

ivide.education

Guida giuridica

Un prodotto realizzato dall'Istituto Universitario Federale per la Formazione Professionale
con il sostegno della Divisione della Formazione Professionale del Cantone Ticino.

SOMMARIO

Introduzione.....	3
La legge e la sua applicazione al progetto	4
1. Opere protette dal diritto d'autore ed esenzioni	4
2. Licenza legale nell'ambito dell'uso didattico	6
3. Valutazioni giuridiche in ordine all'Attività didattica e di condivisione.	9

INTRODUZIONE

Il presente documento è la versione ridotta di una perizia sviluppata da specialisti esterni per conto del progetto. In questa veste si propone di riassumere in modo divulgativo il regime giuridico svizzero applicabile alla licenza legale per uso didattico (art. 19 cpv. 1 lett. b della Legge sul Diritto d'Autore – d'ora in avanti LDA), nonché di dare indicazioni operative agli utenti di iVideo.education per evitare di incorrere in potenziali criticità. Per una trattazione più sistematica del tema, rimandiamo anche al manuale "Il diritto d'autore nell'insegnamento" prodotto nell'ambito del progetto DICE (Digital Copyrights for E-Learning), scaricabile qui: http://www.diceproject.ch/wp-content/uploads/2011/05/Handbook_web_it.pdf

Vanno sottolineati in entrata alcuni punti importanti:

- *Il parere qui contenuto è limitato al territorio nazionale* e non contiene alcuna opinione sul diritto estero; esso è pertanto basato esclusivamente sulle leggi in vigore alla data odierna (gennaio 2014) nella Confederazione Svizzera e non si esprime in merito a qualsiasi fattispecie o questione giuridica pertinente o sottoposta al diritto di qualsiasi altro Paese.
- Il medesimo parere è anche limitato al fatto che *non esiste un regime consolidato dal punto di vista giuridico*: la questione della conformità rispetto al diritto d'autore delle comunità di scambio online di risorse didattiche fra formatori e formatrici, con particolare riferimento alla licenza d'uso legale per l'attività didattica (art. 19 cpv. 1 lett. b LDA), non è stata affrontata dal Tribunale federale, né, in maniera specifica, dalla dottrina svizzera, per cui la materia non gode di un regime giuridico consolidato.
- Il parere *adotta un approccio prudente*: trattandosi di un progetto pubblico, si prediligerà un approccio prudente, sia a livello applicativo, sia a livello interpretativo.

LA LEGGE E LA SUA APPLICAZIONE AL PROGETTO

In Svizzera, il diritto d'autore è disciplinato dalla Legge federale del 9 ottobre 1992 sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini (LDA).

Nel progetto sono distinguibili due attività distinte, che saranno esaminate separatamente:

- la prima attività riguarda l'acquisizione da una fonte esterna o la produzione interna di materiale audiovisivo da parte di un formatore o di una formatrice in vista del lavoro in classe e, successivamente, la sua modifica (nel senso di un arricchimento "multimediale") nell'ambito di uno specifico progetto didattico (fase che chiameremo "Attività didattica");
- la seconda attività riguarda la messa in condivisione del filmato sul portale del progetto di modo che altri formatori o formatrici possano riutilizzarlo in classe, eventualmente modificandolo (fase che chiameremo "Attività di condivisione").

Qui di seguito esamineremo, in tre paragrafi distinti: 1. il concetto d'opera protetta dal diritto d'autore e le esenzioni dalla protezione; 2. la portata dell'art. 19 LDA istituente le licenze legali in favore dell'uso privato, con particolare riferimento all'uso didattico; 3. le valutazioni giuridiche specifiche in ordine all'Attività didattica e di condivisione.

1. OPERE PROTETTE DAL DIRITTO D'AUTORE ED ESENZIONI

Secondo l'articolo 2 della LDA, si è in presenza di un'opera unicamente se sono adempiuti cumulativamente i seguenti requisiti: (i) l'opera è una creazione dell'ingegno umano, (ii) appartiene al campo letterario o artistico, (iii) è dotata di carattere originale.

