

Il diritto d'autore dell'era digitale

La creatività umana ha bisogno di tecnologie per potersi esprimere: la musica, ad esempio, è frutto di strumenti (che spaziano dal tamburo africano ai sintetizzatori) inventati dall'uomo per dar voce agli impulsi emozionali e ai moti dell'animo. Il presente capitolo è dedicato alla verifica dell'incidenza delle tecnologie digitali sul paradigma tradizionale di tutela delle opere dell'ingegno¹.

Molto più di quanto avviene in altri settori del diritto, la disciplina delle opere dell'ingegno è legata a filo doppio all'evoluzione tecnologica. Se la creatività intellettuale ha caratterizzato la storia dell'uomo dal momento della sua comparsa sul nostro pianeta (è sufficiente richiamare le rappresentazioni pittografiche dell'uomo preistorico di Cro-Magnon ovvero le vicende epiche tramandate oralmente nelle società senza scrittura), è fuori discussione che l'embrione di una tutela giuridica del diritto d'autore prende corpo in corrispondenza di una svolta epocale: l'invenzione della stampa a caratteri mobili. Le ragioni che propiziano le prime regole sono essenzialmente economiche. Prima dell'invenzione della stampa è difficile creare un mercato su larga scala di libri: i costi (e i tempi) della copia a mano sono elevatissimi. Con l'avvento delle presse tipografiche il costo della copia si abbatte drasticamente².

¹ Il presente capitolo è stato scritto con Roberto Caso.

² Scrive Izzo [2010, 12]: «Il diritto d'autore è un diritto che appartiene all'evo moderno. Perché è l'irriproducibilità tecnica dello scritto a impedire che la creatività autoriale, ancor prima

Gli antecedenti storici delle moderne legislazioni in materia di tutela delle opere dell'ingegno sono rappresentati dai privilegi concessi dai sovrani agli stampatori, ovvero ai soggetti che potevano disporre della tecnologia idonea a rappresentare e a riprodurre (in un corpo meccanico) il frutto della elaborazione intellettuale. Allora l'autore in quanto tale era ancora sullo sfondo della vicenda. Il rapporto vedeva protagonisti il titolare del potere e il detentore di una tecnologia idonea a diffondere senza controllo idee in potenza eversive. Di qui un patto che contrapponeva al monopolio riconosciuto agli stampatori la funzione di controllo dagli stessi esercitata sul materiale pubblicato³. Sia i modelli di business (il commercio di copie dei libri) sia la tutela del privilegio (la distruzione delle stamperie e delle copie non autorizzate) si basavano sulla materialità dell'attività tipografica.

Nel corso del tempo la tutela del diritto d'autore è stata più correttamente inquadrata in ragione dell'opportunità di contemperare l'interesse del pubblico ad accedere alle opere creative con la necessità di apprestare incentivi alla produzione delle stesse assicurando all'autore il diritto di esclusiva sullo sfruttamento economico della propria opera⁴. E sempre l'evoluzione del *copyright* è stata determinata da innovazioni tecnologiche, ovvero dalle sollecitazioni che queste ultime hanno indotto sul mercato delle opere dell'ingegno: si pensi all'invenzione della macchina fotografica, del grammofo e dei dischi, del cinematografo, della radio e della televisione.

Le odierne discipline sul diritto d'autore riconoscono al creatore dell'opera un pacchetto di prerogative che spaziano dal diritto di rivendicare la paternità dell'opera opponendosi anche a mutilazioni e/o deformazioni della stessa (c.d. diritto morale d'autore) ai diritti di sfruttamento economico dell'opera quali i diritti di pubblicazione, riproduzione, trascrizione,

di diventare oggetto delle prime, specifiche, forma di tutela giuridica, possa essere percepita quale valore economico».

³ Oltre ad esercitare la censura, il titolare del potere subordinava la concessione del privilegio al pagamento di una tassa [cfr., per tutti, *ibidem*, 16].

⁴ Il paradigma richiamato nel testo è efficacemente canonizzato dalla Costituzione federale statunitense, che alla sezione VIII dell'art. 1 recita: «Il Congresso avrà facoltà [...] di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, garantendo per periodi limitati agli autori e agli inventori il diritto esclusivo sui loro scritti e sulle loro scoperte».

esecuzione, diffusione, distribuzione, traduzione, e così via (c.d. diritto patrimoniale d'autore)⁵.

