generale.

⁷¹ Trib. Venezia 23 novembre 2022, caso « Uomo Vitruviano », cit., 2276-2277 (in applicazione degli artt. 17 della l. n. 218 del 1995, riforma del diritto internazionale privato, e 16 del reg. (CE) n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, c.d. Roma II). Non facilmente decifrabile la posizione al riguardo di M.L. FRANCESCHELLI, *La riproduzione di beni cul-*

turali a scopo di lucro, cit., 301 s., la quale per un verso ritiene che il regime italiano del c.b.c. abbia portata solo territoriale; per altro verso auspica che la materia sia disciplinata da convenzioni internazionali che però dovrebbero "contemperare l'interesse al controllo con l'interesse alla conoscenza del patrimonio italiano all'estero".

⁷² La posizione dei giudici veneziani sul punto sembra assai discutibile. L'art. 16 del Reg. Roma II si riferisce alle c.d. norme autolimitate (*Zwangsnormen* o "loi d'application nécessaire"), la cui applicazione presuppone la sussistenza di collegamenti sufficientemente stretti con il foro (fra i molti R. PLENDER-M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2009³, 744) che parrebbero difettare nel caso di produzione e vendita in Germania e messa in commercio in Stati terzi diversi dall'Italia. Anche dal punto di vista della regola di conflitto generale dell'art. 4 del Reg. Roma II, pure essa applicata dai giudici veneziani, ci si può domandare, sempre in relazione a queste operazioni "estero su estero", se non ci si trovi di fronte ad un caso in cui l'asserito illecito "presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso" dal *forum damni* e *commissi delicti* di cui al par. 3 dell'art. 4.

al risarcimento a carico del produttore tedesco, occorre domandarsi su quali binari vada pensato l'*enforcement* della sentenza italiana in Germania⁷³. E questo è solo un inizio: perché poi occorre domandarsi come l'amministrazione italiana, che in Italia è assistita senza spese dall'Avvocatura dello Stato, possa far fronte agli esborsi che pur occorreranno per ingaggiare gli avvocati tedeschi che sono indispensabili per ottenere un'esecuzione della condanna.

Quest'ultima considerazione sembrerebbe piccola cosa; se non che, una volta accolta la tesi dell'extraterritorialità della legge italiana relativa alle immagini dei beni e constatato che del David e dell'uomo Vitruviano ci sono a dir poco migliaia di esemplari in giro per il mondo, dovrebbe essere stanziato un capo di spesa del bilancio dello Stato *ad hoc* per assolvere il dovere di tutela del nostro patrimonio e del correlativo *enforcement*.

Si è fin qui detto delle difficoltà di perseguire le riproduzioni illecite nella prospettiva del nostro regime delle immagini culturali quando emerga una dimensione transnazionale e globale di chi le produce e distribuisce. Ma la stessa dimensione globale si ripresenta anche quando rovesciamo la prospettiva e ci collochiamo nella visuale del fruitore residente nel nostro paese. Che dire se un residente scarica le fotografie digitalizzate degli scavi di Roma dell'Ottocento "dai siti web di importanti istituti stranieri"⁷⁴? Si deve ritenere che l'utilizzatore italiano compia davvero una riproduzione illecita, anche se assistito da libertà di studio, di ricerca, di espressione e vari altri diritti fondamentali⁷⁵? E se sì, egli potrà a sua volta chiamare in causa l'istituto straniero per ottenere una parziale manleva ex art. 2055 c.c.? Se la risposta è positiva, essa è premessa per una deflagrazione di scala planetaria, visto che nella stessa posizione degli "importanti istituti stranieri" si trovano anche le piattaforme web che, munite di esorbitanti poteri privati, reagirebbero in maniera non mite a chi le ritenesse autrici di illeciti perché hanno messo a disposizione di utilizzatori italiani immagini tutelate dal c.b.c.⁷⁶ e magari li hanno guidati nella ricerca con un'apposita app come "Google Arts and Culture"⁷⁷.

⁷³ O in altro luogo dove il convenuto condannato possieda assets esecutabili.

⁷⁴ M. MODULO, *Il canone di concessione*, cit., 45.

