

ROBERTO CASO

LA LEGGE ITALIANA SULL'ACCESSO APERTO AGLI ARTICOLI SCIENTIFICI: PRIME NOTE COMPARATISTICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Open Access: definizioni, classificazioni e *policy*. — 3. Il legislatore sulla via verde all'accesso aperto: suggestioni comparatistiche. — 3.1. Il modello USA. — 3.2. Il modello spagnolo. — 3.3. Il modello tedesco. — 4. La *policy* dell'Unione Europea in materia di accesso aperto — 5. Rilievi a margine della legge italiana. — 6. Conclusioni.

I. INTRODUZIONE.

L'editoria scientifica si è tenuta a lungo lontana dalle logiche commerciali. A partire dal secondo dopoguerra con l'esplosione della *big science* il panorama è rapidamente mutato. Nel tempo il mercato delle pubblicazioni scientifiche è diventato assai rilevante.

Il sistema convenzionale dell'editoria scientifica (riviste, monografie, atti di convegno etc.) si basa su due principi:

a) applicazione del diritto d'autore con forti restrizioni all'accesso e all'uso della pubblicazione;

b) pagamento di un prezzo da parte del lettore per l'accesso e l'uso della pubblicazione.

Dalla prospettiva del lettore il sistema convenzionale funziona come qualsiasi altro tipo di editoria. Ciò rappresenta un paradosso. Lo scienziato non è un autore come un altro. È mosso dall'incentivo di accrescere la propria reputazione e non da prospettive di guadagno economico generato dal mercato dei diritti d'autore. Il che è confermato dal fatto che l'autore scientifico raramente percepisce guadagni dalla commercializzazione della propria opera. Forme di compenso come la corresponsione di *royal-*

* Il presente scritto è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato a un componente il Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le correnti prassi nella comunità dei giuristi.

** Questo scritto amplia e aggiorna un precedente lavoro « La legge italiana sull'accesso aperto agli articoli scientifici: una prima panoramica » in corso di pubblicazione su *Aedon*.

ties sono previste solo per alcuni generi letterari: ad es. manualistica, trattatistica e opere divulgative.

A questo primo paradosso se ne aggiunge un secondo. Dalla prospettiva dell'autore il sistema si discosta dalle altre forme di editoria. La maggior parte delle ricerche è finanziate con fondi pubblici. I fondi servono per coprire i costi di creazione della pubblicazione (in questi devono essere ricompresi anche i costi legati al referaggio che generalmente viene prestato gratuitamente dagli scienziati). I diritti d'autore sulla pubblicazione vengono ceduti gratuitamente in esclusiva all'editore. I diritti di accesso e uso vengono poi acquistati sempre con fondi pubblici dalle istituzioni di ricerca tramite le proprie biblioteche. In buona sostanza, lo stato paga due volte lo stesso bene.

Il terzo e ultimo paradosso consiste nel fatto che l'editoria scientifica convenzionale (a pagamento e con forti restrizioni di accesso e uso) frustra la potenza rivoluzionaria delle tecnologie digitali che consentirebbe di moltiplicare la disseminazione, rafforzare la conservazione nel tempo delle pubblicazioni, nonché creare nuovi modelli di *business* e nuovi servizi a valore aggiunto. Gli editori tradizionali, in questo modo, perpetuano il modello dell'accesso chiuso nel tentativo di difendere una posizione di vantaggio sul mercato¹.

La posizione di forza dipende innanzitutto da ragioni che attengono al sistema di valutazione delle pubblicazioni scientifiche². Gli scienziati vogliono pubblicare solo nelle sedi editoriali di « maggior prestigio », le biblioteche non possono acquistare tutte le pubblicazioni e devono concentrare i propri investimenti solo su quelle con reputazione più elevata. Il fenomeno è particolarmente evidente nelle aree scientifiche che fanno uso di periodici e indici bibliometrici (come l'Impact factor), ma riguarda anche i settori, operanti nell'area delle scienze umane e sociali, che non adoperano la bibliometria³. Queste caratteristiche del mercato si saldano all'esclusività del diritto d'autore sulle pubblicazioni. Il titolare del diritto d'autore cede — generalmente: senza previa negoziazione — in esclusiva i diritti patrimoniali all'editore che li commercializza. Una volta effettuata la cessione dei diritti, l'autore non può ripubblicare l'opera presso altre sedi editoriali senza

¹ V., ad es., AA.VV., *Study on the economic and technical evolution of the scientific publication markets in Europe* [Final Report - January 2006], http://ec.europa.eu/research/science-society/pdf/scientific-publicationstudy_en.pdf.

² J.-C. GUÉDON, *La lunga ombra di Oldenburg: i bibliotecari, i ricercatori, gli editori e il controllo dell'editoria scientifica*, 2004, trad. it. [dall'originale inglese *In Oldenburg's Long Shadow: Librarians,*

Research Scientists, Publishers, and the Control of Scientific Publishing, Association of Research Libraries, 2001] di M.C. Pievatolo, B. Casalini, F. Di Donato, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, <http://leprints.rclis.org/5636/1/oldenburg.htm>.

³ Peraltro, i settori c.d. non bibliometrici fanno uso crescente di succedanei come il *rating* delle riviste per fasce di qualità.

l'autorizzazione dell'editore. L'interazione tra valutazione e diritto d'autore eleva barriere all'entrata del mercato alimentando il potere oligopolistico in capo a un numero limitato di editori. Tale interazione genera una serie di problemi, il più evidente dei quali è la crescita esponenziale del prezzo dei periodici scientifici (c.d. *serial crisis*) determinatasi negli ultimi decenni. In buona sostanza, la spesa per l'acquisto dei periodici scientifici è divenuta sempre meno sostenibile per le istituzioni di ricerca, mentre i profitti dei grandi gruppi editoriali crescono progressivamente.

Lo scenario peggiora nella dimensione digitale dove la vendita di abbonamenti a periodici si trasforma nella licenza di accesso a banche dati scientifiche solitamente commercializzate in forma di *bundling* (offerte a pacchetto). Il *bundling* si riflette sulla spesa delle biblioteche accentuando lo sbilanciamento tra la voce (molto più consistente) di *budget* dedicata ai periodici e quella (decisamente più esigua) riservata alle monografie. Ma vi è di più, le licenze pretendono di vietare qualsiasi forma di redistribuzione dei contenuti delle banche dati (« questo contratto non è una vendita ma una licenza d'uso, non puoi rivendere, donare, prestare »), determinando la scomparsa dei mercati secondari e rafforzando in questo modo il potere oligopolistico dei grandi editori scientifici⁴.

Inoltre, vi sono altre ragioni che alimentano l'oligopolio: il fatto che i lettori siano poco sensibili al prezzo (sono le biblioteche e non i ricercatori/lettori ad avere contezza dei prezzi praticati dagli editori), la scarsa trasparenza dei prezzi applicati ai grandi contratti di licenza (c.d. *big deals*) per l'accesso in *bundling* alle risorse editoriali (le condizioni contrattuali di queste licenze e specialmente le clausole economiche sono coperte da riservatezza) e alcune operazioni di fusioni/acquisizioni dei grandi gruppi editoriali che hanno portato alla concentrazione del mercato.

Per ribaltare il sistema editoriale convenzionale, rendendo maggiormente etico, innovativo e concorrenziale il mercato è nato il movimento dell'Open Access (OA) o dell'accesso aperto⁵. Grazie all'azione di alcuni pionieri⁶ e comunità scientifiche (in particolare, quelle degli informatici e dei fisici⁷) nonché della comunità

⁴ R. CASO, *Scientific knowledge unchained: verso una policy dell'università italiana sull'Open Access*, in *The Trento Law and Technology Research Group - Research Papers Series*, nr. 16, Trento, maggio 2013, 11, disponibile su *Unitn-eprints Research*: <http://eprints.biblio.unitn.it/4155/>.