Tra le opere per principio non artistiche possiamo citare, a titolo d'esempio, le manifestazioni sportive (GP di formula 1, partita di calcio, ecc.), i profumi, i cibi, i manufatti d'uso quotidiano e le riprese video statiche (webcam e apparecchi di videosorveglianza).

Le opere di seconda mano. Le creazioni dell'ingegno a carattere originale, ideate utilizzando una o più opere preesistenti in modo tale che resti riconoscibile il loro carattere originale, sono dette opere di seconda mano.

Le stesse costituiscono opere a pieno titolo, riservata la tutela dell'opera preesistente (art. 3 LDA). In virtù dell'art. 11 cpv. 1 lett. b LDA, l'autore dell'opera preesistente ha il diritto esclusivo di decidere se, quando e in qual modo l'opera possa essere utilizzata per la creazione di un'opera di seconda mano. Colui il quale intende utilizzare un'opera preesistente per creare un'opera di seconda mano destinata alla pubblicazione deve pertanto essere autorizzato. Ciò non è però il caso se l'attività prospettata è coperta da una licenza d'uso legale, come vedremo essere il caso dell'attività didattica.

Le collezioni. Analogamente vale per le collezioni, definite come creazioni dell'ingegno che presentano un carattere originale per la scelta o la disposizione del contenuto e il cui assemblaggio deve essere il risultato di una spinta creativa originale (le riviste di moda, i database giuridici, i siti web, i giornali e i prodotti multimediali, a seconda delle circostanze, possono costituire collezioni ai sensi dell'art. 4 LDA): esse sono tutelate dalla LDA, ma se l'attività è didattica, allora è coperta da una licenza d'uso legale.

La qualità dell'autore. Nell'ambito delle tematiche di nostro interesse il principio di qualità dell'autore ha due conseguenze principali:

- il formatore o la formatrice, che è autore del filmato multimediale, può liberamente disporre dello stesso (ad es. concedendo licenze d'uso oppure "abbandonando" il diritto d'autore nei limiti consentiti dalla legge), salvo quando egli abbia, per convenzione o con riferimento alle norme applicabili al suo statuto pubblico, ceduto il diritto d'autore al datore di lavoro (in questo caso, il consenso di quest'ultimo è necessario per le attività non coperte dalle licenze d'uso legali);
- le persone in formazione, indipendentemente dalla loro età, sono autrici delle opere che esse stesse creano in classe, salvo nel caso in cui una cessione del diritto d'autore sia stata convenuta in favore del formatore o della formatrice (o della scuola) oppure risulti compresa nelle regole di iscrizione dell'istituto (in caso negativo, il consenso delle persone in formazione è necessario per le attività non coperte dalle licenze d'uso legali).

2. LICENZA LEGALE NELL'AMBITO DELL'USO DIDATTICO

A livello di tecnica legislativa, la norma è costruita come segue:

- da una parte, l'art. 19 LDA autorizza in via di principio qualsiasi utilizzo di opere protette da parte di un formatore o di una formatrice e delle sue persone in formazione a fini didattici (cfr. cpv. 1 lett. b);
- dall'altra, essa istituisce al cpv. 3 delle precise restrizioni a tale facoltà di utilizzo, consistenti nel divieto della riproduzione completa o quasi completa degli esemplari d'opera disponibili in commercio, della riproduzione di opere delle arti figurative, della riproduzione di spartiti di opere musicali, nonché della registrazione di interpretazioni, rappresentazioni o esecuzioni di un'opera su supporti audio o audiovisivi o su supporti di dati.

L'art. 19 LDA tratta inoltre dell'inapplicabilità delle restrizioni della licenza legale per l'uso privato nel caso di opere messe lecitamente a disposizione tramite il web (cfr. cpv. 3bis). Vediamo più da vicino alcuni dettagli importanti.

La prima frase dell'art. 19 cpv. 1 LDA dice: *«L'uso privato di un'opera pubblicata è consentito»*.

La licenza legale sussiste unicamente se l'opera è già stata pubblicata, ovvero se è stata resa accessibile per la prima volta, dall'autore o con il suo consenso, a un numero rilevante di persone non appartenenti alla sua cerchia privata (art. 9 cpv. 3 LDA). Il formatore o la formatrice deve dunque astenersi dall'utilizzare un'opera, anche se la stessa è reperibile attraverso Internet, nella misura in cui non risulti certo che la stessa sia già stata pubblicata dall'autore o con il suo consenso (esempi di filmati non pubblicati: documentario in fase di lavorazione, film non ancora uscito nelle sale, ecc.).