⁷⁵ E v. comunque i commi 3 e 3-bis dell'art. 108 c.b.c., che peraltro si applicano solo ad attività non lucrative.

⁷⁶ E v. al riguardo M. FANTINI, *Le immagini del patrimonio culturale: il punto di*

vista dell'economia, in D. Manacorda-M. Modolo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale*, cit., 97 ss., 98 e D. MANACORDA, *Dieci argomenti*, cit., 21.

⁷⁷ E v. E. SBARBARO, *Codice dei beni culturali e diritto d'autore*, cit., nota 93 a 86 che, comprensibilmente, dà per scontata la liceità del contegno dell'utente e della piattaforma.

6. VERSO UN REGIME IBRIDO?

Insomma, l'assetto attuale del regime italiano delle immagini culturali esibisce una struttura dei costi rispetto ai ricavi sproporzionata, rispetto alle possibilità offerte dall'ambiente digitale, e difficoltà di *enforcement* accentuate. Eppure, non si hanno segnali di apertura verso il sistema alternativo *open*, pur adottato con grande successo altrove, per la scelta operata nel nostro sistema a favore del polo del controllo rispetto a quello della libertà.

Questo non vuol dire che non siano pensabili vie di uscita, sia pur provvisorie, anche nella temperie odierna. Se non si vuole abbandonare un regime che sceglie di mantenere la tensione fra controllo e libertà ed anzi privilegia il polo del controllo, si può almeno pensare di alleggerire alcuni fra i punti in cui quella tensione si fa insostenibile sotto il profilo del rapporto fra costi e ricavi, dell'*enforcement* e — anzi: forse soprattutto — dal punto di vista della preservazione di una misura accettabile di pubblico dominio, riservata al fine di lasciare spazi sufficienti per la creatività a valle e per l'esercizio delle prerogative costituzionali della libertà di ricerca, di studio e di espressione ⁷⁸.

Si può immaginare che questo alleggerimento possa avvenire lungo due direttrici.

La *prima* potrebbe essere costruita riflettendo sull'esperienza del Museo Egizio di Torino ⁷⁹. Questo ha inaugurato dal 2014 un politica di *open access* alle immagini digitali dei suoi reperti; ed ha nel frattempo visto crescere significativamente il numero dei visitatori del museo e quindi della sue entrate. Avrei supposto che il Museo Egizio abbia potuto sperimentare, con risultati lusinghieri, questa *best practice* che lo allinea al Rijksmuseum di Amsterdam, al Museo nazionale di Stoccolma, al Rijksmuseum van Oudheden di Leida e ai musei municipali di Parigi, grazie, forse, anche alla natura di Fondazione privata di cui esso dispone a partire dal 2004 ⁸⁰. Mi sono però preoccupato quando ho visto un avviso sul sito dell'Archivio di Stato di Torino, che sta ad indicare che la politica *open* di questa istituzione è per il momento

⁷⁸ Artt. 9, comma 1, 21, comma 1, 33, comma 1, Cost.; 11, 13 e 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

⁷⁹ In argomento v. B. MOISO-T. MONTONATI, *Il Museo Egizio di Torino: storia di un'esperienza*, in D. MANACORDA-M. MODULO (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale*, cit., 149 ss.; D. MANACORDA, *Dieci argomenti*, cit., 25; M. MODULO, *Il canone di concessione*, cit., 43; C. SAPPÀ, *Actions and reactions*, cit., 6.

⁸⁰ Ma v. B. MOISO-T. MONTONATI, *Il Museo Egizio di Torino*, cit., 152. Qualche notizia sulle iniziative *open* del Museo "liquido" di Cagliari in C. SAPPÀ, *Hosting the public domain into a minefield*, cit., § 2; una panoramica completa, anche dal punto di vista quantitativo, delle iniziative *open* nell'universo che è descritto con l'acronimo GLAM (Galleries, Libraries, Museums and Archives) è in A. WALLACE, *Surrogate Intellectual Property Rights*, cit., 309 s. e 329.

cessata⁸¹. Parrebbe dunque che, con il d.m. dell'aprile del 2023, si sia compiuto un passo indietro. Sono confortato però dal verificare che il Museo Egizio non ha battuto ciglio; e forse con buone ragioni⁸². In ogni caso gli sviluppi, o arretramenti, recenti non detraggono dal valore di esempio delle politiche seguite fino all'anno scorso e non esclude che si possa ritornare sulla retta via⁸³.