Quando quelle regole sono state concepite, lo stato della tecnologia era tale per cui la riproduzione di una determinata opera richiedeva un vero e proprio processo industriale attivabile solo con un cospicuo impiego di risorse. Si pensi alle imprese editoriali e alle industrie discografiche che sole potevano tecnicamente assicurare la creazione prima e la distribuzione dopo dei supporti materiali contenenti l'opera (nell'esempio: libri e dischi).

Fino a quando gli esemplari erano copiabili con difficoltà, la loro copia era qualitativamente di molto inferiore all'originale e l'attività di contraffazione esitava in un'attività materiale contrastabile con efficaci rimedi inibitori, le regole sopra ricordate hanno assolto il compito alle stesse assegnato. Ma il sistema ha cominciato a scricchiolare nel momento in cui hanno fatto la loro comparsa strumenti che consentono di riprodurre con facilità le opere protette: fotocopiatrici, registratori, videoregistratori. Utilizzando tali apparecchiature (il cui costo è andato diminuendo in ragione della maggiore diffusione) ciascuno ha potuto realizzare con facilità – e nella privacy domestica – copie di libri, dischi, videocassette, con rese qualitative crescenti mano a mano che i mezzi divenivano più sofisticati. Inutile dire che il mutato scenario tecnologico lanciava vere e proprie sfide alle leggi sul *copyright* e, più in concreto, alla possibilità di assicurare il loro *enforcement*. Conviene qui ricordare, come esempio, la controversia che agli inizi degli anni '80 del secolo scorso vide contrapposta, oltre Atlantico, una famosa casa di *Studios* cinematografici a una fabbrica di videoregistratori⁶. Oggetto del contendere

⁵ Per l'esperienza italiana cfr. gli artt. 12 ss., legge 22 aprile 1941, n. 633. Nelle due grandi famiglie di *common law* e *civil law*, la privativa sulle opere dell'ingegno ha assunto caratteri differenti. Per una comparazione tra *copyright* e diritto d'autore, cfr. Strowel [1993]. Per una storia in chiave economica del diritto d'autore unitamente agli altri sistemi di privativa cfr. David [1998]. Per quel che riguarda l'esperienza statunitense, i diritti esclusivi del titolare del *copyright* sono elencati nella *section 106 del title 17* dell'USC che contiene il *Copyright Act* del 1976 e successive modifiche. Tra essi figurano: il diritto di riproduzione; il diritto di creare opere derivate; il diritto di distribuire l'opera; il diritto di eseguire l'opera; il diritto di rappresentare l'opera pubblicamente, e così via. Sulla comparazione tra *copyright* e diritto d'autore, cfr. anche Pascuzzi e Caso [2002].

⁶ La causa era intercorsa tra Universal City Studios Inc. e Sony Corp. of America e venne decisa in appello, il 19 ottobre 1981, in senso favorevole alla casa cinematografica. La sentenza è riprodotta in «Foro it.», 1984, IV, c. 22, con nota di Pascuzzi [1984a]. La Corte federale per il Nono circuito ritenne costituire violazione del *copyright* la riproduzione di emissioni televisive di opere protette dal diritto d'autore, effettuata da possessori di videoregistratori nelle proprie case per uso privato e

era la liceità della riproduzione di emissioni televisive di opere protette dal diritto d'autore, effettuata da possessori di videoregistratori nelle proprie case per uso privato e non commerciale⁷. La casa cinematografica non mirava certo a colpire il singolo consumatore che poneva in essere la riproduzione domestica. L'obiettivo dell'azione era compulsare il sistema allo scopo di verificare l'esistenza di una forma di tutela in presenza di una realtà tecnologica che consentendo a chiunque (nell'intimità della propria casa e quindi senza il rischio neanche potenziale di essere scoperto) di copiare opere protette a costi contenuti, di fatto rendeva impossibile assicurare ai titolari dei diritti sulle opere la riscossione dei proventi relativi. Non a caso gli *Studios* chiesero ai giudici di dichiarare illegale la fabbricazione e la vendita dei videoregistratori, ovvero degli strumenti che consentivano ai consumatori di effettuare la copia domestica⁸. Ma, fortunatamente, la strada scelta per tutelare i diritti d'autore non è stata quella di fermare il progresso⁹.