Importante sottolineare che secondo L. Bühler, all'interno della classe qualsiasi uso è ammissibile, inclusa la modifica e la rielaborazione di contenuti scaricabili da Internet (Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Friburgo 1999, pag. 258 in alto).

La norma prosegue alla lettera b dell'art.19 cpv.1: *«Per uso privato s'intende: b. qualsiasi utilizzazione (A) da parte di un docente e dei suoi allievi (B) a fini didattici (C)»*.

Si rilevi che l'opera utilizzata ai fini didattici deve essere stata acquisita da una fonte legale, nel senso che il formatore o la formatrice deve procurarsi l'opera attraverso i canali autorizzati dall'autore. A tal riguardo, il Messaggio relativo alla revisione di legge entrata in vigore il 1° luglio 2008 è chiaro: solo con riferimento all'uso privato in senso stretto (quello previsto dall'art. 19 cpv. 1 lett. a LDA in relazione all'utilizzo personale da parte di una persona fisica) si può fare astrazione dalla fonte (legale o illegale) della risorsa utilizzata (cfr. FF 2006 III pag. 3174); al contrario, l'utilizzo, anche se ai fini didattici, di un'opera acquisita da una fonte illegale (ad esempio: reti P2P quali Emule o BitTorrent) si pone in contrasto col diritto d'autore.

Lettera B.: Come riportato nel Messaggio relativo all'adozione della LDA, «[il docente] ...potrà ricorrere a qualsiasi tipo d'opera, non importa sotto quale forma. Occorre tuttavia equilibrare gli interessi in gioco: per tale ragione l'utilizzo di opere a scopo pedagogico è ammessa soltanto all'interno di una cerchia chiaramente definita: il docente e gli allievi» (pag. 472 - 473). La delimitazione restrittiva della cerchia dei beneficiari della licenza d'uso legale, i quali devono essere legati da un'attività didattica concreta ed attuale, implica che l'accesso alle opere rese disponibili sul server scolastico da parte di terzi estranei (rispetto al formatore o alla formatrice e alla sua classe) debba essere escluso mediante misure efficaci di controllo dell'accesso (ad esempio: uploading dell'opera in una cartella il cui accesso, protetto da password, è limitato alle sole persone in formazione che compongono la classe del formatore o della formatrice). All'esterno di tale cerchia la condivisione di opere di terzi protette dal diritto d'autore senza il consenso dello stesso risulta in principio illecita, fatta riserva per un possibile allargamento futuro dell'eccezione per l'uso didattico alle Community di formatori e formatrici da operarsi in via giurisprudenziale.

L'interesse pubblico a che l'insegnamento (inteso quale trasmissione del sapere nel contesto scolastico) non sia ostacolato dal diritto d'autore giustifica l'eccezione al monopolio giuridico dell'autore. La didattica comprende l'insegnamento vero e proprio (in classe, fuori dall'istituto o a distanza, in e-learning), sia esso di base, superiore o professionale, sia ancora esso pubblico o privato, come pure ogni atto preparatorio propedeutico e direttamente connesso all'attività d'insegnamento in classe. Resta inteso che le attività informative, ricreative, di divertimento o ludiche (attività non comprese nel programma formativo scolastico), anche se si tengono in classe o a scuola, non costituiscono attività didattiche. Anche l'attività autonoma delle persone in formazione che rientra nel perimetro dell'insegnamento impartito dal formatore o dalla formatrice beneficia della licenza legale (ad esempio: ricerca intesa quale raccolta di materiale, l'allestimento e la presentazione in classe di una presentazione PowerPoint, l'elaborazione di un compito o di una relazione scritti a casa o in classe ecc.).

L'art. 19 LDA continua poi al cpv. 3 lett. a come segue: «*Al di fuori della cerchia privata di cui al capoverso 1 lettera a, non sono ammesse: la riproduzione (A) completa o quasi completa (B) degli esemplari d'opera disponibili in commercio (C)*».