⁵ J. WILLINSKY, *The Access Principle - The Case for Open Access to Research and Scholarship*, Cambridge (MA), 2006.

⁶ Una menzione speciale merita Robert Darnton, del quale si veda *Il futuro del libro*, Milano, 2011, 129 ss.

⁷ Celebre è l'esempio di ArXiv l'archivio disciplinare che raccoglie i *preprint* della comunità dei fisici. « ArXiv funziona così: quando un fisico completa un paper va su ArXiv e lo carica sul sito. I moderatori di ArXiv fanno un rapido controllo per rimuovere contenuti inappropriati [...]. Poche ore dopo il *paper* compare

dei bibliotecari è emerso un sistema incentrato principalmente su norme informali, dichiarazioni di principio, *soft law* e contratti.

Per accesso aperto alla letteratura scientifica s'intende un sistema editoriale fondato su Internet che mira ad abbattere le barriere economiche, giuridiche e tecnologiche⁸. Dalla prospettiva del lettore, le barriere economiche sono azzerate (l'accesso alla pubblicazione digitale è gratuito)⁹ e le barriere giuridiche sono ridotte al minimo (nella versione forte dell'accesso aperto: il lettore può copiare e distribuire nonché produrre e distribuire opere derivate nel rispetto del diritto di paternità). Infine, l'accesso aperto risponde a regole tecnologiche ovvero a standard appropriati che garantiscono l'archiviazione a lungo termine, l'interoperabilità e la visibilità su Internet.

L'OA, come qualsiasi altra forma di editoria, non è senza costi e richiede modelli economici che ne assicurino la sostenibilità. Tuttavia, i suoi benefici in termini di equità, impatto, estensione e rapidità della disseminazione, compressione del tasso di duplicazione delle ricerche, potenziamento della ricerca interdisciplinare, trasferimento della conoscenza alle imprese e trasparenza verso la cittadinanza sono immensi¹⁰. Tant'è che diverse istituzioni finanziatrici, università e enti di ricerca, Stati e organizzazioni internazionali stanno perseguendo con determinazione politiche per favorire la definitiva affermazione dell'accesso aperto.

Ovviamente non mancano resistenze come in tutti i campi nei quali si cerca di innovare.

Non c'è dubbio che gli editori convenzionali si oppongano in misura più o meno marcata all'accesso aperto. Lo testimoniano alcune azioni lobbistiche che, negli USA e nell'UE, mirano a rovesciare alcune regole di favore verso l'OA.

Si può altresì presumere che attriti verso l'OA si collochino all'interno del mondo della ricerca.

Gli ultimi studi empirici dimostrano che l'affermazione dell'OA è meno rapida di quanto si era previsto dieci anni fa¹¹.

sul sito, dove può essere scaricato e letto da chiunque nel mondo», così M. NIELSEN, *Le nuove vie della scoperta scientifica - Come l'intelligenza collettiva sta cambiando la scienza*, Torino, 2012, 185-186.

⁸ Cfr. P. SUBER, *Open Access*, Cambridge (Massachusetts) - London (England), 2012, 1 ss., 4, http://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/10752204/9780262517638_Open_Access.pdf?sequence=1, «Open Access (OA) literature is digital, online, free of charge and free of most copyright and licensing restrictions».

⁹ La gratuità consente di evitare il paradossale del doppio pagamento (da parte dei contribuenti) della ricerca finanziata

con fondi pubblici. Tuttavia, si deve rilevare che l'argomentazione del «doppio pagamento» non è il fondamento primario dell'accesso aperto il quale si giustifica innanzitutto in base a ragioni di etica e potenziamento della scienza.

¹⁰ Per una recente bibliografia sugli studi che misurano il vantaggio in termini d'impatto delle pubblicazioni in accesso aperto v. S. HITCHCOCK (ed.), *The effect of open access and downloads ('hits') on citation impact: a bibliography of studies*, University of Southampton, 2013, <http://eprints.soton.ac.uk/354006/>.

¹¹ Ad es., B.C. BJÖRK, *Open Access - Are the Barriers to Change Receding?*,

Di sicuro l'accesso aperto rappresenta solo una parte della scienza¹². Il modello tradizionale di pubblicazione è ancora dominante. Inoltre, il quadro dell'attuazione del principio rimane a geometria variabile. Il grado di applicazione dell'accesso aperto cambia in rapporto a diversi fattori: ad esempio, a seconda del Paese, dell'area disciplinare e del livello di carriera dello studioso¹³.

Nel tentativo di promuovere l'affermazione dell'accesso aperto Stati, soggetti finanziatori, università ed enti di ricerca stanno elaborando *policy* specifiche. Alcune sono formalizzate in atti legislativi.

È il caso italiano dell'art. 4 della legge 7 ottobre 2013, n. 112 (G.U. n. 236 dell'8 ottobre 2013) che ha convertito con modificazioni il decreto legge 8 agosto 2013, n. 91 « Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo ».

Lo scopo di questo scritto è di svolgere alcuni rilievi a margine dei pregi e difetti della nuova norma.

La trattazione si articola nel modo seguente. Nel secondo paragrafo ci si sofferma su profili definatori e tassonomici dell'accesso aperto mettendoli in relazione con le varie opzioni di *policy*. Nel terzo paragrafo si comparano i profili essenziali dei modelli normativi stranieri che hanno preceduto l'intervento nostrano. Nel quarto paragrafo si delinea il contesto delle *policy* dell'Unione Europea in materia di accesso aperto. Nel quinto paragrafo si propongono alcuni argomenti interpretativi a margine del testo legislativo. Nel sesto paragrafo si tracciano alcune conclusioni.

2. OPEN ACCESS: DEFINIZIONI, CLASSIFICAZIONI E POLICY.

Prima una serie di dichiarazioni solenni, poi l'elaborazione di *policy* e strumenti contrattuali¹⁴ e infine l'emanazione, in alcuni

Publications 1, 2013, no. 1: 5-15, <http://www.mdpi.com/2304-6775/1/1/5>.

¹² I riscontri empirici non sono concordi. V., per stime più prudenti, B.C. BJÖRK, P. WELLING, M. LAAKSO, P. MAJLINDER, T. HEDLUND, G. GUDNASON, *Open Access to the Scientific Journal Literature: Situation 2009*, in *PLoS ONE*, 5(6) 2010, doi: 10.1371/journal.pone.0011273, nonché Y. GARGOURI, V. LARIVIÈRE, Y. GINGRAS, S. HARNAD, *Green and Gold Open Access Percentages and Growth, by Discipline*, 2012, <http://arxiv.org/abs/1206.3664>; per stime più ottimistiche E. Archambault, D. AMYOT, P. DESCHAMPS, A. NICOL, L. REBOUT, G. ROBERGE, *Proportion of Open Access Peer-Reviewed Papers at the Euro-*

pean and World Levels-2004-2011, Studio della Science Metrix prodotto per conto della Commissione Europea, 2013, http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Availability_2004-2011.pdf.

¹³ T. EGER, M. SCHEUFEN, D. MEIERRIEKS, *The Determinants of Open Access Publishing: Survey Evidence from Germany* (13 marzo 2013), SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2232675>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2232675>; M. MIGHELI, G.B. RAMELLO, *Open Access, Social Norms and Publication Choice* (26 febbraio 2013). ICER Working Paper No. 3/2013, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2224580>.

¹⁴ F. LORENZATO, *I modelli contrattuali per l'accesso alla conoscenza scientifica*,

ordinamenti giuridici, di leggi segnano la progressiva ascesa a livello mondiale del principio dell'OA.

Il movimento dell'accesso aperto è unito nello scopo dell'azione (rendere la scienza priva di barriere economiche, giuridiche e tecnologiche) ma si divide sulle politiche che servono a raggiungerlo.

Ciò spiega perché non esista una nozione condivisa di Open Access.

