

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,
Concetta Simone**

Redazione di Lecce

Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano, Alessandro Silvestrini

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria
Panzironi**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino,
Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele**



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Carla Zuddas

ESPRESSIONI CULTURALI TRADIZIONALI E OPERE ORFANE
NELL'ERA DELLA RETE: SPUNTI DALLA DIRETTIVA 28/2012/UE

SOMMARIO: 1. Le istanze di tutela del patrimonio culturale tradizionale nell'era digitale: cenni sulla direttiva 28/2012/UE in tema di opere orfane. – 2. La digitalizzazione del patrimonio culturale intangibile e di espressioni culturali tradizionali. – 3. La tutela delle espressioni culturali tradizionali nel diritto d'autore: a) opere di autori sconosciuti nella Convenzione di Berna (CUB). – 4. (segue): b) «opere orfane» ed «opere anonime». – 5. Il contenuto della direttiva 2012/28/UE su taluni usi consentiti di opere orfane. – 6. Considerazioni sulla tutela delle espressioni culturali tradizionali alla luce della direttiva 2012/28/UE.

1. *Le istanze di tutela del patrimonio culturale tradizionale nell'era digitale: cenni sulla direttiva 28/2012/UE in tema di opere orfane.* - La digitalizzazione di risorse culturali tradizionali¹, intese come forme espressive fonetiche, musicali, di azione, nelle quali si manifestano e si trasmettono la cultura e il sapere tradizionale appartenenti al patrimonio culturale

¹ Si segnala che nel testo si farà sovente riferimento al concetto di risorse o espressioni culturali tradizionali (o TCE, secondo l'acronimo inglese che sta per Traditional Cultural Expressions). Si ricorda inoltre che nei documenti legislativi e di soft law si rinviene spesso anche la locuzione Expressions of Folklore (EoF), che - pur non essendo sinonimo di Traditional Cultural Expressions - viene utilizzata con il medesimo significato. La questione della tutela delle espressioni culturali tradizionali è da anni oggetto di attenzione da parte degli studiosi. Alla luce degli attuali documenti internazionali di soft law, sono considerate espressioni culturali tradizionali (o espressioni di folklore) le forme tangibili o intangibili, ovvero una combinazione di tali forme, nelle quali si esprima e venga trasmessa la cultura e il sapere tradizionale. In particolare rientrano in tale definizione: le espressioni fonetiche o verbali (racconti, poesie, favole, miti); le espressioni musicali o di suono (canzoni, ballate, musiche, ma anche ritmi musicali e suoni come specifica espressione di rituali); le espressioni di azione (danze, performance, forme di teatro popolare, feste, riti, giochi e sport tradizionali); le espressioni d'arte tangibili o materiali (pitture, sculture, incisioni, mosaici, forme architettoniche, gioielli, tessuti, tappeti, costumi, strumenti musicali, manufatti in legno, ceramica, terracotta e metallo) ed anche procedurali e tecniche (cure e rimedi tradizionali, metodi agricoli, tecniche artigianali tipiche ecc.). La dimensione internazionale del tema è evidenziata dai lavori di WIPO e, al suo interno, della Commissione Intergovernativa per la protezione delle espressioni culturali tradizionali, delle conoscenze tradizionali e delle risorse genetiche (WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: le Revised Provisions for the Protection of Expressions of Folklore) istituita nel 2001. Nel marzo del 2004 gli Stati membri hanno commissionato alla IGC l'elaborazione di un nuovo modello normativo (che ha preso il nome di Draft Provisions), contenente l'indicazione degli obiettivi di policy ed i principi generali per la protezione di conoscenze tradizionali e di espressioni di folklore. Le Draft Provisions sono soggette a costante aggiornamento sulla base degli orientamenti di volta in volta emergenti in seno alla Commissione.

immateriale o intangibile, è in crescita costante ad opera di istituzioni, pubbliche o private, culturali, museali, fondazioni.

La Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile, adottata a Parigi nel 2003, definisce «patrimonio culturale immateriale o intangibile» «le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali a essi associati – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale». Viene inoltre precisato il riferimento a un patrimonio «trasmesso di generazione in generazione» e «costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi in risposta al loro ambiente, alla loro interazione con la natura e alla loro storia e (che) dà loro un senso di identità e di continuità, promuovendo in tal modo il rispetto per la diversità culturale e la creatività umana»².

Gli archivi audio-visuali o digital libraries e collezioni digitali svolgono un importante ruolo culturale-pedagogico e appaiono essenziali per la preservazione, la conservazione e la trasmissione delle espressioni, sia tangibili che intangibili del patrimonio culturale. Tuttavia non si può trascurare che tali espressioni culturali possono rappresentare una congiunzione del mercato con le comunità e i suoi valori identitari³, mostrando una natura ancipite tra

² La Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile è stata adottata a Parigi, in seno alla Conferenza Generale dell'UNESCO, il 17 ottobre 2003 ed è entrata in vigore il 20 aprile del 2006. Secondo la Convenzione fanno parte del patrimonio culturale intangibile «le tradizioni ed espressioni orali, ivi compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; le arti dello spettacolo; le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; l'artigianato tradizionale» (art. 2). Un'ulteriore tappa nel percorso della cooperazione internazionale in materia di tutela delle risorse culturali è rappresentata dalla Convenzione di Parigi del 2005 sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, entrata in vigore il 18 marzo 2007. Ad entrambe le Convenzioni UNESCO l'Italia ha iniziato a dare attuazione con l'inserimento nel Codice dei beni culturali e del paesaggio dell'art. 7-bis (D. Lgs. 42/2004, come modificato dal D. Lgs. 62/2008). Secondo tale disposizione, le «espressioni di identità culturale collettiva» contemplate dalle due Convenzioni sono assoggettabili alle disposizioni del Codice «qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'art. 10». In realtà, si tratta di una previsione dagli effetti molto parziali: essa si limita infatti a precisare che un bene materiale può presentare un interesse culturale qualificato ex art. 10 del Codice dei beni culturali in quanto sia rappresentativo di espressioni di identità culturale collettiva previste dalle Convenzioni UNESCO, ma nulla dice circa i criteri e i metodi per l'individuazione e la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile.

³ In generale, sul tema della dimensione globale dei beni culturali v. tra gli altri L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Il Mulino, Bologna, 2010. Nonostante i beni culturali non ricadano nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), ai sensi dell'art. XX lett. f), General Agreement on Tariffs and Trade, e costituiscano un settore escluso dalla realizzazione di un libero mercato comunitario (art. 36 TFUE), essi mostrano ormai una forte tendenza ad essere attratti verso un livello di regolazione non esclusivamente nazionale, ma globale. I beni culturali costituiscono una categoria che pone questioni giuridiche che coinvolgono non solamente gli Stati, ma anche un livello di governance sovranazionale (Unione Europea), internazionale (Unesco) e globale. A tale proposito si deve segnalare la Convenzione di Parigi del 2005 sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, entrata in vigore il 18 marzo 2007, i cui punti principali sono: il riconoscimento (i) della natura dualistica delle espressioni culturali sia come beni del mercato, o economici, che come beni di valore culturale; (ii) del diritto sovrano degli Stati di formulare ed attuare politiche culturali e misure per la protezione e la promozione della diversità culturale. Per un commento alla direttiva UNESCO in questa prospettiva v. ex multis L. PINESCHI, *Convenzione sulla diversità culturale e diritto internazionale dei diritti umani*,

l'aspetto culturale ed economico.

Le espressioni culturali tradizionali o opere del folklore di una data comunità si distinguono dalle opere dell'ingegno tutelate dal diritto d'autore per il fatto di provenire nella maggior parte dei casi da autori sconosciuti o da autori di cui si è persa ogni traccia documentale. Ciò rende estremamente difficile attribuire questo tipo di opere ad un determinato soggetto, al quale riconoscere la titolarità dei diritti patrimoniali e morali sull'opera stessa.

Al contempo è stata sottolineata la evidente difficoltà di applicare analogicamente alle espressioni di folklore le norme relative alle tutela delle opere anonime. La differenza essenziale tra opere anonime ed espressioni di folklore di autori sconosciuti consiste nel fatto che, con riguardo alle prime il loro autore ha scelto di tenere segreto il proprio nome, ma potrà sempre essere identificato o scegliere di rivelarsi.

Il problema della tutelabilità di opere i cui titolari dei diritti d'autore siano sconosciuti o non reperibili è emerso di recente riguardo alle cd. orphan works (opere orfane), ossia a quelle opere delle quali, con il trascorrere del tempo, si sono perse le tracce dei titolari dei relativi diritti d'autore patrimoniali e morali.

La questione della disciplina giuridica delle opere orfane si è imposta in particolare nel contesto dei progetti di digitalizzazione e archiviazione dei materiali attinenti alla conoscenza e al sapere, volti a rendere accessibili opere protette dal diritto d'autore in archivi e biblioteche digitali⁴. L'inclusione di tali contenuti negli archivi digitali richiede, infatti, una preventiva autorizzazione da parte del titolare dei diritti, pena la violazione dei diritti d'autore stessi ed in particolare del diritto esclusivo di riproduzione e di messa a disposizione del pubblico. Quando il titolare dei diritti non può essere identificato o reperito, l'opera in questione viene qualificata come «orfana». Nel caso delle opere orfane non è pertanto possibile ottenere il consenso preventivo all'esecuzione di atti di fissazione o alla messa a disposizione del pubblico.