Rispetto alla lettera B si noti che il criterio di valutazione è sia quantitativo, sia qualitativo. Non essendoci regole stabilite a livello legale, ogni situazione va valutata alla luce delle peculiarità che le sono proprie. La Giurisprudenza cantonale riportata dagli autori (C. Gasser, Urheberrechtsgesetz, 2a edizione, 2012, ad art. 19, pag. 216) riferisce che una copia superiore al 90% (OGer Berna; Sic! 2003, 217 / 223), rispettivamente al 75% (ZGer Basilea Città), costituisce una riproduzione "quasi completa" dell'opera. Il semplice taglio dei titoli di coda di un film o l'eliminazione dei contenuti speciali di un dvd non consente ovviamente di rientrare nei termini della licenza legale.

Rispetto alla lettera C, sottolineiamo come un'opera va considerata disponibile in commercio se è acquistabile (o noleggiabile) da ognuno senza sforzo eccessivo (C. Gasser, op. cit., ad art. 19, pag. 214) nei circuiti tradizionali di sfruttamento dell'opera (libreria, videoteca,...) oppure online (database a pagamento degli articoli arretrati di una rivista, e-book, servizi di print on demand, ecc.).

All'art. 19 cpv. 3 LDA leggiamo ancora: «*Al di fuori della cerchia privata di cui al capoverso 1 lettera a, non sono ammesse: b. la riproduzione di opere delle arti figurative; [...] d. la registrazione di interpretazioni, rappresentazioni o esecuzioni di un'opera su supporti audio o audiovisivi o su supporti di dati*».

La portata della restrizione di cui alla lettera b. sulle attività didattiche è rilevante. La restrizione è suscettibile di riguardare anche l'attività dei formatori e delle formatrici in relazione al progetto, nella misura in cui l'arricchimento dei filmati operata in classe includa anche l'inserimento di opere delle arti figurative. Diversamente, l'attività di linking verso risorse disponibili online con il consenso dell'autore non comporta, in principio, criticità dal profilo del diritto d'autore (riservate le norme sulla legge federale contro la concorrenza sleale).

Costituiscono esempi di opere delle arti figurative, così definite all'art. 2 cpv. 2 lett. c LDA, le sculture, i disegni, le caricature, i grafici, i dipinti, le cartoline postali, i loghi aziendali, i poster, le pubblicità, le pagine web (per quest'ultima tipologia d'opera: L. Bühler, op. cit, pag. 124 e ss.), ecc. Non sono per contro opere delle arti figurative le fotografie (si tratta di opere "visive"; cfr. art. 2 cpv. 2 lett. g LDA). La riproduzione di tali opere è vietata, anche se la stessa assume carattere parziale; resta riservato l'art. 19 cpv. 3bis LDA citato al par. 4. precedente.

Il divieto di cui alla lettera d. riguarda invece la registrazione (analogica, digitale) di opere eseguite in pubblico (commedia teatrale, concerto, spettacolo ecc.); questo vale anche per i formatori e le formatrici e per le persone in formazione nel quadro didattico.

3. VALUTAZIONI GIURIDICHE IN ORDINE ALL'ATTIVITÀ DIDATTICA E DI CONDIVISIONE.

Premesse le osservazioni sull'art. 19 LDA indicate ai precedenti paragrafi, non si riscontrano nell'ambito dell'Attività didattica particolari criticità per i formatori e per le formatrici dal profilo del rispetto del diritto d'autore.

Ritenuto che il Sito si è adoperato per veicolare un'informativa rigorosa e restrittiva / prudente in merito all'Attività didattica, occorre che i formatori e le formatrici siano consapevoli e attivi in merito all'obbligo di acquisire le opere destinate alle lezioni da fonti legali. Raccomandiamo inoltre di astenersi dall'uso delle reti P2P e dei canali a rischio, quali lo streaming di contenuti caricati sulla rete dagli utenti (ad esempio: YouTube.com), in quanto vettori riconosciuti globalmente di trasmissione di opere "piratate".