Il principio è stato definito nelle tre grandi dichiarazioni fondative del movimento: Budapest 2002¹⁵, Bethesda 2002¹⁶ e Berlino 2003¹⁷. Le statuizioni non coincidono. Tant'è che non mancano tentativi di distillare un nucleo comune¹⁸.

La Dichiarazione di Berlino presenta la definizione più completa e avanzata. Secondo questa dichiarazione un contributo scientifico per essere qualificato « ad accesso aperto » deve soddisfare i due seguenti requisiti:

« 1. L'autore(i) ed il detentore(i) dei diritti relativi a tale contributo garantiscono a tutti gli utilizzatori il diritto d'accesso gratuito, irrevocabile ed universale e l'autorizzazione a riprodurlo, utilizzarlo, distribuirlo, trasmetterlo e mostrarlo pubblicamente e a produrre e distribuire lavori da esso derivati in ogni formato digitale per ogni scopo responsabile, soggetto all'attribuzione autentica della paternità intellettuale (le pratiche della comunità scientifica manterranno i meccanismi in uso per imporre una corretta attribuzione ed un uso responsabile dei contributi resi pubblici come avviene attualmente), nonché il diritto di riprodurne una quantità limitata di copie stampate per il proprio uso personale.

2. Una versione completa del contributo e di tutti i materiali che lo corredano, inclusa una copia della autorizzazione come sopra indicato, in un formato elettronico secondo uno standard appropriato, è depositata (e dunque pubblicata) in almeno un archivio in linea che impieghi standard tecnici adeguati (come le definizioni degli Open Archives) e che sia supportato e mantenuto da un'istituzione accademica, una società scientifica, un'agenzia governativa o ogni altra organizzazione riconosciuta che persegua gli obiettivi dell'accesso aperto, della distribuzione illimitata, dell'interoperabilità e dell'archiviazione a lungo termine ».

In base a questa nozione, il cuore giuridico dell'accesso aperto è costituito dalla concessione di alcune fondamentali facoltà del di-

in R. CASO, F. PUPPO (a cura di), *Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca: atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 5 maggio 2009*, Trento, 2010, 85, <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001821/>.

¹⁵ <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/read>.

¹⁶ <http://legacy.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>.

¹⁷ <http://oa.mpg.de/lang/en-uk/berlin-prozess/berliner-erklarung/>.

¹⁸ Il riferimento nel testo è alla c.d. BBB (Budapest, Bethesda, Berlin) *definition: Suber, Open Access*, cit., 7.

ritto d'autore al pubblico mediante contratto, cioè mediante licenza di autorizzazione gratuita, irrevocabile e universale. Il fascio dei diritti economici più rilevanti riguarda il formato digitale e consiste nel diritto di riproduzione, utilizzo, distribuzione, trasmissione, esibizione in pubblico nonché nel diritto di produzione e distribuzione di opere derivate. La concessione dell'autorizzazione è subordinata al rispetto del diritto di paternità. È altresì concesso il diritto di riprodurre una quantità limitata di copie stampate per uso personale.

Nella Dichiarazione di Berlino l'interazione tra regole giuridiche e regole tecnologiche è centrale. Imprescindibile risulta il ricorso agli archivi che rispondano a standard tecnici adeguati e che abbiano come finalità, tra l'altro, l'interoperabilità e la conservazione a lungo termine. La Dichiarazione di Berlino non indica uno standard, ma nel nominare a titolo esemplificativo gli Open Archives allude allo standard Open Archives Initiative (OAI) Protocol for Metadata Harvesting (PMH)¹⁹, nato nel 2001 allo scopo di rendere interoperabili gli archivi²⁰.

La ricchezza di esplicazioni dell'accesso aperto si riflette altresì nelle classificazioni invalse nella letteratura sulla materia.

La prima distinzione attiene alle modalità di pubblicazione e si deve a Stevan Harnad²¹. Per *gold road* s'intende la pubblicazione di periodici scientifici ad accesso aperto. Con *green road* ci si riferisce alla pubblicazione (c.d. autoarchiviazione) su *repositories* OA. Via verde e via aurea sono espressioni che servono a individuare sinteticamente una distinzione che era già presente nella Budapest Open Access Initiative tra autoarchiviazione di articoli referati (già apparsi in riviste convenzionali) e OA *journals* cioè riviste che nascono in forma di OA garantendo l'immediata pubblicazione ad accesso aperto. Ma il quadro si è poi complicato quando gli editori convenzionali ad accesso chiuso hanno dato vita a una terza via (c.d. ibrida o rossa) offrendo la possibilità di pubblicare — a fronte di un pagamento degli Article Processing Charges (APCs) da parte dell'autore o, più spesso, dell'istituzione finanziatrice — singoli articoli (c.d. *open choice*) in riviste ad accesso chiuso. Va detto in proposito che la maggior parte del movimento OA è fortemente critica nei confronti della via ibrida. I suoi

¹⁹ <http://www.openarchives.org/pmh/>.

²⁰ <http://www.openarchives.org/pmh/>: « The Open Archives Initiative Protocol for Metadata Harvesting (OAI-PMH) is a low-barrier mechanism for repository interoperability. Data Providers are repositories that expose structured metadata via OAI-PMH. Service Providers then make OAI-PMH service requests to harvest

that metadata. OAI-PMH is a set of six verbs or services that are invoked within http ».

²¹ S. HARNAD, T. BRODY, F. VALLIERES, L. CARR, S. HITCHCOCK, Y. GINGRAS, C. OPPENHEIM, H. STAMERJOANS, E.R. HILF, *The green and the gold roads to Open Access*, in *Nature* (web focus), 2004, <http://www.nature.com/nature/focus/accessdebate/21.html>.

effetti collaterali sono evidenti: per un verso, si delinea il rischio concreto che il mondo della ricerca paghi due volte lo stesso bene (la prima nel momento in cui versa il corrispettivo per l'*open choice*, la seconda quando « acquista » la licenza per l'accesso alla rivista in accesso chiuso dove è pubblicato l'articolo in accesso aperto); per l'altro, gli APCs sembrano al momento mediamente molto alti e poco trasparenti²².

Un'altra grande classificazione, illustrata da Peter Suber, serve a differenziare le forme deboli di accesso aperto (c.d. *gratis OA*) che abbattano solo la barriera economica del prezzo di accesso dalle forme forti (c.d. *libre OA*) che, come nella Dichiarazione di Berlino, abbassano con diversi gradi d'intensità la barriera giuridica della restrizione di accesso e uso del contributo scientifico²³.

Ulteriore distinzione è quella tra Open Access in senso stretto, che appunto si riferisce alle pubblicazioni scientifiche, e Open Research Data²⁴, che invece è locuzione che individua il processo di apertura dei dati scientifici generati dalle ricerche.

Ancora, nella letteratura specialistica si parla di *policy* volontarie (cioè basate sulla volontarietà dell'applicazione dell'accesso aperto) e *policy* « mandatarie » (traduzione letterale del termine inglese *mandatory* che sta per obbligatorio, vincolante)²⁵. La delicatezza della scelta tra strumenti volontari o obbligatori si spiega con il fatto che la regolazione dell'accesso aperto si colloca su un territorio al confine tra libertà scientifico-accademica e *copyright*/diritto d'autore. Normalmente è lo scienziato a essere titolare originario dei diritti d'autore sulla pubblicazione²⁶. Si tratta di un dato trasversale a diversi sistemi giuridici e corrispondente a una potente norma sociale della comunità scientifica mondiale. Per questo motivo, in linea teorica, obbligare un autore a una determinata forma di pubblicazione si traduce in una compressione

²² Per alcuni calcoli relativi alla media degli APCs v. il documento del Business Innovation and Skills Committee dell'House of Commons britannica: *Open Access Fifth Report of Session 2013-2014*, vol. I, 10 settembre 2013, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/cm201314/cmselect/cmbis/99/99.pdf>.