Anche la *seconda* direttrice potrebbe ricollegarsi ad esempi illustri, che sembrano avere saputo grandemente ridimensionare la tensione fra libertà e controllo nello sfruttamento delle immagini del patrimonio culturale. Questa seconda soluzione parte da una constatazione frequente. Esiste una dicotomia piuttosto netta fra la "picciol schiera" delle immagini che davvero evocano alla memoria collettiva valori rappresentativi di una comunità civile o nazionale. Talora si suggerisce che queste immagini, che con termine abusato vengono definite come iconiche, siano da ricondurre ad un elenco di *top ten*⁸⁴. Di qui nasce l'idea di istituire, con o senza una modifica dell'art. 108 c.b.c., una dicotomia di regime fra le immagini ritenute accentuatamente simboliche e le altre: controllo per le une, libertà per le altre. L'esempio da

⁸¹ "Nuovo Tariffario Per Fotoriproduzione, Uso Immagini E Concessione Spazi

Si avvisano i Signori studiosi che a partire dal 12 luglio 2023 è entrato in vigore un nuovo tariffario per la riproduzione, l'uso delle immagini e la concessione degli spazi, determinato ai sensi del d.m. 11 aprile 2023, n. 161.

Tale tariffario abroga ogni precedente disposizione in materia, incluse le vecchie indicazioni circa il rilascio gratuito di immagini che possano ancora trovarsi nelle pagine del sito dell'Archivio, che verranno progressivamente modificate e aggiornate". È da supporre che questa novità tragga origine nel d.m. del Ministro della Cultura dell'11 aprile 2023, n. 161: gli artt. 2 e 3 del d.m. prevedono "importi minimi dei canoni e dei corrispettivi" derogabili in più ma non in meno.

⁸² Si può infatti supporre che gli artt. 1.2 e 2.1. del d.m. n. 162 dell'11 aprile 2023 possano essere in contrasto con il comma 1 dell'art. 107 c.b.c., che statuisce che non solo il Ministero ma anche "gli enti pubblici territoriali... che abbiano in consegna" i beni culturali possono consentirne la riproduzione; consenso che, parrebbe, può essere sia caso per caso sia generale (secondo C. VENTIMIGLIA, *sub* art. 107 in (a cura di M.A. Sandulli), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 987 ss., che scrive a 990-991: "i limiti effettivi" alla riproduzione "sono stabiliti da norme regolamen-

tari adottate in autonomia da ciascuna pubblica amministrazione "custode" dei beni culturali (archivio, museo, biblioteca, soprintendenza, etc.)" (sottolineatura aggiunta). Lo stesso vale per il comma 1 dell'art. 108, che stabilisce che canoni e proventi "connessi alla riproduzione dei beni culturali sono determinati dall'autorità che ha in consegna i beni" (sottolineatura aggiunta), dove, parrebbe, l'autorità può anche decidere: corrispettivo zero. Nello stesso senso depone anche il comma 6 del medesimo art. 108: "gli importi minimi... per... la riproduzione dei beni sono fissati con provvedimento dell'amministrazione concedente". Anche qui C. VENTIMIGLIA, *sub* art. 108 in (a cura di M.A. Sandulli), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 993 ss., scrive (a 999) che i limiti effettivi alla riproduzione sono stabiliti dalle "norme regolamentari di ciascuna pubblica amministrazione".

⁸³ Anche l'iniziativa di Wikimedia (di cui riferisce I. PENSA, *Wiki Loves Monuments*, cit.) risulta sicuramente apprezzabile nella prospettiva qui esaminata, pur mantenendo un carattere *ad hoc*, limitato all'adesione delle istituzioni e privati coinvolti e quindi circoscritta ad un sottoinsieme di beni culturali.

⁸⁴ E. BERTACCHINI-F. MORANDO, *The Future of Museums in the Digital Age*, cit., 10; e v. ora E. BERTACCHINI, *Quanto vale l'immagine dei beni culturali*, in *La Voce* 3 gennaio 2024. Nello stesso senso M. MODIOLLO, *Il d.m. 11 aprile 2023 n. 161*, cit., 234.

studiare potrebbe qui essere la legge francese sui *domaines nationaux*⁸⁵, opportunamente estesa ad immagini del patrimonio culturale anche diverse dagli edifici.