Il 25 ottobre 2012 è stata adottata la direttiva 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni utilizzi consentiti di opere orfane, che detta una disciplina fondata su tre cardini concettuali: i) la definizione di «opere orfane», ii) i criteri della ricerca diligente, iii) l'individuazione degli usi consentiti di opere orfane.

in L. ZAGATO (a cura di), *Le identità culturali nei recenti strumenti Unesco. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, Cedam, Padova, 2008.

⁴ Il problema è parso particolarmente pregnante con riguardo ai diritti sulle opere audiovisive e sulle registrazioni sonore, molte delle quali sono depositate negli archivi degli organismi di radiodiffusione o in quelli di videoteche pubbliche. La questione della titolarità dei diritti d'autore sulle opere orfane può infatti rappresentare un «ostacolo per la diffusione di contenuti di valore e può considerarsi un impedimento alla creatività successiva» (sul punto cfr. M. FABIANI, *Opere orfane e diritti orfani*, in *Dir. aut.* 2009, 226), soprattutto se si ha riguardo a opere che meriterebbero una valorizzazione ed una diffusione per finalità di studio, cultura o anche di conoscenza del patrimonio del passato. Tale aspetto era stato in particolare oggetto di una raccomandazione della Commissione CE sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del materiale culturale e sulla conservazione digitale, pubblicata il 24 agosto del 2006. Essa incoraggiava gli Stati membri a istituire dei meccanismi ad hoc per facilitare l'utilizzo delle opere orfane e per promuovere la disponibilità di elenchi di opere orfane conosciute. In questa prospettiva era stato istituito un gruppo di esperti di elevata qualificazione in tema di biblioteche digitali che ha stilato un protocollo di intesa per le opere orfane. Il protocollo contiene una serie di linee guida relative alla ricerca diligente dei titolari dei diritti e principi generali in tema di banche dati di opere orfane.

La direttiva pone una prospettiva di indagine sugli aspetti di analogia e di interrelazione tra opere orfane ed espressioni culturali tradizionali che può consentire di valutare se la nuova normativa sia in grado di attrarre nella sfera della sua regolamentazione anche opere (e pratiche) della tradizione o di offrire per esse strumenti di tutela significativi. Troverebbero così risoluzione alcuni dei problemi connessi alla loro conservazione e salvaguardia e alla carenza per esse di tecniche di protezione, in specie nella prospettiva attuale della loro utilizzazione digitale.

A tale proposito l'ambito delle TCE, rispetto al quale la nuova disciplina sulle opere orfane può risultare significativa, è quello delle espressioni culturali di tradizione non scritta, ovvero opere e pratiche tradizionali la cui trasmissione intergenerazionale resta affidata ancora in buona parte al sistema dell'oralità, dell'imitazione, dell'osservazione. Esse comprendono, a titolo di esempio, opere e pratiche musicali tradizionali, costituite da repertori propri della tradizione orale, condivise da una comunità o da un gruppo di detentori, frutto di ingegno collettivo e – nella maggior parte dei casi – di autore ignoto (in questo senso in analogia con le opere orfane); tramandate oralmente e connesse a specifici e ben determinati contesti esecutivi.

2. *La digitalizzazione del patrimonio culturale intangibile e di espressioni culturali tradizionali.* -

Le questioni della digitalizzazione e della documentazione del patrimonio culturale intangibile qui oggetto di analisi si inquadrano in un processo attuato a livello internazionale da parte di diverse istituzioni culturali, tra cui università, musei e biblioteche, volto a garantire la conservazione di queste risorse culturali con le modalità rese possibili dalle tecnologie informatiche e a valorizzarne le molteplici possibilità di impiego, garantite dalla fruizione in formato elettronico e digitale⁵.

Pur in un quadro giuridico non ancora sufficientemente allineato all'evoluzione tecnologica, l'importanza strategica della digitalizzazione per i beni del patrimonio culturale intangibile è confermata oggi dalla Carta UNESCO di Parigi del 17 ottobre 2003 sulla conservazione del patrimonio digitale⁶.

Nella definizione coniata dall'UNESCO in tale contesto, per «patrimoine numérique» si intende un patrimonio comune «di risorse uniche nei campi della conoscenza e dell'espressione umana, siano esse di ordine culturale, educativo, scientifico, amministrativo o che contengano informazioni tecniche, giuridiche, mediche o di altra sorta, create digitalmente o convertite in forma digitale a partire dalle risorse analogiche esistenti». Merita attenzione, in particolare, la distinzione effettuata tra «beni digitalizzati»⁷, ovvero opere

⁵ Cfr. *ex pluris* 'EU Digital Libraries Initiative: i2010 strategy' - Communication from the Commission of 30 September 2005 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – i2010: digital libraries [COM(2005) 465 final – Official Journal C 49 of 28.2.2008].

⁶ Carta sulla conservazione del patrimonio digitale. Testo adottato dalla Conferenza Generale dell'UNESCO nel corso della sua 32^a sessione svoltasi a Parigi e conclusasi il 17 ottobre 2003.

⁷ Per «beni digitalizzati» si intendono ad esempio, libri e testi su carta stampata, negativi fotografici, pellicole cinematografiche, musica riprodotta su audiocassette o su dischi in vinile, trasformati in formato elettronico.

convertite in forma digitale, e «beni digitali in origine»⁸, ovvero opere create digitalmente.

Tra questi beni, dell'uno come dell'altro tipo, rientrano molti elementi dell'apparato iconografico tradizionale e indigeno, alla stregua di registrazioni audio e video di espressioni culturali tradizionali, creati o riprodotti digitalmente e disseminati via internet.

Infatti, numerose istituzioni culturali e museali hanno iniziato a rendere disponibili online parte delle proprie collezioni audiovisive e musicali. Uno degli esempi più significativi in tema di accesso online a musiche tradizionali è rappresentato dalla Smithsonian Institution e dal suo «Global Sound Project»: l'iniziativa dello Smithsonian Center for Folklife and Cultural Heritage⁹, nata nel 2005, si prefigge lo scopo di rendere disponibile su internet collezioni appartenenti alla produzione di musica tradizionale di diverse parti del mondo.

Un ulteriore esempio in materia è quello della Memorial University of Newfoundland (MUNFLA)¹⁰. La Memorial University ha catalogato e reso disponibile on line una notevole collezione di registrazioni di espressioni musicali tradizionali di Newfoundland e del Labrador, al fine di «facilitare l'utilizzo condiviso del materiale comune e di realizzare una registrazione permanente per le generazioni future».

Per quanto concerne i processi di digitalizzazione, si è rilevato, in primis, come molte delle collezioni prodotte nel XXI secolo «nascono spesso digitali»¹¹, e non come frutto di una conversione del materiale da analogico a digitale; in secondo luogo, che queste

⁸ Per «beni digitali in origine» si intende fare riferimento a opere create digitalmente (quali ad esempio, testi, immagini fisse o in movimento, audio, grafica, software e pagine web).

⁹ L'iniziativa dello Smithsonian Center for Folklife and Cultural Heritage è nata con l'obiettivo di rendere le diverse espressioni culturali ampiamente accessibili al pubblico, a scopo di educazione e formazione, nonché di incentivare la crescita di comunità basate sulla musica e degli stessi musicisti, permettendo loro di effettuare registrazioni individuali con costi economici contenuti. Le collezioni dello Smithsonian Global Sound Initiative includono l'intera collezione dello Smithsonian Folkways e quelle appartenenti a due importanti archivi regionali: l'International Library of African Music (ILAM), situato a Grahamstown (Sudafrica) e l'Archives and Research Center for Ethnomusicology (ARCE) di Nuova Delhi (India). Maggiori informazioni sul progetto sono reperibili nel sito:

http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/culturalheritage/casestudies/smithsonian_project.pdf.

¹⁰ L'archivio della Memorial University of Newfoundland (MUNFLA) è stato creato per coordinare diverse ricerche accademiche condotte dai ricercatori di Newfoundland, al fine di facilitare l'utilizzo condiviso del materiale comune e di realizzare una registrazione permanente per le generazioni future. L'archivio comprende delle collezioni estese di melodie e canzoni folk di Newfoundland e del Labrador (v. MacEdward Leach and the Songs of Atlantic Canada), nonché di altre espressioni culturali tradizionali sia tangibili che intangibili. A proposito di questo Progetto è interessante apprendere che, per evitare eventuali accuse di misappropriation, è stata predisposta una sorta di notice and take down, che accorda a chiunque dovesse trovare inappropriato un determinato materiale contenuto nell'archivio il diritto di chiederne la rimozione. Nel caso specifico, tuttavia, l'esame iniziale delle risorse da importare nell'archivio aveva permesso di rilevare l'assenza di contenuti strettamente «indigeni» e la presenza invece di materiali «tradizionali» considerati di pubblico dominio. Sul punto cfr. HOEFNAGELS-SMITHFOLK (a cura di), *Music, Traditional Music, Ethnomusicology: Canadian Perspectives, Past and Present*, Cambridge Scholars Publishing, New Castle, 2007, 3. Per maggiori informazioni cfr. <http://www.mun.ca/folklore/munfla/>

¹¹ Con riguardo in particolare alle istanze di preservazione delle opere che nascono digitali viene in rilievo la tecnica del web harvesting: «Web-harvesting is a new technique for collecting material from the Internet for preservation purposes. It involves mandated institutions actively collecting material instead of waiting for it to be deposited, thus minimizing the administrative burden on producers of digital material, and national legislation should therefore make provision for it.». Sul punto v. M. RICOLFI, *Copyright Policy for digital libraries in the context of the i2010 strategy*, 2008, 4, reperibile in versione pdf nel sito <http://communia-project.eu/>.

collezioni siano state raccolte talvolta dalle stesse comunità indigene e tradizionali di appartenenza¹². Nell'economia di un processo di digitalizzazione acquista particolare importanza il momento della costituzione di un archivio digitale: è, infatti, in questa fase che devono essere acquisiti, preventivamente o contestualmente, i permessi e le autorizzazioni necessari per la digitalizzazione e la messa a disposizione on line dei materiali raccolti¹³.