²³ Suber, *Open Access*, cit., 65 ss.

²⁴ Sugli Open Research Data dalla prospettiva giuridica v. L. GUIBAULT, *Licensing Research Data under Open Access Conditions*, in D. BELDIMAN (ed.), *Information and Knowledge: 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance*, Cheltenham, 2013, http://www.ivir.nl/publications/guibault/Open_Research_Data.pdf.

²⁵ SUBER, *Open Access*, cit., 77 ss.

²⁶ L. GUIBAULT, *Owning the Right to*

Open Up Access to Scientific Publications, in L. GUIBAULT AND C. ANGELOPOULOS (ed.), *Open Content Licensing: from Theory to Practice*, Amsterdam University Press, 2011, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1829889>; J. PILA, *Who Owns the Intellectual Property Rights in Academic Work?*, in *European Intellectual Property Review*, Vol. 2010, 609-613; Oxford Legal Studies Research Paper No. 49/2010, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1618172>; nella letteratura italiana v. F. LORENZATO, *Titolarietà e contratti sulle pubblicazioni scientifiche*, in R. CASO (cur.), *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e Open Access: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008*, Trento, 2009, 47, disponibile su Unitn-eprints Research: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001589/>.

dell'autonomia decisionale, autonomia presidiata dalla libertà accademico-scientifica e dal diritto d'autore²⁷.

Inoltre, l'accesso aperto può riguardare differenti tipologie di pubblicazione scientifica. Buona parte del movimento concentra la sua attenzione sugli articoli scientifici soggetti a procedure di referaggio. Si tratta invero del nocciolo duro dell'accesso aperto. Tuttavia, è altresì indubbio che la prassi dell'OA si muova anche verso altri generi letterari (ad es., monografie) e verso altre forme di pubblicazione (ad es., *preprint* e letteratura grigia come i *working paper*).

Infine, si deve decidere se disciplinare l'accesso aperto solo in riferimento al finanziamento pubblico o in relazione a qualsiasi tipo di finanziamento.

Dunque, il decisore istituzionale che voglia elaborare una politica sull'accesso aperto deve scegliere tra alcune opzioni alternative. Le più importanti possono essere così riassunte:

- a) Volontarietà od obbligatorietà della *policy*;
- b) Ripubblicazione in archivi istituzionali e disciplinari ad accesso aperto (via verde) di opere già apparse in forme editoriali tradizionali o pubblicazione in riviste e collane di libri che nascono (e quindi sono immediatamente) ad accesso aperto (via aerea);
- c) Mera gratuità dell'accesso (*gratis OA*) o gratuità associata alla concessione dei diritti di uso (*libre OA*);
- d) Accesso solo ad articoli su riviste o anche ad altri generi letterari (si pensi alle monografie);
- e) Accesso alla versione referata della pubblicazione o accesso a diverse forme di pubblicazione (*preprint*, letteratura grigia etc.);
- f) OA in senso stretto, cioè alle sole pubblicazioni scientifiche, o anche apertura dei dati scientifici (c.d. *Open research data*);

²⁷ Sul punto si rimanda fin d'ora alle conclusioni di questo scritto: non è l'accesso aperto a condizionare l'autonomia e la libertà scientifico-accademica dell'autore, è invece il sistema editoriale convenzionale a restringere i margini di scelta. Tuttavia, la questione merita di essere precisata. Per quanto attiene alla via verde, il problema si pone a livello di *policy* istituzionale, ad es. a livello di regolamentazione di una singola università. Il quesito giuridico è il seguente: senza una modifica a monte della legge sul diritto d'autore può un'università imporre al proprio docente/ricercatore la ripubblicazione in un archivio OA? Il quesito è stato risolto positivamente, nel sistema giuridico statunitense, con riferimento alla *mandatory policy* di Harvard da E.A. PRIEST, *Copyright and the Harvard*

Open Access Mandate, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 10, p. 377, 2012, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1890467>.

Ma c'è da precisare che l'obbligatorietà si basa molto più su incentivi che su un vero e proprio *enforcement* sanzionatorio. L'idea è quella non tanto di costringere quanto di convincere i destinatari della *policy*: Suber, *Open Access*, cit., 86 ss.

Per quanto concerne la *gold road* il problema si pone in termini differenti. Se la politica d'incentivazione si basa sul finanziamento la cui spesa è condizionata alla pubblicazione in riviste ad accesso aperto, la compressione della libertà dipende dal fatto che la scelta del ricercatore è indirizzata verso alcune sedi editoriali piuttosto che altre.

g) OA solo per risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici o accesso aperto per tutti i risultati indipendentemente dalla natura pubblica o privata del finanziamento.

Sul piano dell'opzione *sub b*) il Regno Unito è l'unico Paese che sta sperimentando, a livello governativo²⁸, l'incentivazione massiva della via aurea, basandola sul pagamento da parte del finanziatore pubblico delle spese connesse alla pubblicazione in accesso aperto (su riviste *gold* o ibride). Questo perché molti periodici scientifici chiedono la corresponsione di un prezzo (APCs) per i servizi connessi alla pubblicazione in accesso aperto. Tale tipo di politica, come si è già accennato, sembra causare pesanti effetti collaterali e si basa ancora su un mercato scarsamente trasparente, talora soggetto a forme di speculazione predatoria. Non a caso il Business Innovation and Skills Committee dell'House of Commons britannica ha sollevato in un documentatissimo report (settembre 2013) molti rilievi critici a margine della *policy* governativa che dà preferenza alla *gold road* relegando in secondo piano la *green*. Il BIS Committee ha perciò raccomandato con forza di tornare a dare preferenza alla via verde²⁹.

D'altra parte, non è un caso che prima dell'improvviso cambio di rotta del 2012 il Regno Unito fosse allineato (o si ponesse in testa) ai Paesi OA *oriented* nell'individuare nella ripubblicazione in archivi la via maestra all'accesso aperto.

La prima applicazione della via verde ha, però, mostrato che la mera volontarietà non è sufficiente a riempire i *repositories*. Molte possono essere le cause: mancanza di investimenti economici e or-

²⁸ V. la «Letter to Dame Janet Finch on the Government Response to the Finch Group Report: «Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications», del luglio 2012: <http://www.bis.gov.uk/assets/BISCore/science/docs/L12-975-letter-government-response-to-finch-report-research-publications.pdf>; posizione che accoglie quasi del tutto i suggerimenti del c.d. Finch Report ovvero del documento «Accessibility, sustainability, excellence: how to expand access to research publications - Report of the Working Group on Expanding Access to Published Research Findings» del giugno 2012: <http://www.researchinfonet.org/up-content/uploads/2012/06/Finch-Group-report-FINAL-VERSION.pdf>.

²⁹ In questo senso si esprime l'autorevole Business Innovation and Skills Committee dell'House of Commons britannica nel suo *Open Access Fifth Report of Session 2013-2014*, cit., sulla scia di quanto sostenuto in più occasioni da Stevan Harnad, nonché da J. HOUGHTON e A. SWAN,

Planting the Green Seeds for a Golden Harvest: Comments and Clarifications on «Going for Gold», in *D-Lib Magazine*, gennaio/febbraio 2013, Vol. 19, Nr. 1/2, <http://www.dlib.org/dlib/january13/houghton/01houghton.html>: «If OA were adopted worldwide, the net benefits of Gold OA would exceed those of Green OA. However, we are not yet anywhere near having reached an OA world. At the institutional level, during a transitional period when subscriptions are maintained, the cost of unilaterally adopting Green OA is much lower than the cost of unilaterally adopting Gold OA — with Green OA self-archiving costing average institutions sampled around one-fifth the amount that Gold OA might cost, and as little as one-tenth as much for the most research intensive university. Hence, we conclude that the most affordable and cost-effective means of moving towards OA is through Green OA, which can be adopted unilaterally at the funder, institutional, sectoral and national levels at relatively little cost».

ganizzativi, scarsa conoscenza della materia della proprietà intellettuale e dell'OA, resistenze da parte del mondo tradizionale dell'editoria scientifica.