L'avvento di musicassette e videoregistratori ha rappresentato solo un

non commerciale escludendo che detta attività potesse considerarsi come utilizzazione libera ai sensi della dottrina del *fair use*. La dottrina del *fair use* (enunciata per la prima volta da *Justice Story* in un caso del 1841: *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (CCD Mass. 1841)) è canonizzata dalla *section 107* del *Copyright Act*. Essa esclude la ricorrenza di una violazione del *copyright* in presenza di usi particolari dell'opera protetta. Al fine di verificare se un determinato uso costituisca *fair use* le corti devono prendere in considerazione, tra l'altro, quattro fattori: 1) il fine e il carattere dell'uso, con riguardo anche al fatto se tale uso è di natura commerciale o è per fini di natura educativa non lucrativa; 2) la natura dell'opera protetta; 3) la quantità e l'importanza della parte usata in relazione all'opera protetta nel suo insieme; 4) l'effetto dell'uso sul mercato potenziale dell'opera protetta o sul suo valore.

⁷ Cfr. ora l'art. 5, par. 2, lett. b, direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

⁸ I giudici d'appello considerarono responsabili per concorso nella violazione anche il fabbricante e il distributore del videoregistratore (nella specie: il Sony Betamax) nonché l'agenzia che lo pubblicizzava. Sul punto, di avviso opposto è stata la Corte suprema degli Stati Uniti che si pronunciò sulla controversia il 17 gennaio 1984, con sentenza riprodotta in «Foro it.», 1984, IV, c. 351 con nota di Pascuzzi [1984b].

⁹ La Corte suprema degli Stati Uniti giunse alla conclusione che la violazione per concorso (*contributory infringement*) va esclusa quando una tecnologia è suscettibile di usi commercialmente significativi sostanzialmente leciti (cioè non in violazione del *copyright*). Nelle parole della Corte: «[p]er risolvere la questione non è necessario esplorare tutti i potenziali [!] usi della macchina e determinare se essi possano o no costituire una trasgressione. Piuttosto bisogna solo considerare se sulla base dei fatti accertati dalla Corte distrettuale un numero significativo di detti usi possa essere non illegale. Inoltre al fine di risolvere questo caso non è necessario dare una precisa quantificazione dell'ammontare dell'uso commercialmente significativo, perché un uso potenziale del Betamax chiaramente soddisfa questo modello, comunque lo si intenda: il *time-shifting* (TS) domestico per uso privato» (*Sony Corp. of America vs. Universal City Studios, Inc.*, cit., 358).

assaggio delle minacce che le nuove tecnologie possono costituire per i tradizionali modelli di tutela del diritto d'autore.

La sfida più eclatante viene dalla rivoluzione informatica e telematica [Lessig 2006b; Lemley, Menell e Merges 2006; Lessig 2005; Pascuzzi e Caso 2002]. Tale sfida, infatti, non è paragonabile ad altri salti tecnologici del recente passato. Il suo impatto sul mondo giuridico connesso alle dinamiche della creatività è invece paragonabile all'invenzione della stampa a caratteri mobili. Non un semplice progresso, ma appunto una rivoluzione tecnologica.

Come si vedrà nelle pagine che seguono, le tecnologie digitali da una parte minacciano gli interessi consolidati, dall'altra forniscono a questi ultimi nuovi e potenti strumenti di tutela. Tali tecnologie non si limitano ad indurre cambiamenti nelle regole di dettaglio, ma scuotono alle fondamenta le fonti, le categorie e le tecniche di tutela dei diritti d'autore.

1. TECNOLOGIE DIGITALI: CARATTERISTICHE NOTEVOLI E SFIDA AI MODELLI TRADIZIONALI DI TUTELA DELLE OPERE DELL'INGEGNO

Definendo la locuzione «era digitale» in apertura del presente lavoro si è sottolineato che la stessa identifica almeno tre fenomeni concreti: la possibilità di rappresentare testi letterari, suoni, immagini in file di codice binario; la possibilità di elaborare quei file; la possibilità di trasmettere detti file in frazioni di secondo da un capo all'altro del globo grazie alla rete Internet.