Qualsiasi processo di digitalizzazione di espressioni culturali tradizionali, soprattutto se ad opera di istituzioni culturali, interessa almeno due ambiti, ciascuno dei quali coinvolge, in diversa misura, aspetti di gestione della proprietà intellettuale: (a) l'elaborazione di metodologie per la documentazione e la divulgazione di tali espressioni e (b) la negoziazione di accordi relativi all'utilizzo di 'oggetti' di proprietà intellettuale.

Si rende necessario, a tal fine, percorrere le fasi: (i) della selezione dell'oggetto, (ii) dell'individuazione dei soggetti che ne siano titolari, (iii) dell'acquisizione dei necessari consensi allo sfruttamento tramite strumenti contrattuali e (iv) dell'utilizzo degli oggetti di cui ci si è garantiti la facoltà di sfruttamento, in conformità con gli accordi raggiunti con i titolari dei diritti.

Attualmente non esiste ancora una policy universale per la disciplina della diffusione on line da parte delle istituzioni culturali di immagini o suoni appartenenti alle proprie collezioni: ciò induce gli enti interessati ad assumere decisioni basate esclusivamente sulle proprie esigenze, spesso senza preoccuparsi di consultare e di chiedere un consenso preventivo alle comunità da cui originano determinate espressioni culturali tradizionali rappresentate o riprodotte.

Infatti, ancora scarsi risultano i casi di accordo tra istituzioni e comunità indigene o locali. Tra essi un esempio di particolare interesse, che merita qui specifica menzione, è rappresentato da un accordo stipulato nel 1991 tra la Cline Library della Northern Arizona University e la tribù indiana degli Hopi: le parti dell'accordo concordarono che le immagini di riprese audiovisive di cerimonie sacre integrassero materiale sensibile e che non potessero essere riprodotte o digitalizzate per la fruizione su internet senza un consenso espresso in forma scritta da parte dell'Hopi Cultural Preservation Office.

La comunità Hopi vanta purtroppo una notevole esperienza in tema di misappropriation e usi non consentiti del proprio patrimonio culturale. Ciò ha indotto la comunità a prevedere controlli sempre più stringenti sulla condotta che i terzi estranei alla comunità devono tenere nel rapportarsi con quest'ultima. Così, per esempio, non è consentito nessun tipo di registrazione, né alcuna fotografia, ritratto o disegno, o alcuna nota scritta senza il consenso preventivo dell'Hopi Cultural Preservation Office (HCPO)¹⁴.

L'esame delle indagini effettuate da diverse organizzazioni internazionali interessate al tema della tutela delle espressioni culturali tradizionali ha rivelato tuttavia una sempre

¹² Cfr. WIPO, *Intellectual Property and the Safeguarding of the Traditional Cultures: Legal Issues and Practical Options for Museums, Libraries and Archives*, 2010, 68.

¹³ Al contrario, ottenere permessi e autorizzazioni retroattivamente richiede molto più tempo, lavoro e investimenti, oltre a non apparire eticamente appropriato.

¹⁴ Per maggiori informazioni si rinvia al sito: <http://www2.nau.edu/libnap-p/index.html>. Il Protocollo elaborato dalle comunità dei nativi americani rappresenta un esempio interessante di linee guida e Best Practices «for culturally responsive care and use of American Indian archival material held by non-tribal organizations»: cfr. <http://www2.nau.edu/libnap-p/protocols.html>.

maggior attenzione e sensibilità da parte di istituzioni museali e culturali, biblioteche e archivi, nonché da parte delle stesse comunità indigene o locali, per uno sviluppo e una gestione consapevole delle diverse strategie possibili per la salvaguardia, l'accesso e il controllo del patrimonio culturale tradizionale e delle espressioni culturali tradizionali¹⁵. Risultano pertanto sempre più numerosi e diffusi gli esempi di Best Practices, linee guida, protocolli e accordi che hanno ad oggetto la materia e che si prefiggono l'obiettivo condiviso di creare chiarezza e certezza giuridica per quanto attiene alle utilizzazioni delle TCE.

3. *La tutela delle espressioni culturali tradizionali nel diritto d'autore: a) opere di autori sconosciuti nella Convenzione di Berna (CUB).* - Attualmente la protezione delle espressioni culturali tradizionali può solo in parte ricondursi alle norme sul diritto d'autore, disciplina quest'ultima che tuttavia si rivela inadeguata o quantomeno di difficile applicazione alle TCE.

In particolare, nelle fonti normative e nei documenti di soft law le definizioni di «espressione culturale tradizionale» o «espressione di folklore» sono caratterizzate dalla presenza di almeno tre elementi in comune e cioè: i) l'assenza di un autore individuato; ii) il carattere tradizionale e iii) l'elemento della trasmissione orale.

Uno dei primi tentativi di tutela del folklore con il diritto d'autore ebbe riguardo proprio ad opere caratterizzate dall'assenza di un autore individuato e in questi termini fu codificato nell'art. 15 alinea 4 della Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie e artistiche (di seguito, CUB)¹⁶, esito della revisione di Stoccolma del 14 luglio 1967¹⁷. Pur in

¹⁵ Anche nell'esperienza nazionale italiana si annoverano esempi di archivi contenenti raccolte documentarie di interesse etnoantropologico: si pensi all'Istituto Superiore Regionale Etnografico della Sardegna, istituito con legge della Regione Sardegna n. 26 del 5 luglio 1972, ed all'Archivio di etnografia e storia sociale della Regione Lombardia (AESS), costituito nel 1990, entrambi realizzati con finalità di documentazione, conservazione e promozione delle tradizioni popolari e della storia sociale regionale. Per un'analisi giuridica dell'AESS della Regione Lombardia, riguardo alla protezione dei materiali dei fondi archivistici sotto il profilo del diritto d'autore, v. STABILE, CAVAGNA DI GUALDANA, SACCO, *La tutela giuridica del folklore e del patrimonio culturale immateriale*, in *Dir. ind.* 2007, 290 ss.

¹⁶ Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914 e riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 e a Parigi il 24 luglio 1971. Per un commento alla Convenzione di Berna si rinvia a M. BERTANI, *sub Introduzione alla CUB*, in L.C. UBERTAZZI, *Comm. Breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2007, 1400 ss.. Sulla CUA e più in generale sul trattamento preferenziale dei PVS nell'ambito delle convenzioni multilaterali sul diritto d'autore e sulla loro evoluzione v. per un cenno VAL DE SANCTIS, *I bisogni dei paesi in via di sviluppo nel campo della protezione internazionale del diritto d'autore*, in *IDA* 1966, 545 ss.; per un cenno v. L.C. UBERTAZZI, *Prima introduzione*, in ID., *I diritti d'autore e connessi*, I, Giuffrè, Milano, 2003, 2 ed., 10; ILARDI, *Manuale dei trattati di proprietà intellettuale*, Zanichelli, Bologna, 1999, 430 ss.; ZAGATO, *Sul trattamento dei PVS in materia di diritto d'autore*, cit., 29 ss., ove ampie citazioni.

¹⁷ Nel 1967 la Delegazione indiana presso la Conferenza diplomatica di Stoccolma sulla proprietà intellettuale, preliminare alla revisione della Convenzione di Berna, propose l'inserimento nell'elenco delle opere protette anche delle «opere folcloriche». La Convenzione di Berna accolse tale suggerimento inserendo, nell'art. 15, alinea 4, un riferimento alle «opere non pubblicate di cui è ignota l'identità dell'autore»: «si è, così, 'aggirata' la questione, prevedendo una nuova categoria di opere» (V. DE SANCTIS, *La*

assenza di un riferimento esplicito alle opere folkloriche, si evince dai lavori preparatori che l'art. 15.4 CUB è ad esse principalmente rivolto¹⁸. La disposizione concerne le «opere non pubblicate di cui è ignota l'identità dell'autore, il quale può tuttavia presumersi appartenente ad un Paese dell'Unione». In particolare, dunque, la norma convenzionale sembrerebbe applicarsi soltanto: (i) a opere create da autore sconosciuto che dovrebbe appartenere ad uno Stato aderente alla Convenzione di Berna; (ii) a opere create da un autore sconosciuto che non sia comunque deceduto da più di 50 anni¹⁹; (iii) a espressioni di folklore non ancora pubblicate²⁰.

Tale disposizione è ritenuta pacificamente applicabile essenzialmente alle espressioni di folklore tutelabili in base al diritto d'autore (la norma convenzionale parla di «opere» e di «autore»), che non siano state pubblicate, mentre cessa di avere applicazione ove esse siano pubblicate, caso in cui, ai sensi dell'art. 15.3 della Convenzione, la protezione è affidata all'editore in rappresentanza dell'autore.