Di sicuro né gli altissimi valori etici alla base dell'apertura della conoscenza scientifica né le molteplici prove empiriche a dimostrazione dei vantaggi in termini d'impatto delle pubblicazioni ad accesso aperto sono di per sé incentivi sufficienti a convincere i ricercatori alla ripubblicazione sugli archivi OA. Peraltro, la via verde s'innesta su una legge del diritto d'autore fortemente ostile alla condivisione della scienza³⁰, nonché su una prassi che, come si accennava nell'introduzione, vede l'autore scientifico cedere gratuitamente e senza preventiva negoziazione i propri diritti agli editori. Una volta ceduti i diritti, è l'editore a determinare se e quando si potrà ripubblicare.

Questo stato di cose ha spinto alcune istituzioni e alcuni legislatori a intervenire optando per l'obbligatorietà della via verde con riguardo alle pubblicazioni finanziate con fondi pubblici.

3. IL LEGISLATORE SULLA VIA VERDE ALL'ACCESSO APERTO: SUGGERIMENTI COMPARATIVI.

I principali modelli normativi di riferimento sono da ricercare negli Usa, in Spagna e in Germania. Vediamoli molto brevemente.

3.1. *Il Modello Usa.*

Negli Stati Uniti — Division G, Title II, Section 218 of PL 110-161 (Consolidated Appropriations Act, 2008³¹) e Division F Section 217 of PL 111-8 (Omnibus Appropriations Act, 2009³²) — si è scelto di intervenire su un settore specifico (quello biomedico), con riferimento ai National Institutes of Health³³ (o NIH) e al loro archivio PubMed Central³⁴, garantendo al pubblico solo la gratuità dell'accesso (definito « public access »), non anche la concessione dei diritti di riutilizzo. Si tratta quindi di una *policy* dell'ente finanziatore pubblico (un'agenzia federale) coperta da legge. In

³⁰ J.H. REICHMAN, R. OKEDIJI, *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale*, in *Minnesota Law Review*, Vol. 96, No. 4, 2012; Minnesota Legal Studies Research Paper 12-54, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2149218>; dalla prospettiva dell'analisi economica del diritto v. S. SHAVELL, *Should Copyright of Academic Works be Abolished?*, in *Harvard Law and Economics Discussion Paper* No. 655; *Harvard Public Law Working*

Paper No. 10-10, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1525667>; nella letteratura italiana v. R. CASO, *L'Open Access alle pubblicazioni scientifiche: una nuova speranza*, in CASO (cur.), *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e Open Access*, cit., 7.

³¹ <http://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/NOT-OD-08-033.html>.

³² <http://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/NOT-OD-09-071.html>.

³³ <http://www.nih.gov/>.

³⁴ <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/>.

sintesi, tutti i soggetti finanziati devono ripubblicare su PubMed Central, non oltre dodici mesi dalla pubblicazione « ufficiale » dalla prima pubblicazione, la versione elettronica del manoscritto passato attraverso un processo di referaggio e accettato per la pubblicazione dall'editore. L'assolvimento dell'obbligo è sottoposto all'attuazione da parte del soggetto finanziato di una *policy* che sia compatibile con il *copyright*. Quest'ultimo presupposto è di fondamentale importanza per comprendere la natura della norma. Essa infatti è norma « obbligatoria programmatica », cioè obbliga il soggetto finanziato (ad es. un'università) a predisporre una regolamentazione per l'attuazione dell'obbligo. Come dire che il ricercatore non deve essere lasciato solo dalla propria istituzione nella gestione dei diritti d'autore. La *ratio* è chiara: solo con le competenze e il potere negoziale dell'istituzione l'autore può amministrare correttamente i propri diritti. Sul punto l'autorevole giurista americano Michael Carroll ha redatto per conto di SPARC³⁵, Science Commons³⁶, e ARL³⁷ un importante *white paper* per guidare i destinatari dell'obbligo di pubblicazione nel *management* del *copyright*³⁸.

Per completare il panorama statunitense guardando al di là della legge vigente, va ricordato che pende la proposta legislativa denominata Fair Access to Science & Technology Research (FASTR) Act³⁹ e il Chief dell'Office of Science and Technology Policy dell'Executive Office del Presidente Obama ha emanato il 22 febbraio 2013 un *memorandum* rivolto alle agenzie federali per l'applicazione dell'accesso aperto ai risultati della ricerca finanziata dal governo federale⁴⁰.

3.2. Il modello spagnolo.

Anche il modello spagnolo — artículo 37 (Difusión en acceso abierto) della Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación⁴¹ — si basa su una norma obbligatoria e programmatica che mira alla ripubblicazione in archivi aperti. La principale differenza rispetto al modello americano è la portata non settoriale della norma: riguarda tutte le aree scientifiche.

³⁵ <http://sparc.arl.org/>.

³⁶ <http://creativecommons.org/science>.

³⁷ <http://www.arl.org/>.

³⁸ M.W. CARROLL, *Complying with the National Institutes of Health Public Access Policy: Copyright considerations and options - A joint SPARC/Science Commons/ARL White Paper*, febbraio 2008, http://sparc.arl.org/sites/default/files/NIH_Copyright_v1.pdf.

³⁹ <https://www.eff.org/deeplinks/2013/02/new-bill-helps-expand-public-access-scientific-knowledge>.

⁴⁰ http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/ostp_public_access_memo_2013.pdf.

⁴¹ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-9617.

Contiene, inoltre, un'esplicita limitazione oggettiva del suo campo di applicazione alle sole pubblicazioni seriali o periodiche. La norma prende le mosse dalla promozione della creazione da parte degli enti pubblici del « Sistema spagnolo di scienza, tecnologia e innovazione » di archivi ad accesso aperto individuali o comuni, interoperabili con gli archivi esistenti in campo internazionale. In seguito, pone in capo al personale impegnato in una ricerca finanziata maggioritariamente con fondi del bilancio dello Stato l'obbligo di pubblicare il più presto possibile e comunque non oltre dodici mesi dalla prima pubblicazione la versione finale accettata per la pubblicazione in un archivio disciplinare o istituzionale ad accesso aperto. Disposizione degna di nota è quella che rende la versione del contributo scientifico ripubblicata negli archivi ad accesso aperto suscettibile di essere presa in considerazione nelle procedure di valutazione dell'amministrazione pubblica. Il passaggio meno chiaro è l'ultimo, un passaggio che purtroppo ha « ispirato » alcuni emendamenti proposti al testo della norma del decreto legge italiano. Il legislatore spagnolo difatti specifica che le disposizioni dell'articolo non pregiudicano gli accordi volti a trasferire a terzi i diritti sulle pubblicazioni e che le medesime disposizioni non si applicano alle attività di ricerca, sviluppo e innovazione che siano suscettibili di protezione (brevettuale). Per quanto concerne l'intangibilità dei contratti di cessione dei diritti d'autore, forse il legislatore spagnolo voleva imitare quello statunitense nel punto in cui quest'ultimo richiede ai soggetti finanziati dai NIH di porre precise *policy* compatibili con i diritti di *copyright*. Ma se l'intenzione era questa, andava espressa in altro modo. La non applicabilità alle attività suscettibili di protezione (da brevetto per invenzione) è una norma priva di senso politico e giuridico. La regolamentazione spagnola riguarda contributi che sono stati già pubblicati. La scelta se pubblicare (e distruggere la novità brevettuale precludendosi la possibilità della privativa) o mantenere segreto il frutto dell'attività di ricerca è una scelta a monte. Qualsiasi forma di pubblicazione distrugge la novità brevettuale che sia tradizionale o ad accesso aperto.