Un esempio lampante di quanto appena detto si ha ponendo mente a quanto avvenuto nel passaggio dal suono analogico al suono digitale.

L'ascolto di opere musicali assicurato da supporti come il disco in vinile (ad esempio i vecchi 33 giri) fa assegnamento sul c.d. «suono analogico». Quest'ultimo viene registrato trasferendo energia elettrica in un determinato supporto (magnetico: nell'ipotesi delle musicassette; ovvero in vinile: nel caso dei dischi). Ad esempio, in una cassetta l'elettromagnete nella testina di registrazione fluttua in modo corrispondente alla quantità di corrente che lo attraversa. Mentre il nastro scorre sotto la testina di registrazione tali fluttuazioni vengono registrate sul nastro. Quando il suono viene riprodotto, la

testina di lettura legge i segnali magnetici del nastro e produce un segnale elettrico analogo a quello del suono originale.

La fruizione delle opere musicali è oggi assicurata sempre di più dal suono digitale [Pascuzzi 1998]. Il suono digitale viene registrato tramite una procedura chiamata campionamento. Quest'ultimo converte l'energia elettrica di un normale segnale audio analogico in un codice binario, ovvero nei bit che costituiscono il file audio digitale¹⁰. I compact disc audio rappresentano l'esempio più significativo dell'impiego della tecnologia audio digitale¹¹.

Nell'era digitale le opere musicali: sono rappresentate in file di codice binario (sequenze di 0 e 1)¹²; sono elaborabili con la stessa facilità con la quale elaboriamo un file in un normale programma di videoscrittura (cfr. le considerazioni che verranno svolte sulla pratica denominata *sampling*)¹³; sono trasferibili in rete in frazioni di secondo (cfr. quanto si dirà a proposito dei file MP3, sigla che sta per MPEG *Layer format 3*).

Quanto detto per le opere musicali è valido, *mutatis mutandis*, anche per le altre opere dell'ingegno¹⁴.

¹⁰ I file audio sono riconoscibili per la loro estensione. In ambiente Windows, ad esempio, un formato audio molto diffuso ha l'estensione .wav. L'hardware coinvolto in via principale nel campionamento è un convertitore da analogico a digitale (convertitore A-D), che campiona il segnale audio. Il campione crea un grafico della forma d'onda di un suono prodotta dalla vibrazione del suono e dalle sue armoniche. Tale descrizione matematica di un suono viene registrata in un supporto (ad esempio *hard disk*). Quando si vuole riprodurre il suono, i dati del computer transitano in un convertitore da digitale ad analogico (convertitore D-A), che ritrasforma il codice digitale in un segnale analogico.

¹¹ La musica riprodotta usando detti supporti utilizza il campionamento per convertire i segnali analogici in segnali digitali. La qualità di una registrazione digitale dipende dalla frequenza di campionamento (che indica quante volte al secondo viene analizzata la forma d'onda) e dalla risoluzione di campionamento (che indica l'accuratezza di detta analisi).

¹² I cd audio contengono dei file e difatti possono essere ascoltati su un computer munito di lettore di cd-rom (e scheda audio).

¹³ L'informatica rende possibile comporre nuovi pezzi musicali trattando i file audio con le stesse modalità con le quali un *word processor* può elaborare un file di testo. Si possono tagliare e incollare parti del file così da mutare la successione delle note. Si può alterare il ritmo. Si possono introdurre suoni che mancavano nella sequenza originale. Si possono fondere pezzi diversi. Si può chiedere al software di costruire un pezzo unendo frammenti di un altro brano ad intervalli regolari (ad esempio un nuovo file che riproduca sistematicamente due secondi ogni cinque di un file preesistente). Un frammento di pochi secondi di un vecchio brano può essere elettronicamente ripetuto all'infinito (*looped*) per creare la base di una nuova canzone. Una sequenza di suono può essere eseguita al contrario.