Si è poi, più in generale, ritenuto che la disposizione trovi applicazione solo in relazione ad espressioni di folklore originariamente proteggibili in base al diritto d'autore e che non siano già cadute in pubblico dominio. E' chiaro che se la norma è applicabile solo alle opere proteggibili, e rispetto alle quali il termine di protezione fissato dalla legge non è ancora decorso, la tutela che essa può offrire rispetto alla maggior parte delle espressioni di folklore risulta assai modesta.

E' opinione condivisa che le opere di autori sconosciuti costituiscono una categoria particolare rientrante nel concetto di opere anonime²¹. Tuttavia, le caratteristiche peculiari di

conferenza diplomatica di Stoccolma della proprietà intellettuale, in IDA 1967, 338). Si segnala peraltro come in questi documenti non sia stata elaborata alcuna definizione o quantomeno esplicitazione di che cosa si dovesse e si debba intendere per 'folklore'. Questa disposizione rappresenta uno dei primi tentativi di protezione del folklore nel contesto del diritto internazionale del copyright ed a questo fine (come per tutte le opere dell'ingegno) pone una protezione minima convenzionale.

¹⁸ E' lasciato agli interpreti l'onere di definire i contorni dell'oggetto della disciplina, ma tale risultato non è stato conseguito a causa dell'ampiezza ed eccessiva vaghezza della formula dell'art. 15.4. CUB. GALTIERI, *Folklore e diritto d'autore*, in IDA 1973, 381, ricorda che: «da proposta del Gruppo di Lavoro non parlava espressamente di 'opere folkloriche', trattandosi di espressione di difficile definizione: si riteneva tuttavia che la categoria 'opere di autore sconosciuto', oggetto della nuova disposizione proposta, data la sua ampiezza, ben potesse comprendere tutte le produzioni che sono generalmente individuate come 'opere folkloriche'».

¹⁹ Così molto chiaramente NORDEMANN, VINCK, HERTIN, *International copyright and neighboring rights law: Commentary with special emphasis on the European Community*, VCH Publishers, New York, 1990, 154 e BERTANI, *sub art. 15 CUB*, cit.: perché, come chiariscono tali autori, la CUB non protegge opere che sarebbero ormai di pubblico dominio.

²⁰ La disposizione pare oltremodo approssimativa nella scelta del criterio di collegamento della nazionalità, che potrà essere solo presunta in assenza di certezza sull'identità dell'autore. L'onere della prova incomberà sull'autorità competente. E' da notare la differenza linguistica tra la versione inglese – francese e la traduzione italiana che danno diverso rilievo alla presunzione, ma l'art. 37 CUB afferma che in caso di discordanza tra il testo in lingua francese ed inglese (entrambe lingue ufficiali) prevalga comunque il primo (così BERTANI, *sub art. 37 CUB*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve delle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit.).

²¹ Così il rapporto generale della Commissione principale I, par. 254. La maggior parte delle leggi nazionali sul copyright riconosce il concetto di opera anonima basata sulla creazione di un autore che desidera restare tale. Tuttavia, l'applicazione di queste norme al folklore non appare adeguata. L'attuazione di queste disposizioni da parte di quei Paesi che hanno scelto di esercitare l'opting out previsto dall'art. 7 par. 3 CUB offre comunque una possibilità di portata limitata per l'accesso alla tutela delle opere anonime.

questo tipo di opere, la cui creazione spesso risale a un lontano passato ed è sovente il frutto di apporti creativi successivi e stratificati, hanno determinato la scelta di costituire per esse una categoria particolare che - se è vero che per ragioni di *sedes materiae* dovrebbe rientrare nel concetto di opere anonime - da queste tuttavia si differenzia: un autore ignoto non può essere considerato alla stregua di un autore anonimo o sotto pseudonimo.

Per quanto concerne invece l'aspetto della mancata pubblicazione dell'opera di autore sconosciuto, è opinione condivisa che la nozione di «pubblicazione» debba essere intesa ex art. 3.3 CUB²². Sulla base di questa disposizione si dovrebbero intendere come opere non pubblicate tutte quelle mai riprodotte con alcuna tecnica: ciò sembra limitare ampiamente la portata applicativa della norma²³.

In caso di autore sconosciuto è riservata al Paese dell'Unione di presunta appartenenza di questi la facoltà di designare l'autorità competente al fine di salvaguardare i diritti dell'autore e di farli valere negli altri Stati membri, mediante notifica al Direttore Generale, il quale sarà tenuto a comunicare a sua volta a tutti gli altri Paesi unionisti.

Secondo parte della dottrina²⁴, questa notifica ai Paesi dell'Unione, dal punto di vista degli effetti giuridici, dovrebbe equiparare l'autorità competente destinataria della disposizione alla figura dell'editore delle opere anonime, nel senso che - come l'editore diviene in questo caso il titolare dei diritti d'autore - l'autorità competente diverrebbe a sua volta titolare esclusivo dei diritti. Il contenuto della notifica varrà a fondare una presunzione semplice, suscettibile di prova contraria; ne consegue che uno degli aspetti più delicati di una eventuale applicazione analogica della disposizione dell'art. 7 CUB alle «opere di autore sconosciuto», ex art. 15.4 CUB, è rappresentato dalla designazione dell'editore, che raramente è un membro della stessa comunità di depositari/praticanti, come rappresentante dell'autore rimasto anonimo. In linea teorica, la disciplina prevista per le opere anonime potrebbe essere estesa anche alle espressioni di folklore, nell'ipotesi in cui la Comunità depositaria, e non l'editore, possa considerarsi quale rappresentante dell'autore sconosciuto e pertanto, in ultima analisi, presunto titolare dei diritti sull'espressione di folklore in questione.

Una delle difficoltà riscontrate nell'attuazione dell'art. 3.3 CUB sopra richiamato deriva infine dal fatto che il successivo art. 15.4 CUB non contiene indicazioni sullo svolgimento delle funzioni (per esempio, sulla distribuzione e applicazione delle royalties) e sulle responsabilità delle autorità designate a livello nazionale dallo Stato di presunta

²² Su questa norma, per una compiuta rassegna della dottrina internazionale e nazionale sul tema, v. M. BERTANI, *sub art. 3 CUB*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve delle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit.. Tale disposizione convenzionale definisce al par. 3 il criterio cd. reale di applicazione: cioè la pubblicazione (anche contestuale) dell'opera in uno degli stati che aderiscono all'unione. A tale riguardo, la CUB sembra presupporre una moltiplicazione in copie materiali attraverso il riferimento esplicito al «modo di fabbricazione degli esemplari». In virtù di una interpretazione (per così dire) evolutiva della norma, il requisito della pubblicazione pare integrato anche dalla diffusione delle opere in assenza di esemplari fisici ed oggi anche dall'inserimento in una banca dati o dalla trasmissione mediante reti informatiche.

²³ DESBOIS, FRANÇON, KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, Paris, 1976, 166; nello stesso senso, GERVAIS, *La notion d'oeuvre dans la Convention de Berne et en droit comparé*, Geneve, 1998, 135; LUCAS-SCHOETTLER, *Folklore*, in VON LEWINSKI, *Indigenous heritage*, cit., 2008, 351.

²⁴ MASOUYÈ, *Guide to the Berne Convention* (WIPO, Geneva, 1978), No. 15.11, 95.

appartenenza, con riguardo, per esempio, alla distribuzione e applicazione delle royalties. Questi aspetti parrebbero affidati alle determinazioni del legislatore nazionale²⁵.

Nonostante le pressioni politiche esercitate soprattutto dai Paesi in via di sviluppo ed il dibattito internazionale tuttora in corso sul rilievo delle espressioni culturali tradizionali e sulle istanze di una loro tutela, l'operatività della norma è rimasta molto limitata, in quanto difficilmente le opere folkloriche rispettano i requisiti cumulativamente richiesti da essa. Ad oggi solo l'India risulta aver avviato la procedura di notifica al Direttore Generale del WIPO per la designazione di un'autorità nazionale che possa tutelare negli altri Paesi aderenti all'Unione i diritti degli autori la cui identità è sconosciuta.

Ad eccezione della CUB, la cui disposizione è stata peraltro ribadita tramite il rinvio recettizio effettuato dall'art. 9 TRIPs, nessun altro strumento internazionale sembra invocabile ai fini di una protezione diretta del folklore tramite lo strumento del diritto d'autore.

A questo proposito deve essere aggiunta un'osservazione ulteriore relativa alla difficoltà di raggiungere un accordo unanime tra gli Stati contraenti al fine di modificare la CUB e quindi aggiornare o introdurre eventuali, nuove disposizioni in tema di espressioni di folklore.

Allo stato attuale neanche il World Copyright Treaty del 1996 (d'ora innanzi, WCT), promosso e sottoscritto nell'ambito del WIPO, ha dedicato alcuna disposizione alla materia della protezione delle espressioni di folklore tramite il diritto d'autore, pur avendo disciplinato alcuni dei problemi più attuali relativi alle opere dell'ingegno ed in particolare le nuove modalità di sfruttamento in ambito telematico. Una protezione più incisiva delle TCE, ma solo indiretta, riservata cioè agli interpreti ed esecutori di espressioni di folklore, ma non a quelle espressioni in sé considerate, è stata riconosciuta invece nelle disposizioni della Convenzione di Roma sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori (1961), in base alla quale «gli attori, i cantanti, i musicisti, i ballerini e le altre persone che rappresentano, cantano, recitano, declamano o eseguono in qualunque altro modo» anche espressioni di folklore non tutelate in base al diritto d'autore (per quanto esse non vengano esplicitamente menzionate) godono di un diritto esclusivo di varia durata su radiodiffusione, comunicazione al pubblico, fissazione su supporto materiale, riproduzione di quelle espressioni²⁶.