3.3. *Il modello tedesco.*

Il modello tedesco — legge 1° Ottobre 2013 (BGBl. I S. 3714), Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, che ha aggiunto un quarto comma al paragrafo 38 della legge tedesca sul diritto d'autore (Urheberrechtsgesetz o UrhG⁴²) — è molto rilevante perché è

⁴² <http://www.buzer.de/gesetz/10944/index.htm>.

l'unico che prende le mosse dall'ostacolo a monte della via verde all'accesso aperto: il diritto d'autore. Per garantire la praticabilità della via verde il legislatore tedesco, nell'ambito di una più ampia novella alla legge sulla tutela delle opere dell'ingegno, conferisce all'autore di un contributo scientifico, generato nel contesto di un'attività di ricerca finanziata almeno per la metà con risorse pubbliche e pubblicato in una raccolta che esce periodicamente almeno due volte all'anno, il diritto di rendere pubblicamente accessibile per scopi non commerciali il medesimo contributo, nella versione accettata del manoscritto, dopo il termine di dodici mesi dalla prima pubblicazione. Il meccanismo giuridico opera anche qualora l'autore abbia ceduto il diritto di sfruttamento esclusivo al curatore o all'editore della prima pubblicazione. Inoltre, l'accordo derogatorio a svantaggio dell'autore è nullo. In altri termini, si tratta di una disposizione imperativa, inderogabile per via negoziale.

Il legislatore, come nel modello spagnolo, prova a bilanciare gli interessi contrapposti di editori e mondo scientifico limitando la portata applicativa della disposizione alle pubblicazioni periodiche e ponendo parametri quantitativi rispetto al presupposto del finanziamento pubblico.

Altri elementi di compromesso con le posizioni degli editori riguardano il termine per la maturazione del diritto (l'autore ha diritto a ripubblicare solo dopo un anno) e lo scopo non commerciale della ripubblicazione.

La norma soffre del limite intrinseco di essere posta a livello di legge nazionale. Il suo inquadramento sul piano del diritto internazionale privato merita (in altra sede) approfondimento.

4. LA POLICY DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI ACCESSO APERTO.

Il legislatore italiano si muoveva non solo nel contesto dei modelli succintamente descritti ma anche sotto l'ombrello della *policy* dell'Unione Europea⁴³. Com'è noto, la Commissione UE ha sviluppato a partire dal 2006 un'articolata politica a favore dell'apertura applicandola ai propri programmi di ricerca (FP7 e Horizon 2020) e chiedendo agli Stati membri di attuare precise misure a favore dell'OA (*gold* e *green*) e degli *open data*. L'azione europea è culminata nella Comunicazione della Commissione « Verso un accesso migliore alle informazioni scientifiche » COM(2012) 401⁴⁴ e nella Raccomandazione della Commissione sull'accesso al-

⁴³ G. DONADIO, *Open Access, Europa e modelli contrattuali: alcune prospettive sui beni comuni*, in *Riv. critica dir. privato*, 2013, 107.

⁴⁴ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0401:FIN:IT:PDF>: « In Orizzonte 2020 tanto il modello "via verde" quanto il modello

l'informazione scientifica e sulla sua conservazione (2012/417/UE) del 17 luglio 2012⁴⁵. Le politiche europee sono state riprese in successivi documenti programmatici del MIUR (in particolare, *Horizon 2020 Italia*⁴⁶, marzo 2013) e del Ministro Carrozza (audizione davanti alle Commissioni riunite del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati sulle linee programmatiche, giugno 2013⁴⁷).

La Raccomandazione del luglio 2012 riguarda sia le pubblicazioni sia i dati.

Con riguardo alle pubblicazioni l'UE chiede agli Stati membri di:

« Definire politiche chiare per la diffusione delle pubblicazioni scientifiche prodotte nell'ambito di attività di ricerca finanziate con fondi pubblici e l'accesso aperto alle stesse. Tali politiche dovrebbero prevedere:

- obiettivi concreti e indicatori per misurare i progressi,
- piani di attuazione in cui sia indicata tra l'altro l'assegnazione delle responsabilità,
- la pianificazione finanziaria associata ».

Tra i punti più rilevanti di specificazione delle politiche si segnalano i seguenti.

« Provvedere affinché, in esito a tali politiche:

— sia assicurato un accesso aperto alle pubblicazioni prodotte nell'ambito di attività di ricerca finanziate con fondi pubblici quanto prima possibile, preferibilmente subito e comunque non più di sei mesi dopo la data di pubblicazione e di dodici mesi nel caso delle pubblicazioni nell'area delle scienze sociali e umane,

— i sistemi di concessione in licenza contribuiscano ad assicurare in maniera equilibrata un accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche prodotte nell'ambito di attività di ricerca finanziate con fondi pubblici, fatta salva la legislazione applicabile sul diritto

“via aurea” sono considerati approcci validi alla realizzazione dell'accesso aperto. A tutti i progetti sarà chiesto di depositare immediatamente in un archivio la versione elettronica delle pubblicazioni (versione finale o manoscritto referato) in un formato a lettura ottica, secondo il modello “via aurea” (accesso aperto immediato alla versione pubblicata) o il modello “via verde”. In quest'ultimo caso la Commissione permetterà un embargo di massimo sei mesi, tranne che nelle scienze sociali e nelle discipline umanistiche, per le quali il periodo massimo sale a dodici mesi (in considerazione dell'età mediana più alta delle pubblicazioni). In *Orizzonte 2020* sarà mantenuta l'ammissibilità dei costi di pubblicazione in accesso aperto nel modello “via

aurea”. La Commissione valuterà inoltre se i diritti pagati per la pubblicazione in accesso aperto possano essere rimborsati dopo la scadenza della convenzione di sovvenzione, e a quali condizioni. La Commissione incoraggia gli autori a conservare i diritti d'autore rilasciando all'editore una licenza in conformità alle norme applicabili nel rispettivo Stato membro ».

⁴⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:194:0039:0043:IT:PDF>.

⁴⁶ <https://www.researchitaly.it/uploads/50/HIT2020.pdf>.

⁴⁷ http://hubmiur.pubblica.istruzione.it/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/07d0c056-2a92-4ca9-9187-77d1107b9559/audizione_min_carrozza_060613.pdf.

d'autore e nel rispetto della stessa, e incoraggino i ricercatori a mantenere il diritto d'autore pur concedendo licenze agli editori,

— il sistema delle carriere universitarie sostenga e premi i ricercatori che aderiscono a una cultura di condivisione dei risultati delle proprie attività di ricerca, in particolare assicurando l'accesso aperto alle loro pubblicazioni nonché sviluppando, incoraggiando e utilizzando nuovi modelli alternativi di valutazione delle carriere, nuovi criteri di misurazione e nuovi indicatori »,

— sia migliorata la trasparenza, in particolare informando il pubblico in merito agli accordi conclusi tra enti pubblici o gruppi di enti pubblici ed editori per la messa a disposizione dell'informazione scientifica. A questo riguardo, dovrebbero essere inclusi gli accordi riguardanti le offerte cumulative di abbonamenti che permettono di accedere sia alla versione elettronica, sia alla versione stampata delle riviste a prezzo scontato [...] ».

5. RILIEVI A MARGINE DELLA LEGGE ITALIANA.

I commi 2, 3 e 4 dell'art. 4 della legge 7 ottobre 2013, n. 112⁴⁸ che ha convertito con modificazioni il decreto legge 8 agosto 2013, n. 91⁴⁹ « Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo » così recitano:

« 2. I soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica adottano, nella loro autonomia, le misure necessarie per la promozione dell'accesso aperto ai risultati della ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici, quando documentati in articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico che abbiano almeno due uscite annue. I predetti articoli devono includere una scheda di progetto in cui siano menzionati tutti i soggetti che hanno concorso alla realizzazione degli stessi. L'accesso aperto si realizza:

a) tramite la pubblicazione da parte dell'editore, al momento della prima pubblicazione, in modo tale che l'articolo sia accessibile a titolo gratuito dal luogo e nel momento scelti individualmente;

b) tramite la ripubblicazione senza fini di lucro in archivi elettronici istituzionali o disciplinari, secondo le stesse modalità, entro diciotto mesi dalla prima pubblicazione per le pubblicazioni delle aree disciplinari scientifico-tecnico-mediche e ventiquattro mesi per le aree disciplinari umanistiche e delle scienze sociali.