Visto quanto precede, riassumiamo qui di seguito le seguenti categorie di utilizzo relative al progetto:

a) Attività per principio lecite da parte dei docenti, se a fini didattici:

- qualsiasi utilizzo di opere non protette dal diritto d'autore in quanto prive di carattere originale (ad esempio: filmato webcam statica, filmato di natura amatoriale / senza impronta creativa, ecc.);
- qualsiasi utilizzo di opere non protette dal diritto d'autore in quanto la protezione è decaduta;
- allestimento ed utilizzo in classe di opere audiovisive autoprodotte;
- condivisione all'interno della comunità di utilizzatori del Sito ("Community") di opere audiovisive autoprodotte, a condizione che siano disponibili: (i) il consenso dei partecipanti e degli interpreti (se minorenni: consenso dei genitori) e (ii) il consenso della scuola (se il diritto d'autore è stato ceduto alla scuola medesima);
- acquisizione, modifica e condivisione nella Community di opere audiovisive provenienti da qualsivoglia fonte (compreso l'Internet) se diffuse sulla base di una licenza che consente tali utilizzi (Creative Commons, Open Access ecc.);
- registrazione, modifica (nel rispetto della personalità dell'autore) e utilizzo in classe di opere audiovisive non disponibili in commercio diffuse da

Un prodotto realizzato dall'Istituto Universitario Federale per la Formazione Professionale con il sostegno della Divisione della Formazione Professionale del Cantone Ticino.

- canali televisivi svizzeri o esteri ricevibili con il consenso degli autori / organismi di diffusione dalla Svizzera, quale che sia il vettore di distribuzione (ad esempio: via cavo, digitale terrestre, satellite, ritrasmissione / diffusione in streaming online – ad esempio: Swisscom tv; canali “ufficiali” su YouTube.com e siti analoghi);
- registrazione, modifica (nel rispetto della personalità dell’autore) e utilizzo in classe di spezzoni (che non rappresentino la quasi totalità dell’opera) di opere audiovisive disponibili in commercio da canali televisivi svizzeri o esteri diffusi / ricevibili con il consenso degli autori / organismi di diffusione dalla Svizzera, quale che sia il mezzo di diffusione (via cavo, digitale terrestre, satellite, online streaming);
 - acquisizione a partire da un DVD / Blu Ray (sia esso acquistato, preso in prestito o locato) / modifica (nel rispetto della personalità dell’autore) e utilizzo in classe di spezzoni (che non rappresentino la quasi totalità dell’opera) di opere audiovisive disponibili in commercio;
 - acquisto da siti di e-commerce, modifica (nel rispetto della personalità dell’autore) e utilizzo in classe di opere audiovisive, anche integrali (tale prerogativa è stabilita dall’art. 3 bis LDA, che recita: le riproduzioni allestite richiamando opere messe lecitamente a disposizione non soggiacciono alle restrizioni dell’uso privato contemplate nel presente articolo né ai diritti al compenso di cui all’articolo 20).

b) Attività potenzialmente illecite da parte dei formatori e delle formatrici, anche se a fini didattici:

- acquisto (modifica / condivisione / utilizzo in classe) di opere audiovisive da siti di condivisione online (ad esempio: YouTube.com) oppure da reti P2P (ad esempio: Emule o BitTorrent), in quanto non è dato sapere se l’opera è stata pubblicata e diffusa con il consenso dell’autore (la fonte potrebbe dunque essere illegale)

c) Attività verosimilmente illecite (ma anche eticamente scorrette) da parte dei formatori e delle formatrici, anche se a fini didattici:

- condivisione / pubblicazione / diffusione di risorse didattiche contenenti materiale protetto dal diritto d’autore di terzi senza il loro consenso attraverso Internet (siti, reti P2P, comunità online aperte o chiuse – al di fuori dalla stretta cerchia privata);
- modifica / condivisione / utilizzo in classe di opere audiovisive protette dal diritto d’autore acquisite da fonti illegali, siano esse spezzoni o opere integrali, nel senso che dette opere sono state pubblicate / rese disponibili senza il consenso dell’autore (ciò è il caso, spesso, delle opere reperibili tramite le reti P2P – ad esempio: Emule o BitTorrent);
- modifica di opere audiovisive di terzi protette dal diritto d’autore, se la modifica lede la dignità o i diritti della personalità dell’autore;