Nel 1996 il WIPO Performances and Phonograms Treaty (di seguito WPPT)²⁷, ha ribadito ed esplicitato questa tutela, precisando che i performers legittimati a ricevere protezione sono «gli attori, i musicisti, i ballerini e le altre persone che recitano, cantano,

²⁵ RICKETSON e GINSBURG, op. ult. cit., 513. Dal punto di vista della portata applicativa, viene in rilievo il carattere meramente programmatico della norma che ne rimette la concreta attuazione agli Stati membri: questi hanno, infatti, libertà di designare l'autorità competente responsabile per la protezione delle proprie opere folkloriche. La CUB si limita ad obbligare al rispetto del diritto riconosciuto ai Paesi di designare un'autorità: si tratta allora, come prima affermato, di una protezione minimale ex iure conventionis.

²⁶ Sul punto si veda GALTIERI, *Folklore e diritto d'autore*, in IDA 1973, 299 ss.; VON LEWINSKI (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Kluwer Law International, II ed., 2008, 209; da ultimo, RAGONESI, *La tutela giuridica del folklore ed il diritto d'autore*, in IDA 2009, 262 ss.

²⁷ Il WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) è stato adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 e non è stato tuttora ratificato dall'Italia.

riportano, declamano, interpretano o comunque fanno oggetto di spettacoli, opere artistiche e letterarie o espressioni di folklore»²⁸.

Infine, il 24 giugno 2012 la Conferenza Diplomatica per la protezione delle performance audiovisive ha adottato il Beijing Treaty On Audiovisual Performances (di seguito, Trattato di Pechino)²⁹. Con quest'ultimo la medesima tutela prevista dal WPPT è oggi attribuita anche agli artisti, interpreti, esecutori del folklore con riguardo al settore degli audiovisivi, accordando protezione ai performers per le esecuzioni e rappresentazioni di questi fissate su supporto audiovisivo. In altre parole, se in passato ogni protezione sulla base dei diritti connessi era esclusa nel settore audiovisivo, giacché l'art. 19 della Convenzione di Roma subordinava l'estensione dei diritti alla condizione che l'artista non avesse prestato il suo consenso «all'inclusione della sua esecuzione con una fissazione di immagini o di immagini e di suoni», oggi questo limite non sussiste più e gli interpreti del folklore possono godere di diritti connessi anche rispetto alla fissazione audiovisiva della loro performance.

4. segue: b) «opere orfane» ed «opere anonime». - Il tema delle opere orfane assume particolare importanza con riguardo alle espressioni culturali tradizionali, per la presenza di evidenti analogie con le opere folkloriche³⁰, espressione di una data comunità, provenienti

²⁸ Più precisamente, la protezione indiretta del folklore fu argomentata in passato partendo dalla definizione contenuta nell'art. 3 lett. a) Convenzione di Roma, secondo cui sono «artisti, interpreti o esecutori coloro che rappresentano o eseguono in qualsiasi modo “opere letterarie o artistiche». Il Trattato WPPT e ora il Trattato di Pechino hanno a questo proposito eliminato ogni ambiguità terminologica, includendo espressamente il folklore nella definizione di artista [sub art. 2 a) WPPT; sub art. 2 a) Trattato di Pechino, il quale fa espressamente salva la disciplina del WPPT]. Tuttavia la protezione delle espressioni di folklore sulla base dei diritti connessi è comunque soggetta ad alcuni limiti. Innanzitutto, riguarda solo certe espressioni di folklore: in particolare, quelle suscettibili di essere interpretate, declamate o eseguite, come canzoni tradizionali, storie e danze. La disciplina dei diritti connessi non si applica invece alle espressioni tangibili di folklore fissate su supporto materiale. Inoltre la sua durata è limitata: anche il Trattato di Pechino, infatti, accorda una durata di 50 anni (computati dalla fine dell'anno in cui la performance è stata fissata) per i diritti connessi relativi alle esecuzioni e rappresentazioni dei performers fissate su supporto audiovisivo.

²⁹ Si fa riferimento al documento AVP/DC/20 con cui il 24 giugno 2012 la Conferenza Diplomatica sulla protezione delle performances audiovisive ha adottato il Beijing Treaty On Audiovisual Performances.

³⁰ L'espressione «folklore» non allude a un concetto stabile e sedimentato, a partire dal quale sia possibile tracciare un percorso di studio e riflessione immediato. Al contrario, nell'uso di tale termine nelle fonti normative e di soft law esso mostra di avere un contenuto talmente lato da apparire vago, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del significato convergano in modo coerente e condiviso. Il termine «folklore» nasce e si sviluppa in un contesto complesso tra evolucionismo, positivismo, etnocentrismo. Esso si estende non solo ai popoli extraeuropei, ma a tutte quelle comunità portatrici di una conoscenza non falsificabile e dunque non scientifica (secondo l'impostazione di Popper). Con l'introduzione, ad opera di Tylor, del termine «cultura», come insieme complesso del modo di vita di un gruppo sociale, il significato di folklore si restringe a quella parte spirituale della cultura caratterizzata dalla trasmissione orale, mentre con il termine «etnografia» si fa riferimento agli aspetti materiali di una cultura. In Italia (in cui il termine fu introdotto nel 1952 da Cocchiara e con un'antropologia che si è dedicata allo studio del folklore nella sua articolazione in dislivelli interni di cultura, per ovviare alle possibili ambiguità) si è preferito parlare di studi demologici e di storia delle tradizioni popolari. Di conseguenza, il termine folklore – dopo aver assunto una connotazione negativa (si pensi all'opposizione folklorico/folkloristico) – è stato sostituito, in riferimento all'oggetto, dall'espressione «fatti demologici» o «tradizioni popolari». La complessa ambiguità del termine non poteva non ripercuotersi nel tentativo controverso di definizione del fenomeno «folklore»(e della sua conseguente tutela) in campo giuridico. Come si evince dai documenti di soft law ed in generale da lavori

anch'esse nella maggior parte dei casi da autori ignoti o da autori il cui nome è noto, ma di cui si è persa ogni traccia documentale.

Una nuova prospettiva per la protezione delle espressioni culturali tradizionali viene dalla direttiva 2012/28/UE del 25 ottobre 2012 su taluni usi consentiti di opere orfane. Per «opere orfane», in quel contesto, s'intendono infatti opere con riguardo alle quali si è persa ogni traccia dei titolari dei diritti patrimoniali e morali d'autore: opere i cui titolari dei diritti sono sconosciuti o introvabili.

Dal punto di vista dei diritti di proprietà intellettuale, si tratta di opere che si trovano in una sorta di zona grigia: talvolta di esse si conosce il nome dell'autore originario, ma si ignora chi sia o chi siano gli aventi diritto. Dunque le opere tutelate da diritti d'autore diventano «orfane» nel momento in cui non siano più reperibili le identità dell'autore o di altri titolari di diritti. Queste opere non possono essere liberamente utilizzate, data l'impossibilità di ottenere un consenso da parte dei titolari dei diritti d'autore.

Peraltro, in assenza di un dato temporale certo al quale ancorare il decorso della eventuale protezione autoriale, si presume che tali opere non siano ancora cadute nel pubblico dominio. Di conseguenza, se queste opere sono ancora soggette al regime di protezione del diritto d'autore, chi intenda utilizzarle economicamente non saprà a chi rivolgersi. Al contempo, qualora opere di questo tipo vengano sfruttate commercialmente, non si saprà a chi attribuire gli eventuali diritti di utilizzazione economica.

Per queste ragioni le problematiche relative allo statuto giuridico e alla tutela delle opere orfane formano attualmente oggetto di studio sia in ambito europeo che negli Stati Uniti,

preparatori e dalle linee guida operative che accompagnano i testi normativi (soprattutto) di diritto internazionale pattizio, il termine *folklore* è stato criticato di inadeguatezza a descrivere quel complesso di elementi del patrimonio culturale che si vogliono salvaguardare. La connotazione negativa del termine è stata in particolare evidenziata dai rappresentanti delle popolazioni indigene che considerano l'espressione «folklore» insufficiente a descrivere completamente la portata del proprio patrimonio culturale tradizionale. Ciò non ha, tuttavia, impedito il venire ad esistenza di un corpo di norme di diritto internazionale pattizio che ha ad oggetto il cd. patrimonio culturale (e la tutela dei diritti culturali).

anche se sino ad ora ben pochi ordinamenti nazionali³¹ risultano aver definito una disciplina per le opere orfane.

L'opera orfana non deve essere confusa con l'opera anonima³². Quest'ultima è caratterizzata dal fatto di essere realizzata da un determinato autore che tuttavia sceglie, fin dalla pubblicazione dell'opera, di rimanere nell'anonimato. La paternità può essere successivamente rivelata dallo stesso autore o dai suoi eredi, ai sensi dell'art. 6-*bis* CUB e, degli artt. 23 e 27 l.a., nell'ordinamento italiano. Finché l'autore non decida di rivelarsi, i diritti patrimoniali possono essere esercitati da chi abbia rappresentato, eseguito o comunque pubblicato l'opera, ex art. 7 par. 3 CUB e art. 9 l.a., per quanto riguarda l'Italia.