In una specificazione ulteriore di questa seconda direttrice si può ragionare sulla possibilità di ricorrere al meccanismo dei NFTs, come ha fatto, con molto successo, il Museo Belvedere di Vienna “che il 14 febbraio 2022, in occasione della ricorrenza di San Valentino, ha posto in vendita 10.000 NFT del ‘Bacio’ di Gustav Klimt”. L’incasso è stato di circa € 4 milioni e 300.000⁸⁶. Non posso nascondere una discreta dose di scetticismo nei confronti degli NFT in generale⁸⁷. E tuttavia mi pare che nel contesto che ora ci occupa questi possano presentare due vantaggi. Le operazioni aventi per oggetto le immagini tokenizzate potrebbero godere della sicurezza garantita dalle blockchain. Inoltre, l’istituzione in questione potrebbe valersi dell’opportunità offerta dall’art. 19, comma 3, c.p.i. ed ora dall’art. 22 della l. 27 dicembre 2023, n. 206, *Disposizioni organiche per la valorizzazione, la promozione e la tutela del made in Italy* per registrare un segno idoneo ad accompagnare l’NFT in tutte le transazioni che lo concernono ed azionabile con tutta la panoplia di rimedi del diritto dei marchi in caso di impieghi non autorizzati del *token*⁸⁸.

Resta naturalmente da domandarsi se l’istituzione di una dicotomia come quella qui ipotizzata sia in grado di fornire risposta adeguata alle istanze di controllo rivolte ad evitare usi ritenuti contrari al decoro delle immagini, offensivi o altrimenti degradanti, alla luce dell’ipotizzata loro qualificazione come espressioni di identità nazionale collettiva.

Al riguardo, si potrebbe pensare ai diritti morali relativi alle opere dell’ingegno. Il tema riemerge con scadenza periodica: se è ben vero che, come si è ricordato, l’azione a tutela dei diritti

⁸⁵ Lois n. 2016-925 di cui riferisce G. RESTA, *L’immagine dei beni culturali pubblici*, cit., 81-82.

⁸⁶ M. MODULO, *Il canone di concessione*, cit., 46. Si noti che “la stessa immagine digitale del capolavoro di Klimt è però rilasciata dal museo con una licenza CC, BY SA 4.0” (ivi). L’ipotesi è esplorata pure da S. MONTI, *Immaginare il futuro: tra ovvietà ed opportunità*, in D. Manacorda-M. Modulo (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale*, cit., 167 ss. a 171. Sugli NFT dei musei vaticani v. C. SAPPÀ, *Hosting the public domain into a minefield*, cit., § 7.

⁸⁷ Per le ragioni esposte da M.S. SPOLIDORO, *Dal metaverso ad Acchiappacitrulli? Riflessioni in tema di NFT*, in AIDA 2022, 518 ss., che condivido. Per un primo inquadramento v. altresì M. GRANIERI, *Alcune considerazioni preliminari circa le*

forme di appartenenza dei non-fungible tokens, nota a Trib. Roma 20 luglio 2022 (ord.), Juventus c. Blockeras s.r.l., in *Foro it.* 2022, 3813 ss.

⁸⁸ Sulla vicenda dell’emissione di NFT aventi per oggetto il c.d. “Tondo Doni” da parte degli Uffizi v. ora C. SAPPÀ, *The past and the future cultural heritage rules meet NFTs*, in (a cura di E. Bonadio and C. Sganga), parte IV, in corso di pubblicazione. La battuta di arresto registrata in quell’occasione sembra oggi essere stata superata da più volte citato d.m. n. 161 dell’11 aprile 2023. L’Allegato a questo testo (*Linee guida*) prevede infatti alle pp. 10-11 una disciplina ed una tariffa minima per la creazione e commercializzazione di NFT da parte di terzi; e non sembra plausibile che ciò che è consentito ai terzi sia invece vietato agli istituti di tutela dei beni culturali.