¹⁴ Il computer ha comportato, da una parte, la digitalizzazione delle opere tradizionali (libri, fotografie, ecc.) e, dall'altra, il conferimento – a volte assai controverso – della qualificazione di opere dell'ingegno a nuovi beni come il software, le banche dati e le opere multimediali (cfr. *infra*).

La sfida che l'era digitale porta ai modelli tradizionali di tutela del diritto d'autore si sostanzia almeno in cinque aspetti:

1) l'estrema facilità di riproduzione delle opere. Se prima per riprodurre un'opera protetta era necessario investire in macchinari costosi (apparecchiaggio di fatto delle sole imprese industriali), oggi un numero praticamente illimitato di copie di opere protette può essere realizzato con attrezzature di larghissima diffusione e di costo contenuto (gli economisti esprimono questo concetto dicendo che le tecnologie digitali comprimono il costo marginale di riproduzione spingendolo a livelli prossimi allo zero);

2) l'impossibilità di distinguere la copia dall'originale sul piano qualitativo. Tanto più si fotocopie la fotocopia di un'originale (o si registra da una precedente registrazione) tanto più la copia successiva risulta di qualità scadente rispetto alla precedente (e, a maggior ragione, rispetto all'originale). La duplicazione di un file digitale (di testo, di suono, ecc.) non comporta alcuno scadimento qualitativo tra file originale e file copiato: è sempre la stessa sequenza di bit¹⁵;

3) la dematerializzazione della copia digitale (il file-sequenza di bit) [Caso 2008a]. Questo tipo di copia si presenta radicalmente diversa dalla copia del supporto tangibile che ha caratterizzato il mercato di libri e dischi. I supporti tangibili sono beni – per dirla con gli economisti – scarsi e rivali. Per produrre una copia cartacea di un libro occorre la carta e la carta non è una risorsa infinita. Inoltre, se possiedo una copia di un libro quella stessa copia non può essere posseduta da altri. I file digitali, essendo infinitamente riproducibili a costi prossimi allo zero, sono – di fatto – beni non scarsi e non rivali. Ancora, nella dimensione digitale si producono continuamente copie di file. Molte di queste sono effimere. Per alcune tipologie, anche ripetute, di fruizione di un determinato prodotto intellettuale non vi è necessariamente bisogno di «possedere» una copia del file che lo contiene, ma è

¹⁵ Questa non è una delle differenze più significative tra vecchie e nuove modalità di registrazione. Con il suono analogico ogni generazione successiva di copie comporta una considerevole perdita di qualità del suono. Ad esempio, se si copia su musicassetta il contenuto di un cd digitale, la qualità della copia sarà inferiore rispetto all'originale. E tale qualità peggiorerà ulteriormente se la musicassetta sarà a sua volta duplicata; e così via. Con la registrazione digitale, invece, non si verifica alcuno scadimento di qualità nella copia, indipendentemente dal numero di duplicazioni che vengono poste in essere. La copia digitale permette di realizzare migliaia di copie (e di copie di copie) di un singolo originale con una qualità praticamente immutata.

sufficiente un accesso al file via Internet e una copia effimera (temporanea) sul proprio computer. Si pensi all'ascolto di una musica o alla visione di un film in *streaming*;

4) la facilità di distribuzione delle opere. Gli utenti di Internet possono facilmente scambiarsi file contenenti opere dell'ingegno quali libri, canzoni e film;

5) il potere di apertura o chiusura dell'informazione [*ibidem*]. Da una parte, si può chiudere l'informazione (ad esempio, si può tenere segreto il codice sorgente di un software o crittografare un file audio) rendendola comprensibile solo alle macchine, o meglio rendendola accessibile e fruibile (dall'uomo) secondo modalità e con programmi o apparecchi predeterminati¹⁶. Dall'altra, è possibile aprire l'informazione veicolandola in una lingua unica compresa dal computer (il codice binario) e in un formato detto appunto aperto (codice sorgente aperto), cioè modificabile dall'uomo (l'esperto informatico) che conosce i linguaggi di programmazione.

Le leggi sul diritto d'autore sono ancora lì a riconoscere diritti esclusivi ai creatori delle opere dell'ingegno. Ma tali diritti di esclusiva e la loro coercibilità attraverso il sistema delle corti statali perdono di importanza. Nuove minacce e nuovi strumenti di tutela si delineano all'orizzonte.