- modifica / utilizzo in classe (fatte salve la proiezione in classe e l'utilizzo di opere acquisite lecitamente da fonti online) di opere audiovisive *integrali* disponibili in commercio.

d) Valutazioni specifiche sull'applicabilità della licenza legale nell'ambito dell'uso didattico in relazione all'Attività di condivisione

L'Attività di condivisione coinvolge principalmente coloro (i formatori e le formatrici) che mettono a disposizione le risorse didattiche sulla piattaforma ("uploading"), di modo che queste possano essere selezionate ("browsing") e scaricate e/o utilizzate e/o modificate dagli altri formatori o dalle altre formatrici.

La condivisione di materiale didattico non presenta alcuna criticità dal profilo del diritto d'autore nella misura in cui:

- la risorsa sia interamente autoprodotta (filmato e risorse collegate), a condizione che il formatore o la formatrice sia il titolare del diritto d'autore, che le persone in formazione (se autori / coautori) abbiano ceduto il diritto d'autore oppure dato il proprio consenso e che le persone in formazione (se interpreti del film) abbiano dato il proprio consenso alla pubblicazione (se minorenni con l'avvallo scritto dei genitori);
- la risorsa sia stata pubblicata dall'autore sotto una licenza che permette le operazioni prospettate (modifica, condivisione; ad esempio: licenze Open Access, Creative Commons, ecc.);
- il diritto d'autore sulla risorsa (opera audiovisiva di base e arricchimenti) è decaduto per effetto del trascorrere del tempo (70 anni dopo la morte dell'autore / del regista);
- il diritto d'autore non sussiste poiché l'opera non soddisfa il requisito fondamentale dell'originalità (in altre parole, l'opera è banale, tenuto conto di quanto esisteva all'atto della creazione).

Di converso, la messa in circolazione di risorse didattiche contenenti opere di terzi protette dal diritto d'autore senza il consenso di questi ultimi all'interno di una comunità online composta da centinaia di individui (ossia su larga scala), anche se detta comunità è limitata ai soli formatori o formatrici, rappresenta un'attività critica dal profilo del diritto d'autore.

In effetti, volendo far rientrare l'attività di condivisione di risorse didattiche all'interno di una community di formatori e formatrici nella licenza legale per l'uso didattico, si dovrebbe interpretare in maniera rinnovata ed estensiva l'attuale base legale (art. 19 cpv. 1 lett. b LDA), nel senso di considerare detta messa in condivisione alla stregua di un'attività preparatoria essenziale e profondamente collegata all'uso in classe vero e proprio, ovvero determinante alla piena realizzazione, nel XXI° secolo, degli obiettivi culturali e di diffusione del sapere a suo tempo (ed ancora oggi) voluti e perseguiti dal Legislatore federale. Una tale interpretazione, posto che sia ammissibile,

comporterebbe un'estensione significativa della cerchia di persone che beneficiano della libertà di utilizzo delle opere ai fini didattici (dall'attuale "classe" ad una comunità ampia di formatori e formatrici).

Il Tribunale federale svizzero ad oggi non si è chinato su questa tematica specifica, per cui non ci soccorre nel definire se la stessa rientri nel campo di applicazione materiale della licenza legale. La dottrina svizzera consultata non tratta specificatamente il tema delle comunità di condivisione tra docenti, per cui, anche sotto questo profilo, non vi è una risposta certa alla questione,

Indipendentemente da quanto precede, è quantomeno opportuno che il progetto implementi una procedura di valutazione di eventuali notifiche di violazione del diritto d'autore provenienti dagli aventi diritto. Per questo, nel caso di richiesta giustificata di rimozione della risorsa illecita, la cancellazione avverrà senza indugio da parte dell'amministrazione del portale del progetto. Ai fini prudenziali, senza per principio esigere un controllo preventivo generalizzato delle risorse che i formatori e le formatrici caricano sulla piattaforma, il Sito già attualmente rimuove autonomamente le risorse che violano il diritto d'autore, se tale violazione viene identificata dai servizi interni oppure su indicazione di terzi (ad esempio dei formatori e delle formatrici stesse).