morali, “qualora finalità pubbliche lo esigano, può altresì essere esercitata dal Ministro per i beni e le attività culturali, sentita l’associazione sindacale competente” (comma 2 dell’art. 23 l.a.), va anche aggiunto che questa norma soccorre solo nei casi limitati in cui l’immagine del bene fosse in origine coperta da diritti d’autore ed, essendo questi scaduti, i congiunti legittimati all’esercizio del diritto morale restino inattivi. Essa però lascia un vuoto se l’immagine non abbia fruito della tutela d’autore o se, pur avendone fruito, non risultino congiunti i cui diritti morali sono lesi. Per questi casi, che sono la stragrande maggioranza nel contesto che qui interessa, non sembra esserci proprio soluzione.

Qualcuno può avere ancor memoria del il disagio espresso nel 2003 dall’Avv. Generale della Corte di Giustizia UE Ruiz-Jarabo Colomer con riguardo alla registrabilità come marchio delle note del tema musicale beethoveniano “per Elisa”: “Mi è ... difficile accettare...”, scriveva l’Avvocato Generale, “che una creazione dello spirito, che fa parte del patrimonio universale della cultura, costituisca oggetto di appropriazione in termini indefiniti da parte di una persona per usarla sul mercato al fine di distinguere i prodotti che fabbrica o i servizi che presta con un’esclusività della quale neanche gli eredi del suo autore fruiscono”⁸⁹. Tuttavia, in quell’occasione l’Avv. Generale si asteneva dal proporre al riguardo correttivi o soluzioni al problema così accennato; né la Corte coglieva il destro per pronunciarsi sul punto.

Restando in questo ordine di idee, è anche possibile ragionare su di una seconda soluzione, basata sul sopra esaminato slittamento del diritto di riproduzione esclusiva *ex art.* 108 c.b.c. in un diritto all’identità personale, questa volta collettiva. Si potrebbe immaginare che un uso giudizioso di questa seconda proiezione della tutela delle immagini dei beni culturali possa sopravvivere anche quando le maglie dell’art. 108 c.b.c. si siano allargate, per controllare e se del caso inibire i casi più gravi di utilizzazioni “improprie” dei beni culturali.

Forse, però, è vento il momento di correggere radicalmente la rotta. L’incontro fra le immagini culturali e la rete digitale dovrebbe, a questo punto, averci insegnato una cosa: che l’accesso e il riutilizzo dei giacimenti del nostro patrimonio culturale caduto in pubblico dominio non è una minaccia ma, al contrario, una promessa. E che, da questo punto di vista, va apprezzata la scelta di quegli ordinamenti secondo cui l’interesse pubblico e collettivo dovrebbe contrastare gli ostacoli alla creatività e non la creatività⁹⁰.

⁸⁹ Così le Conclusioni presentate il 3 aprile 2003 nel caso poi deciso da Corte di Giustizia 27 novembre 2003, causa C-283/01, *Shield Mark BV e Joost Kist h.o.d.n.*

Memex, in *Giur. ann. dir. ind.* 4609, caso « per Elisa », par. 31.

⁹⁰ Il riferimento è, ancor una volta, alle conclusioni raggiunte dalla decisione

Abstract

The retrospective part of the paper contrasts the high hopes for the preservation in the public domain of off-copyright works, raised by Art. 14 of the EU Digital Single Market Directive with the bitter disappointment experienced at the time of their implementation. The disappointment turned out particularly harsh in legal systems which, as it is in the case of Italy, provide for a second layer of protection through national heritage legislation. The paper explains why this second layer could not be dismantled at the time of the implementation and comments on subsequent and recent secondary legislation which unfortunately added a further turn of the screw.

The prospective part offers a characterization of the main features of the second, heritage-based layer of protection, by highlighting the rationale given for an inflexible control regime as well as the transaction costs and other negative externalities associated with it, its main legal features as well as its major crisis points, including enforcement and overbroad territorial claims. Finally, it suggests two possible ways out of the conundrum. The first one consists in a half-way house based on a closed-list of restricted works, which might also be commercially exploited by museums through non-fungible tokens (NFT), on the one hand, and a full freedom regime for all other works. on the other hand. The second goes all the way to support the notion of open licensing based on total freedom for all cultural works.