⁴⁸ [http://www.normattiva.it/uri-res/](http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2013;112)

[N2Ls?urn:nir:stato:decreto-legge:2013-08-08;91.](http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto-legge:2013-08-08;91)

⁴⁹ <http://www.normattiva.it/uri-res/>

2-bis. Le previsioni del comma 2 non si applicano quando i diritti sui risultati delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione godono di protezione ai sensi del codice di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30;

3. Al fine di ottimizzare le risorse disponibili e di facilitare il reperimento e l'uso dell'informazione culturale e scientifica, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca adottano strategie coordinate per l'unificazione delle banche dati rispettivamente gestite, quali quelle riguardanti l'anagrafe nazionale della ricerca, il deposito legale dei documenti digitali e la documentazione bibliografica.

4. Dall'attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le pubbliche amministrazioni interessate provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente ».

Si tratta di una novità assai rilevante, da accogliere positivamente.

La formulazione finale della conversione in legge non è la migliore possibile, anzi. Non lo era, a dire il vero, nemmeno la più coraggiosa versione iniziale del decreto legge⁵⁰. Ma il confine della formalizzazione legislativa del principio è oramai varcato ed è possibile solo muoversi oltre: applicando e completando il dettato della legge.

D'altra parte, il processo normativo che ha condotto al risultato attuale è stato assai travagliato. C'era da aspettarselo, visti i precedenti in altri sistemi giuridici giunti prima di noi a legiferare nella materia dell'accesso aperto.

Non è solo una parte dell'editoria (non tutta!) a guardare con diffidenza all'accesso aperto, ma è soprattutto una porzione (consistente) del mondo scientifico a essere pervicacemente attaccata al sistema tradizionale di pubblicazione.

Questo spiega perché la norma abbia visto la luce in una versione depotenziata rispetto al testo iniziale contenuto nel decreto legge.

La legge italiana costituisce un'applicazione ancora molto parziale della Raccomandazione UE e mischia elementi (invero, non i migliori) presi dai vari modelli di riferimento (soprattutto dal modello spagnolo).

Come si è anticipato all'inizio di questo scritto, la disposizione legislativa va considerata come un primo passo al quale ne devono

⁵⁰ V., per alcune osservazioni minime, R. CASO, *Verso una legge italiana sull'accesso aperto?*, in ROARS, 6

settembre 2013, <http://www.roars.it/online/verso-una-legge-italiana-sullaccesso-aperto/>.

seguire altri sia a livello legislativo sia, per quel che più conta, a livello di norme di attuazione.

La norma, come i precedenti statunitense e spagnolo, è obbligatoria e programmatica.

Obbligatoria (« adottano » significa « devono adottare ») perché vincola, pur nel rispetto dell'autonomia, i « soggetti pubblici preposti all'erogazione o alla gestione dei finanziamenti della ricerca scientifica ». Programmatica perché il vincolo attiene all'attuazione delle « misure necessarie per la promozione dell'accesso aperto ».

Sotto il profilo del campo di applicazione soggettivo, la legge si rivolge non solo ai soggetti finanziati ma altresì ai finanziatori. In particolare, il riferimento implicito è soprattutto al MIUR e alla sua attività di finanziamento della ricerca di università ed enti.

Dal punto di vista del campo di applicazione oggettivo la norma somiglia ai modelli spagnolo e tedesco nella limitazione alle ricerche finanziate « per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici » e nella specificazione della periodicità: « articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico che abbiano almeno due uscite annue ». Rispetto agli antecedenti d'oltreconfine, però, la norma italiana parla di « articoli » e non di pubblicazioni o contributi scientifici. Sebbene il riferimento al genere letterario possa apparire specifico, l'espressione « articolo » è da interpretare estensivamente. La preoccupazione del disposto legislativo è evidentemente solo quella di tener fuori dal proprio raggio di azione i libri (in particolare, quelli che hanno finalità didattiche e che drenano profitti per le case editrici).

Veniamo ora ai contenuti dell'obbligo, cioè alle misure da adottare.

Differentemente dalla norma spagnola, che è la principale fonte d'ispirazione, il legislatore italiano sceglie di indicare entrambe le vie, quella aurea e quella verde, per la « realizzazione » dell'accesso aperto.

Il legislatore pensa a promuovere l'accesso aperto senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (« le pubbliche amministrazioni interessate provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente »).

In questo modo, l'Italia si discosta dalla Raccomandazione UE che parla espressamente — anche se il punto dovrebbe essere scontato — della necessità di una pianificazione finanziaria.

Si tratta di uno dei punti più deboli dell'intervento legislativo sui quali occorrerà tornare, se ce ne sarà la volontà politica, in senso correttivo.

Di là dai risvolti finanziari, è opportuno soffermarsi sui contenuti della *policy* legislativa. La via praticata a livello sistemico da università ed enti di ricerca italiana è al momento la verde.

E d'altro canto anche i modelli normativi che si sono qui brevemente ricostruiti puntano solo sulla via verde.

Sarebbe stato forse più opportuno che la norma italiana concentrasse la sua attenzione — come nella formulazione iniziale del decreto legge — sulla *green road* prevedendo anche un programma di finanziamento per estendere e rafforzare la rete degli archivi istituzionali.

Nel dettaglio, la regolamentazione della via verde prevede la ripubblicazione dell'articolo senza scopo di lucro su archivi istituzionali o disciplinari, in modo tale che il medesimo articolo sia accessibile a titolo gratuito dal luogo e nel momento scelti individualmente entro diciotto mesi dalla prima pubblicazione per le aree disciplinari scientifico-tecnico-mediche e ventiquattro mesi per le aree disciplinari umanistiche e delle scienze sociali.

L'assenza di scopo di lucro è una specificazione ispirata dalla norma tedesca. L'identificazione dell'accesso aperto con la mera gratuità dell'accesso è un dato ricorrente nei modelli normativi passati in rassegna, ma pone il problema di come giungere a innestare sulla gratuità anche la concessione al pubblico dei diritti di riutilizzo (un pilastro della Dichiarazione di Berlino del 2003). La specificazione «dal luogo e nel momento scelti individualmente» corrisponde alla consueta formula usata dal legislatore europeo e italiano per definire le reti di telecomunicazione elettronica come Internet nell'ambito della materia del diritto d'autore (v. art. 3 direttiva 2001/29/CE e art. 16 L. 633/41 sul diritto d'autore).

Manca, nel passaggio relativo alla ripubblicazione su archivi, il chiarimento di quale sia la versione soggetta alla ripubblicazione. Nei modelli normativi passati in rassegna ci si riferisce con etichette variegata alla versione finale referata (in gergo *postprint*). La legge italiana invece tace sul punto.

I termini massimi (diciotto e ventiquattro mesi) per la ripubblicazione sono frutto evidentemente del *lobbying* di una parte dell'editoria e si pongono oltre i parametri fissati dalla Raccomandazione UE (sei e dodici mesi) nonché oltre tutti i limiti temporali rinvenibili nei modelli di riferimento.

A margine del disposto, la cui modifica legislativa sarebbe auspicabile, va però rimarcato che si tratta di termini massimi. Stante la natura programmatica della norma, i soggetti destinatari dell'obbligo di adozione delle misure necessarie possono e anzi auspicabilmente devono, per allinearsi alla Raccomandazione UE, porre termini più brevi.