5. *Il contenuto della direttiva 2012/28/UE su taluni usi consentiti di opere orfane.* - La disamina della direttiva 2012/28/UE su taluni utilizzi consentiti di opere orfane diviene a questo punto necessaria per la comprensione dei meccanismi predisposti dal legislatore comunitario nell'ambito dei progetti di digitalizzazione e archiviazione dei materiali attinenti alla conoscenza e al sapere, per facilitare l'utilizzo delle opere orfane e per promuovere la creazione di banche dati di opere orfane.

Con tale direttiva si è inteso delineare un quadro giuridico applicabile a tutte le opere tutelate dalle norme di diritto d'autore di ogni Stato membro, che si presentino nella forma di: (i) libri, riviste, quotidiani, rotocalchi o altre pubblicazioni; (ii) opere cinematografiche e audiovisive facenti parte di collezioni di istituti depositari del patrimonio cinematografico; (iii) opere audio, audiovisive e cinematografiche conservate negli archivi di emittenti del servizio pubblico.

L'iter di approvazione del testo comunitario è stato improntato a una discreta celerità: la proposta di direttiva era stata presentata, ad opera della Commissione Europea, il 24

³¹ L'Italia non ha ancora previsto una disciplina per le opere orfane. Tra gli ordinamenti che hanno invece già predisposto una forma di tutela vengono in rilievo la Danimarca, che ha risolto il problema in via legislativa con il ricorso a licenze collettive estese, e l'Ungheria, che ha previsto la concessione di licenze da parte di un organismo pubblico. Nel gennaio 2006 l'US Copyright Office ha pubblicato una relazione sulle opere orfane. Nel 2008 sono state presentate al Senato e alla Camera dei rappresentanti due disegni di legge per la modifica del Titolo 17 dello US Code al quale dovrebbe essere aggiunta una sezione relativa alle limitazioni dei mezzi di tutela nei casi che implicano opere orfane. Il Canada ha adottato una soluzione che si fonda sul rilascio di licenze non esclusive da parte del Copyright Board of Canada. Un esempio interessante è rappresentato inoltre dal diritto svizzero. L'articolo 22b della Legge federale sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini della Confederazione Svizzera, in vigore dal 1 luglio 2008, definisce i diritti necessari per l'utilizzo di opere orfane. «Art. 22b - Utilizzazione di opere orfane-[1] I diritti necessari per l'utilizzo di supporti audio o audiovisivi possono essere esercitati soltanto tramite società di gestione autorizzate se:

a. l'utilizzo concerne fondi di archivi accessibili al pubblico o di archivi di organismi di diffusione;
b. i titolari dei diritti sono sconosciuti o introvabili; e
c. i supporti audio o audiovisivi destinati all'utilizzo sono stati fabbricati o riprodotti in Svizzera almeno dieci anni prima.

[2] Gli utenti sono tenuti a denunciare alle società di gestione i supporti audio o audiovisivi che contengono opere orfane.»

³² Sul punto cfr. § 1, cpv. V, 3.

maggio 2011³³; mentre il 13 settembre 2012 il Parlamento Europeo aveva adottato una risoluzione legislativa contenente alcuni emendamenti alla proposta³⁴.

La direttiva 28/2012/UE concerne in particolare alcune condizioni di utilizzo delle opere orfane da parte di organizzazioni quali biblioteche, istituti di istruzione, musei, archivi, istituti depositari del patrimonio cinematografico e sonoro, emittenti radiotelevisive di servizio pubblico.

In accoglimento di un emendamento proposto dal Parlamento Europeo alla proposta di direttiva, il testo definitivamente approvato sottolinea come il diritto d'autore costituisca il fondamento economico dell'industria creativa nel favorire l'innovazione, la creazione, gli investimenti e la produzione, e come, al contempo, il diritto d'autore sia uno «strumento importante per garantire che il settore creativo sia remunerato per il proprio lavoro» (considerando n. 5). Data questa premessa si evidenzia tuttavia che la digitalizzazione e la diffusione di massa delle opere debbano essere percepite come un «mezzo per tutelare il patrimonio culturale europeo».

Nella prospettiva della promozione dell'apprendimento e della diffusione della cultura dovrà dunque essere concepita l'introduzione ad opera degli Stati parte dell'UE di una nuova eccezione o limitazione al diritto d'autore oltre a quelle previste dall'art. 5 direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001. Come si precisa nel considerando n. 20, in virtù di questa nuova eccezione o limitazione solo le istituzioni culturali aperte al pubblico³⁵, gli istituti per il patrimonio cinematografico e sonoro che operano senza scopo di lucro e le emittenti di servizio pubblico, possono riprodurre e mettere a disposizione del pubblico opere orfane «a condizione che tali utilizzi rientrino nella loro missione di interesse pubblico, volta in particolare a conservare, restaurare e concedere l'accesso alle loro collezioni a fini culturali e formativi, comprese le loro collezioni digitali». Nel rispetto del three step test³⁶, l'eccezione o limitazione, che dovrà lasciare impregiudicate le altre eccezioni o limitazioni previste

³³ La proposta di direttiva Brussels, 24.5.2011-COM(2011) 289 final 2011/0136 (COD) - Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works, si inserisce nel quadro degli obiettivi dell'Agenda Digitale europea e trae origine dalla raccomandazione sulla digitalizzazione e l'accessibilità on line del patrimonio culturale pubblicata nel 2006.

³⁴ In tale occasione, il Parlamento ha definito la propria posizione in prima lettura come previsto dalla procedura legislativa ordinaria. Gli emendamenti approvati in seduta plenaria rappresentano il risultato di un compromesso negoziato tra il Parlamento europeo e il Consiglio.

³⁵ Il considerando n. 20 contiene un espresso rinvio all'art. 5, § 2, dir. 29/2001/CE, il quale dispone che «Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: [...] c) gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto».

³⁶ Il three-step test è stato disciplinato dall'art. 9, alinea 2 CUB, dall'art. 10 WCT e dall'art. 16 WPPT, nonché ripreso in termini generali dall'art. 13 TRIPS. Per un commento v. N. ABRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in AIDA 2002, p. 110; M. BERTANI, *Diritto d'autore e connessi*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in AJANI-BENACCHIO, *Tratt. di dir. priv. dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 341; A. OTTOLIA, *The public interest and intellectual property models*, Giuffrè, Torino, 2010, 187 ss.. Su eccezioni e limitazioni in ambito digitale v. S. CORBELLINI, *sub Introduzione agli artt. 65 ss. l.a.*, in L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., VIII; GEIGER, *The role of the three-step test in the adaptation to the information society*, in *E-Copyright Bulletin*, 2007, 5; GEIGER, GRIFFITHS, HILTY, *Declaration on a balanced interpretation of the "Three Step Test" in Copyright Law*, in IIC 2008; R. M. HILTY, *Copyright Law and the Information Society – Neglected adjustments and their consequences*, in IIC 2007, 136.

dall'art. 5 dir. 2001/29/CE: (i) potrà essere applicata solo in determinati casi speciali e sempre che (ii) essi non siano in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera o dell'altro contenuto protetto, (iii) e che non arrechino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi dei titolari dei diritti.

Come si è sottolineato, il problema delle opere orfane esiste perché, talvolta, con il trascorrere del tempo, la titolarità dei diritti d'autore su un'opera è divenuta di difficile tracciabilità. Un'opera è infatti considerata orfana nella prospettiva dei titolari dei diritti, il cui consenso deve essere richiesto necessariamente per l'utilizzazione del materiale protetto; quando costoro non possano appunto essere identificati o localizzati malgrado l'effettuazione di una ricerca improntata alla massima diligenza³⁷, si configura la fattispecie.

Opere orfane, per la direttiva 28/2012/UE, sono pertanto quelle opere o fonogrammi di cui nessuno dei titolari dei diritti sia stato individuato, oppure – anche qualora uno o più autori o titolari siano stati individuati – nessuno sia stato rintracciato nonostante una ricerca diligente.

La direttiva prevede che i soggetti designati per il possibile utilizzo delle opere orfane siano tenuti ad effettuare – come già accennato – una ricerca diligente volta ad individuare e a rintracciare i titolari dei diritti d'autore di un'opera, tramite consultazione delle fonti appropriate. Queste ultime devono essere determinate dagli Stati parte e possono presentarsi in diverse forme, tra cui per esempio depositi legali, banche dati di società di gestione interessate, indici e cataloghi di raccolte storiche e collezioni di biblioteche, nonché associazioni degli editori del Paese di riferimento³⁸.

A tale proposito il considerando n. 14 evidenzia l'opportunità di un approccio armonizzato nella scelta dei criteri di effettuazione della ricerca diligente, «al fine di garantire un alto livello di protezione dei diritti d'autore e dei diritti connessi all'interno dell'Unione». La direttiva prevede l'elaborazione di Due Diligence Guidelines condivise dagli Stati membri, in forza di cui, una ricerca diligente effettuata nel rispetto delle linee guida da uno Stato parte dispiegherà i propri effetti anche nei confronti degli altri³⁹.

Solo a conclusione di una tale ricerca diligente, quando il titolare dei diritti non sia identificabile o rintracciabile, l'opera verrà qualificata come «orfana» con riguardo a tutti gli Stati parte. Allora sarà possibile rendere accessibile on line (*ex art. 3 dir. 2001/29/CE*) - esclusivamente per scopi culturali e di educazione – e riprodurre (*ex art. 2 dir. 2001/29/CE*) – solo per scopi di archiviazione, catalogazione, restauro - l'opera orfana.