Nelle pagine che seguono si cercherà di illustrare i cambiamenti che l'era digitale sta introducendo nelle dinamiche del mercato e nel regime giuridico della creatività.

Per «opera dell'ingegno» si può intendere in senso generale «ogni risultato raggiunto mediante il prevalente impiego delle facoltà della mente umana, ogni frutto di attività psichica, che vi prevalga la psicologia della conoscenza ovvero quella del sentimento» [Greco e Vercellone 1974, 35]; che appartenga cioè al campo dell'«utile», con contenuti informativi e/o didattici (invenzioni, scienza, tecnologia), o al campo del «bello» con contenuti essenzialmente di fantasia (creazioni artistiche e letterarie).

Secondo le tendenze prevalenti nella dottrina, una produzione intellet-

¹⁶ Si può, ad esempio, confezionare un software per la lettura di file musicali in modo che sia compatibile solo con un determinato hardware (tale risultato si ottiene mantenendo segreto il codice sorgente delle interfacce, cioè di quei moduli che servono appunto a far comunicare fra loro formati, programmi e macchine). Si può fare in modo che un file musicale sia accessibile solo da parte di chi dispone della chiave d'accesso (ad esempio, un login ed una password).

tuale si qualifica come «opera dell'ingegno» se suoi elementi costitutivi sono «creatività», «originalità», «novità», senza tuttavia che tali elementi risultino fra loro nettamente distinti.

L'era digitale comporta una ridefinizione degli elementi che caratterizzano l'opera dell'ingegno¹⁷.

1.1. L'evoluzione del concetto di opera

Grazie alle tecnologie informatiche nuove tipologie di opere possono essere concepite. L'esempio più significativo (insieme alle banche dati su cui si tornerà più avanti) e più problematico è rappresentato dal software [Bregante 2003]. La legge 633/1941 sul diritto d'autore nella sua formulazione originaria non menzionava il software tra le opere dell'ingegno proteggibili. Fenomeni come il plagio, la pirateria informatica e altri episodi di criminalità informatica hanno reso urgente l'introduzione di una qualche forma di protezione, in assenza della quale sarebbe stato compromesso lo sviluppo del settore. Così agli inizi degli anni '90 una direttiva comunitaria (attuata in Italia con d.lgs. 518/1992) ha posto fine, ponendosi nel solco della legge statunitense del 1980¹⁸, ad un travagliato percorso giurisprudenziale e dottrinale, e ha accordato protezione da diritto d'autore ai programmi per elaboratore¹⁹. Attualmente gli stessi sono tutelati come opere letterarie ai

¹⁷ Il considerando n. 5 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione recita: «Lo sviluppo tecnologico ha moltiplicato e diversificato i vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento. Anche se non sono necessari nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale, si dovrebbe adattare e integrare le normative attuali sul diritto d'autore e sui diritti connessi per rispondere adeguatamente alle realtà economiche, quali le nuove forme di sfruttamento».

¹⁸ Pub. L. No. 96-517, 94 Stat. 3015 (1980).

¹⁹ Direttiva 14 maggio 1991, n. 250, del Consiglio relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore; legge 19 dicembre 1992, n. 489, disposizioni in materia di attuazione di direttive comunitarie relative al mercato interno, art. 7; d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518; attuazione della direttiva 1991/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore; d.p.c.m. 3 gennaio 1994, n. 244, regolamento concernente il registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore. La direttiva 1991/250 è stata abrogata e codificata ai fini di razionalità e chiarezza dalla direttiva 2009/24/CE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore. Cfr. anche l'art. 10, par. 1, dell'Accordo internazionale *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) stipulato a Marrakech il 15 aprile 1994 in ambito World trade organization (WTO), il quale così