Un'ultima telegrafica notazione sul comma 2-*bis*, che sancisce, sulla scia del modello spagnolo, la non applicabilità delle disposizioni precedenti (cioè il comma 2) «quando i diritti sui risultati delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione godono di protezione ai sensi del codice di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale)». Si tratta di

una norma che replica il *nonsense* del modello che l'ha ispirata. Infatti, il comma 2 restringe l'applicazione della norma « ai risultati della ricerca finanziata per una quota pari o superiore al 50 per cento con fondi pubblici, quando documentati in articoli pubblicati su periodici a carattere scientifico che abbiano almeno due uscite annue ». « Quando documentati in articoli pubblicati » è espressione che inequivocabilmente si riferisce a un momento in cui la scelta della pubblicazione è stata già effettuata. Come la norma iberica, la regolamentazione riguarda pubblicazioni rispetto alle quali l'opzione pubblicare e distruggere la novità brevettuale o mantenere riservati i risultati della ricerca per riservarsi la possibilità di brevettare è stata sciolta nel senso della pubblicazione.

6. CONCLUSIONI.

Una *policy* sull'accesso aperto alle pubblicazioni scientifiche che voglia dirsi efficace deve puntare a correggere i due difetti sistemici che alimentano il potere oligopolistico e verticistico del sistema editoriale convenzionale:

a) l'eccessiva restrizione all'uso della conoscenza scientifica che deriva dalla legge sul diritto d'autore e dalla sua applicazione mediante licenze fortemente restrittive;

b) l'inadeguatezza delle regole di valutazione che irrigidiscono i meccanismi di *peer review* e di classificazione della qualità delle pubblicazioni e non valorizzano la cultura dell'apertura⁵¹.

Il principio dell'accesso aperto non poggia solo su solide e nobili ragioni etiche nonché su basi costituzionali quali la promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica, ma anche sulla propria capacità d'innescare processi virtuosi di mercato. Ciò spiega come l'OA non sia affatto un sistema contro l'editoria commerciale, ma sia invece l'unico grimaldello in grado di sradicare oligopoli basati su modelli di *business* obsoleti o che tendono a snaturare le immense potenzialità delle tecnologie digitali. L'apertura del mercato e la crescita della concorrenza dischiudono molteplici possibilità a imprese che vogliano cimentarsi con servizi innovativi — come gli archivi disciplinari, i motori di ricerca e i *social network* — nel campo della comunicazione scientifica.

Il sistema attuale comprime l'autonomia dell'autore e la sua libertà scientifico-accademica. I meccanismi valutativi dominanti

⁵¹ Sulla rigidità delle regole di valutazione in campo giuridico v. R. CASO, G. PASCUZZI, *Valutazione dei prodotti scientifici nell'area giuridica e ruolo delle tecnologie digitali*, in *Rivista di diritto civile*,

nr. 6/2011, e in *Trento LawTech Research Group Reserch Paper Series*, nr. 7, 2011, disponibile su *Unitn eprints Research*: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002209/>.

non consentono all'autore di scegliere in condizioni di reale libertà la sede editoriale preferita.

L'accesso aperto mira a ribaltare il quadro appena descritto restituendo all'autore la possibilità di pubblicare e ripubblicare in più sedi editoriali e luoghi digitali (archivi istituzionali e disciplinari) la propria opera e dunque estendendo la sua libertà scientifica.

L'attuazione dell'accesso aperto passa attraverso un processo sistemico e una regolamentazione multilivello in cui tutti hanno responsabilità: legislatore, governo, finanziatori, soggetti finanziati e autori.

Senza investimenti economici e organizzativi, senza lo sviluppo di una cultura dell'apertura della conoscenza scientifica (che richiede innanzitutto impegno sul piano della divulgazione e della formazione), e senza regolamentazioni di dettaglio, il cammino dell'accesso aperto rischia di arrestarsi o di rallentare sempre più.

In Italia non si parte da zero, soprattutto nel mondo universitario.

Molte università italiane hanno aderito, con la Dichiarazione di Messina del 4 novembre 2004 « Gli Atenei italiani per l'Open Access: verso l'accesso aperto alla letteratura scientifica »⁵², alla Dichiarazione di Berlino del 2003.

La CRUI, attraverso il Gruppo Open Access⁵³ della Commissione biblioteche, ha emanato una serie di linee guida e raccomandazioni.

Un elevato numero di atenei si è dotato di archivi istituzionali rispondenti allo standard OAI-PMH.

La raccomandazione della CRUI⁵⁴ a inserire il principio dell'accesso aperto nei nuovi statuti emanati a seguito della riforma dell'università è stata accolta da numerosi atenei. Alcuni di questi (Firenze⁵⁵, Torino⁵⁶, Trieste⁵⁷) hanno già elaborato *policy* istituzionali in materia.

La CRUI e i molti enti di ricerca italiani hanno firmato un *position statement*⁵⁸ promosso dal progetto MedOAnet⁵⁹ che impegna allo sviluppo e all'attuazione dell'accesso aperto.

Quali sarebbero i più urgenti passi da muovere? Si può provare a immaginarli nella direzione della via verde:

a) dotare la legge italiana sul diritto d'autore di un diritto inderogabile di ripubblicazione svincolato — a differenza dal modello

⁵² <http://eprints-phd.biblio.unitn.it/help/MessinaIT.pdf>.

⁵³ <http://www.crui.it/HomePage.aspx?ref=1167>.

⁵⁴ <http://240inpratica.net/accesso-aperto-e-statuti-universitari/>

⁵⁵ http://www.unifi.it/notiziario/upload/sub/2012_2/policy_open_access.pdf.

⁵⁶ <http://www.unito.it/unitoWAR/>

[ShowBinary/FSRepo/Area_Portale_Pubblico/Documents/R/regolamento_accesso_aperto.pdf](#).

⁵⁷ https://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/8791/1/Units_policy_OAI.pdf.

⁵⁸ <http://www.cnr.it/sitocnr/Iservizi/Biblioteche/PositionAccessoAperto.html>.

⁵⁹ <http://www.medoanet.eu/>.

tedesco — dal presupposto della natura pubblica del finanziamento alla ricerca⁶⁰;

b) inserire l'accesso aperto nel processo di anagrafe e valutazione della ricerca;

c) porre nei bandi ministeriali di finanziamento l'obbligo di pubblicazione in accesso aperto in archivi istituzionali;

d) regolamentare a livello di istituzione finanziata gli obblighi di deposito e pubblicazione sugli archivi OA rendendoli compatibili con il diritto d'autore;

e) attuare la Raccomandazione UE con riferimento allo sviluppo e incoraggiamento di riconoscimenti in termini di carriera ai ricercatori che sposano la cultura della scienza aperta nonché di nuovi indicatori e criteri che valorizzino le caratteristiche delle pubblicazioni in accesso aperto;

f) elaborare una politica di apertura dei dati scientifici.

Si tratta di avere la volontà politica di metter mano alle norme formali, non dimenticando però che il definitivo successo dell'OA passa attraverso un mutamento radicale della comunità scientifica e accademica, un mutamento che è prima di tutto etico e investe le norme informali che governano la ricerca. Insomma, un deciso cambio di rotta: quello che reclamava il giovane, visionario e coraggioso, Aaron Swartz.

Abstract

The aim of this paper is to offer a first overview of the new Italian law on Open Access (OA) to scientific articles (art. 4 l. 112/20013). The analysis centers around some comparative remarks and policy considerations. The main argument is that formal law can be an outstanding instrument to implement the OA principle. However, the ultimate success of OA depends on a radical change of the norms of science, as well as on economic, organizational and educational investments.

⁶⁰ L'accesso aperto, come si è già rilevato, si giustifica a prescindere dalla natura pubblica del finanziamento alla ricerca. Il

diritto di ripubblicazione è strumentale alla realizzazione dell'accesso aperto mediante via verde e accresce la libertà scientifica.