La direttiva dispone che gli esiti delle ricerche diligenti conseguiti nei diversi Stati parte, a loro volta, formeranno oggetto di un repertorio informativo e saranno raccolti e messi a disposizione del pubblico, in particolare tramite la registrazione delle pertinenti informazioni in una banca dati online. A tale proposito, la direttiva individua l'opportunità

³⁷ COLANGELO, *Law versus technology: looking for a solution to the orphan works' problem*, in *Int. Journ. of Law and Inf. Tech.*, Vol. 20, No. 3, 179.

³⁸ L'elenco delle fonti appropriate contenuto nella direttiva 28/2012/UE costituisce la base di ogni ricerca diligente ed è oggetto di uno specifico allegato. Tale elencazione tuttavia è solo esemplificativa e non esclude l'utilizzazione di ulteriori fonti pertinenti.

³⁹ Per quanto concerne i criteri di ricerca la direttiva 28/2012/UE suggerisce agli Stati parte di far riferimento agli orientamenti sulla ricerca diligente concordati nel contesto del gruppo di lavoro ad alto livello sulle biblioteche digitali istituito quale parte dell'iniziativa in materia di biblioteche digitali.

di prevedere la creazione di un'unica banca dati online per tutti i Paesi dell'Unione, alla quale le organizzazioni che svolgono le ricerche diligenti possano accedere agevolmente (considerando n. 16 e art. 3 § 6 dir. 2012/28/UE). Il Regolamento UE n. 386/2012 prevede che tali compiti e attività siano affidati all'ufficio per l'armonizzazione del mercato interno (Oami), il quale vi provvederà con fondi propri (art. 3 § 6 dir. 2012/28/UE)⁴⁰.

Qualora emergesse successivamente un autore dell'opera già qualificata come orfana, questi avrà la possibilità di interrompere la condizione di opera orfana in qualsiasi momento, richiedendo un equo compenso per l'utilizzo che dell'opera è stato effettuato dalle organizzazioni interessate. In questa ipotesi, gli Stati parte saranno liberi di stabilire le circostanze in cui il pagamento di tale compenso possa essere previsto, nonché di fissarne l'ammontare, entro i limiti imposti dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale del luogo in cui è stabilita l'organizzazione che utilizza l'opera orfana.

Quanto alle opere di più autori, quando almeno uno dei titolari dei diritti sia stato identificato e rintracciato, l'opera (o il fonogramma) non dovrebbe essere considerata orfana. Il considerando n. 17 precisa a questo proposito che i fruitori della direttiva potranno utilizzare un'opera (o un fonogramma) i cui titolari dei diritti non siano stati identificati e rintracciati, solo previa autorizzazione a effettuare gli atti di riproduzione o di messa a disposizione del pubblico (ex artt. 2 e 3 della dir. 2001/29/CE) da parte dei titolari dei diritti che siano stati identificati e rintracciati.

I titolari dei diritti, una volta identificati e rintracciati, potranno cionondimeno concedere l'autorizzazione solo con riguardo ai diritti che detengono, ma non potranno autorizzare alcun utilizzo a nome dei titolari dei diritti che non siano stati identificati o rintracciati. Al contempo, quando dei titolari dei diritti precedentemente non identificati e non rintracciati rivendichino i diritti sull'opera (o sul fonogramma), l'utilizzo lecito dell'opera (o del fonogramma) da parte dei beneficiari potrà continuare soltanto se i titolari concederanno la propria autorizzazione all'utilizzo, ai sensi della dir. 2001/29/CE, per quanto concerne i diritti che detengano.

In questi casi e per queste ragioni si preferisce parlare di opere «parzialmente orfane». Con tale locuzione si intende fare riferimento ad opere plurisoggettive, semplici o composte, frutto della collaborazione creativa di più autori, laddove non sia possibile identificarli o rintracciarli tutti. Le opere cd. «parzialmente orfane» pongono ulteriori difficoltà in punto di individuazione dei titolari, tanto di diritti d'autore quanto di diritti connessi. Tali questioni richiedono particolare attenzione – ad esempio – con riguardo agli artisti e interpreti del settore musicale, poiché le registrazioni talvolta non permettono di identificare tutti gli esecutori e, in particolare, quelli che non ricoprono un ruolo primario: situazioni di questo tipo comporteranno ricerche particolarmente accurate.

Infine un profilo che merita attenzione è quello relativo agli aspetti economici che la questione della digitalizzazione delle opere orfane inevitabilmente coinvolge. L'art. 6 § 2 prevede a tale proposito che le organizzazioni beneficiarie possano utilizzare un'opera

⁴⁰ Regolamento (UE) n. 386/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 aprile 2012, che attribuisce all'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (marchi, disegni e modelli) compiti inerenti al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, tra cui la convocazione di rappresentanti del settore pubblico e privato in un Osservatorio europeo sulle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale.

orfana esclusivamente per scopi connessi con le loro missioni di interesse pubblico. Esse possono tuttavia «generare entrate nel corso di detti utilizzi al solo scopo di coprire i costi sostenuti per la digitalizzazione delle opere orfane e per la messa a disposizione del pubblico delle stesse».

Ad integrazione del dato normativo, interviene sul punto il considerando n. 21, in forza del quale «onde incentivare la digitalizzazione, ai beneficiari» dovrebbe essere consentito «generare guadagni dall'utilizzo delle opere orfane ai sensi della presente direttiva, per conseguire gli obiettivi connessi con la loro missione di interesse pubblico, anche nel contesto degli accordi di partenariato pubblico-privato»⁴¹.

Sono dunque consentiti (e incentivati) accordi contrattuali volti a contribuire alla digitalizzazione; le organizzazioni beneficiarie avranno la facoltà, nel quadro degli utilizzi consentiti dalla direttiva, anche di concludere accordi, che possano prevedere contributi finanziari, con partner commerciali⁴². A fortiori il considerando n. 22 precisa che «tali accordi non dovrebbero imporre alcuna restrizione ai beneficiari della presente direttiva per quanto riguarda il loro utilizzo di opere orfane e non dovrebbero conferire al partner commerciale alcun diritto a utilizzare le opere orfane o a controllarne l'utilizzo»⁴³.

Durante i lavori della Commissione Europea che hanno preceduto l'approvazione della direttiva, sono state prospettate diverse opzioni di regolamentazione della questione delle opere orfane. Tra queste opzioni non tutte presuppongono l'adozione dello strumento della ricerca diligente. In particolare, il ricorso alla diligent search si ometterebbe nel caso in cui uno Stato-membro decidesse di applicare lo strumento delle licenze collettive estese (Extended Collective Licences, ECL). A tale riguardo, il considerando n. 24 sottolinea infatti che «la presente direttiva lascia impregiudicate le modalità di gestione dei diritti, quali le licenze collettive estese, le presunzioni legali di rappresentanza o di trasferimento, la gestione collettiva o modalità simili oppure qualsiasi combinazione di tali elementi, anche a fini di digitalizzazione di massa, concordate negli Stati membri.»

Le ECL sono accordi collettivi di licenza su diritti d'autore e connessi, particolarmente diffusi nei Paesi del Nord Europa, in forza dei quali, una volta che una società di gestione collettiva autorizza un'istituzione culturale a rendere disponibile una determinata categoria di opere dell'ingegno, tale autorizzazione coprirà tutte le opere di quella categoria, comprese le eventuali opere orfane. In base a tale accordo, la società collettiva andrebbe a rappresentare anche quei 'valori anomali' (quali appunto le opere orfane),

⁴¹ Si deve a questo proposito rilevare che il testo della direttiva 28/2012/UE nella sua versione italiana contiene un'apparente discrasia terminologica tra il considerando n. 21, nel quale si fa riferimento a "guadagni" derivanti dall'utilizzo delle opere orfane e l'art. 6 § 2 che prevede invece che esse possono inoltre «generare entrate nel corso di detti utilizzi». Tuttavia ad un'analisi più attenta emerge che si possa trattare effettivamente solo di un'apparente difformità: il raffronto del testo della direttiva nelle sue versioni inglese e francese rivela l'uso in entrambi i casi dello stesso vocabolo («revenues» nel testo inglese e «recettes» nel testo francese) che tradotto correttamente in italiano equivale al termine «entrate».

⁴² L'art. 6 § 4 stabilisce tuttavia che la direttiva «non pregiudica la libertà contrattuale di tali organizzazioni nell'adempimento della propria missione di interesse pubblico, in particolare rispetto ai contratti di partenariato pubblico-privato».

⁴³ Il considerando n. 22 della dir. 28/2012/UE è stato emendato dal Parlamento UE nella Risoluzione legislativa del 13 settembre 2012.

indipendentemente dall'aver o meno condotto una ricerca diligente per l'identificazione o la localizzazione di un autore. Tale meccanismo si fonderebbe su un approccio basato sul mutuo riconoscimento della condizione di opera orfana, a prescindere da una ricerca diligente del titolare dei diritti.

Per completezza merita ricordare altre soluzioni prospettate in sede di lavori preparatori e non accolte nel testo normativo. Tra queste, uno strumento proposto, ma non recepito dalla direttiva, consisteva nella previsione di delegare a società di gestione collettiva l'elaborazione di una licenza ad hoc per le opere orfane, che fosse in grado di fornire certezza giuridica alle istituzioni culturali contro le eventuali rivendicazioni di detentori che fossero riapparsi: questo strumento avrebbe dovuto garantire sia l'effettuazione di una ricerca diligente per determinare la qualificazione di opera orfana sia la redazione di un accordo specifico per le opere orfane.

Un'ulteriore opzione proposta in sede di lavori preparatori è stata quella di una licenza governativa per le opere orfane: una sorta di certificazione pubblica dell'effettuata ricerca diligente, tale da garantire certezza di diritto alle digital library.

Sono attualmente allo studio soluzioni tecnologiche a supporto della ricerca e del processo di individuazione dei detentori dei diritti, che possano consentire un accesso regolamentare ai documenti: uno di questi è il progetto ARROW⁴⁴, conclusosi nel febbraio 2011, coordinato dall'Associazione Italiana Editori (AIE) e finanziato dalla Commissione europea nell'ambito del programma eContentplus⁴⁵.

6. *Considerazioni sulla tutela delle espressioni culturali tradizionali alla luce della direttiva 2012/28/UE.* - Considerata l'inadeguatezza della disciplina prospettata dalla CUB per le opere folkloriche, anche alla luce dei tratti di analogia tra espressioni culturali tradizionali e opere orfane, può dunque reputarsi che l'emanazione della direttiva 28/2012/UE su taluni usi consentiti di opere orfane parrebbe in grado di produrre effetti positivi anche nei confronti delle espressioni di folklore.

In primo luogo, la creazione di portali interconnessi e di Registri europei delle opere orfane può rappresentare una prospettiva di rilievo anche con riguardo al settore della ricerca dei detentori di diritti nel campo delle espressioni culturali tradizionali⁴⁶.

⁴⁴ La British Library ha da poco pubblicato, come parte del progetto europeo ARROW, uno studio dal titolo *Seeking New Landscapes: A rights clearance study in the context of mass digitisation of 140 books published between 1870 and 2010*, sulle digitalizzazioni di massa e sull'ottenimento dei relativi diritti. In particolare, lo studio si concentra sulle opere orfane.

⁴⁵ In sede comunitaria dal 2005 è partito il programma eContentplus, parte della strategia i2010 della Commissione europea per l'economia digitale, incentrata sulle iniziative concernenti le biblioteche digitali. eContentplus è finalizzato a rendere i contenuti digitali in Europa più accessibili e utilizzabili. Nello specifico settore della digitalizzazione di contenuti culturali e scientifici europei sono stati attuati i due programmi Minerva e Michael. Nell'ambito di Minerva è stato individuato un decalogo di principi da seguire nella gestione dei siti culturali. Michael (Multilingual Inventory of Cultural Heritage in Europe) invece consiste in un servizio di ricerca delle collezioni digitali di musei, archivi, biblioteche, uffici del catalogo, soprintendenze e altre istituzioni culturali europee. Il servizio mostra i contenuti disponibili in rete.

⁴⁶ Si discute ancora in ordine alla collocazione o meno delle espressioni culturali tradizionali tra le opere in pubblico dominio, con la conseguenza, in caso di risposta affermativa, che esse non sarebbero più oggetto di protezione ad opera della l.a., restando al massimo tutelabili sulla base dei soli diritti morali. Sul

Il problema della ricerca dei «detentori tradizionali» andrebbe in questo caso affrontato nell'ottica piuttosto della «comunità detentrica» delle TCE, ove questa sia determinabile e contestualizzabile (ovvero localizzabile nello spazio e nel tempo) con un qualche margine di precisione.

Potrebbe destare perplessità l'eventuale applicazione, anche in fase di attuazione della direttiva, di una licenza collettiva estesa (ECL) anche alle espressioni culturali tradizionali, per l'assenza - in questo meccanismo - dello strumento della ricerca diligente. La questione appare infatti complessa e andrebbe esaminata dal punto di vista delle comunità di detentori tradizionali per capire che peso potrebbe avere un coinvolgimento di queste nelle fasi di una ricerca diligente: il ricorso ad esempio ad una licenza collettiva che prescindendo da un'accurata indagine sugli eventuali detentori potrebbe determinare una spoliatura identitaria non sostenibile.

In secondo luogo, poiché alla luce della disciplina delineata dalla direttiva 28/2012/UE, gli usi consentiti delle opere orfane rimangono confinati agli scopi culturali e riservati a istituzioni di cultura si rileverebbero effetti positivi anche nei confronti delle opere folkloriche, in termini di preservazione, salvaguardia e diffusione di queste; mentre al contrario se si dovesse decidere di optare per l'estensione della disciplina anche ad ipotesi di sfruttamento commerciale delle TCE potrebbero verificarsi effetti negativi, se non distortivi, a scapito degli stessi detentori tradizionali che potrebbero paradossalmente subire limitazioni nella loro utilizzazione delle espressioni culturali tradizionali.

L'applicazione diretta della nozione di opera orfana assunta dalla direttiva non pare tuttavia ammissibile, dato il concetto di TCE. Si deve infatti evidenziare che, perché la categoria delle opere orfane possa includere le espressioni di folklore, essa dovrebbe ricomprendere anche l'ipotesi di un'opera che, per quanto tutelata dal diritto d'autore, contenga al suo interno una espressione culturale tradizionale riconoscibile ma «orfana» (laddove l'eventuale titolare dei diritti non possa essere identificato e rintracciato).

A questo punto parrebbe tuttavia ragionevole chiedersi se una tale disposizione possa essere letta almeno in termini di strumento di tutela «indiretta» delle espressioni culturali tradizionali, come potrebbe accadere, ad esempio, rispetto a un fonogramma o ad un'opera audiovisiva che riprenda un cantore tradizionale o un artista del genere della poesia improvvisata sconosciuto, che non sia stato mai identificato e rintracciato, o ancora rispetto alla riproduzione audiovisiva di una danza folklorica eseguita da performer della tradizione sconosciuti o non rintracciabili. In casi di questo tipo si potrebbe ritenere di essere in presenza di un'opera «parzialmente orfana», quanto al materiale (tradizionale) contenuto nell'opera fonografica o audiovisiva, i cui titolari dei diritti non siano stati identificati o rintracciati.

Altra questione dubbia riguarda l'artista che riprenda nel proprio brano musicale una melodia tradizionale di autore sconosciuto, reinterpretandola e rielaborandola creativamente in un'opera derivata. A tale proposito si può pensare alle sempre più frequenti proposte musicali basate sulla riproposizione e rielaborazione di musiche di tradizione orale,

punto v. L. MANSANI, *La tutela delle espressioni di folklore*, in AA.VV., *Studi in onore di Schricke*, in *Quaderni di AIDA*, 14, Giuffrè, Milano, 2005, 148 ss..

nell'ambito di generi e fenomeni musicali identificati con diverse denominazioni⁴⁷ o, ancora, alle collaborazioni tra musicisti performati della tradizione e musicisti provenienti da altri ambiti (jazz, pop, rock, ecc.) o alla nascita di complessi composti da musicisti che incentrano la loro proposta musicale sulla rielaborazione di melodie tradizionali.

Se è vero che l'opera sarà in questi casi coperta dal diritto d'autore per quanto attiene all'apporto creativo individuale degli artisti, è lecito domandarsi se la base melodica e culturale (musica tradizionale di autore sconosciuto) possa essere considerata anche qui «opera orfana».

Se in casi come questi l'espressione di folklore venisse considerata come opera orfana, l'applicazione della direttiva, consentita soltanto alle istituzioni culturali, determinerebbe la conseguenza che non si potrebbe più procedere ad una utilizzazione di opere folkloriche anche all'interno di altre opere dell'ingegno da parte di soggetti diversi da quelli previsti dalla direttiva. Nella specie potrebbe inferire da ciò l'impossibilità per l'autore di utilizzazione (economica e non) dell'opera derivata da una base melodica tradizionale orfana.

Una prospettiva di questo tipo potrebbe apparire irrealizzabile (se non paradossale) e troppo distante dalla prassi: in particolare, non potrebbe essere accolta dai detentori, performati della tradizione, che in questo modo non sarebbero più liberi di manifestare le proprie espressioni culturali tradizionali.

Di fronte a queste problematiche uno strumento possibile potrebbe essere individuato nell'estensione alle opere folkloriche della proposta, emersa durante i lavori preparatori della direttiva, di ricorrere ad una licenza ad hoc per le opere orfane rilasciata da un'autorità pubblica. L'istituzione di un'autorità competente in grado di concedere licenze di questo tipo per le opere folkloriche potrebbe rappresentare, da un lato, un'ipotetica attuazione dell'art. 15.4 CUB; dall'altro, un possibile strumento di valorizzazione economica delle TCE - e nell'ottica della loro digitalizzazione - valide tecniche di salvaguardia, conservazione e tutela.

In considerazione di ciò emerge la necessità di un'ulteriore e più puntuale normazione in materia di utilizzazione delle opere folkloriche; si potrebbe ipotizzare ad esempio la previsione di un eventuale compenso alle istituzioni deputate alla conservazione e salvaguardia delle TCE. Ciò è ancor più vero oggi che la digitalizzazione di massa ha reso più difficoltoso controllare la disseminazione delle opere della tradizione orale e la contaminazione di queste con altre forme artistiche.

⁴⁷ Si intende qui fare riferimento, tra le tante, ad etichette quali per esempio world music, contaminazioni jazz, etno-rock, etno-pop.