sensi della Convenzione di Berna sulle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399 (cfr. art. 1, comma 2, legge 633/1941)²⁰. Occorre precisare che la collocazione dei programmi per elaboratore nel ventaglio delle opere protette dal diritto d'autore costituisce una scelta politico-giuridica effettuata in un contesto normativo che stenta a metter mano ad un ripensamento complessivo della proprietà intellettuale intesa nella sua accezione allargata comprensiva di tutte le forme di privativa (diritto d'autore, brevetto per invenzione, marchio, ecc.)²¹. Di fronte a prodotti ibridi come il software – non si dimentichi che il programma per computer costituisce nella sua essenza una macchina espressa in un codice – il diritto tradisce la propria difficoltà a ricalibrare le sue categorie ordinanti e le norme che alle stesse si riconnettono. Prova ne sia il fatto che il software – di là dal suo inquadramento nel diritto d'autore – è oggetto di brevetto per invenzione sia negli Stati Uniti sia in Europa²². Quest'ultimo dato sorprende ancora di più in terra europea, dove – a dispetto di un'indicazione normativa chiaramente sfavorevole alla brevettazione dei programmi per elaboratore²³ – lo European Patent Office

recita: «I programmi per elaboratore, in codice sorgente o in codice oggetto, sono protetti come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna (1971)».

²⁰ Restano però esclusi dalla protezione accordata le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine «programma» comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso (cfr. art. 2, comma 1, n. 8, legge 633/1941). Secondo Trib. Bari, 14 marzo 2007, in «Dir. Internet», 2007, 447, l'autore del software conserva la titolarità dei codici sorgenti: per cui, in mancanza di una cessione dei diritti di utilizzazione esclusiva egli può riutilizzarli per creare altri programmi simili semplicemente variando le procedure di sviluppo degli stessi.

²¹ Secondo Cass., sez. I, 12 gennaio 2007, n. 581, in «Foro it.», 2007, I, 3167, il software è tutelato, al pari delle altre opere dell'ingegno, solo se originale, in quanto frutto di elaborazione creativa rispetto a programmi precedenti, che si riscontra anche quando lo stesso sia composto da idee e nozioni semplici, rientranti nel patrimonio intellettuale degli esperti del settore, sempre che siano formulate ed organizzate in modo autonomo e personale. Per una fattispecie specifica si veda Trib. Milano, 2 agosto 2006, in «Annali it. dir. autore», 2007, 931, che ha escluso la tutelabilità di un software per la preparazione alla prova tecnica dell'esame per il conseguimento della patente di guida in mancanza di scelte di rilievo tale da consentire l'individuazione di uno specifico, sia pur minimo, apporto dell'autore che valga ad evidenziarne un apprezzabile connotato di originalità rappresentativa e di personalità del tratto. Trib. Bologna, 17 gennaio 2006, in «Dir. Internet», 2006, 363, ha chiarito che in un procedimento cautelare per contraffazione di software, compete al ricorrente l'onere di provare che il programma per elaboratore è in possesso dei requisiti richiesti ai fini della tutela d'autore e l'identità del software che si assume realizzato attraverso contraffazione.

²² Un quadro di sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale statunitense si trova in Lemley e colleghi [2003, 149 ss.]

²³ Il riferimento è all'art. 52, paragrafo 2, lett. c, della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo del ottobre 1973 il quale così recita: «Non sono considerate invenzioni ai sensi del paragrafo

procede, di fatto e sia pure sul riscontro di alcuni presupposti, al riconoscimento di brevetti sul software²⁴. Sulla scia di questa prassi la Commissione europea ha presentato nel 2002 una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici²⁵. Travolta dalle polemiche che rimproveravano alla Commissione un atteggiamento eccessivamente favorevole al rafforzamento del controllo esclusivo del software, la proposta è caduta [Marchetti e Ubertaini 2007, 385].

L'opera può mutare e accrescersi in tempo reale: per ciò stesso diventa instabile. È il caso degli ipertesti e delle pagine web che ne rappresentano l'esempio più significativo [Pascuzzi 1997]. Si può pensare agli ipertesti come ad un insieme di unità documentali tra le quali esistono numerose connessioni. L'ipertesto è una rete di testi (ma anche di suoni, immagini, filmati) collegati tra loro come in una ragnatela²⁶. La sua consultazione avviene seguendo quei legami e, quindi, saltando da un punto all'altro della rete. Le unità documentali assumono la denominazione di «nodi». Le connessioni vengono usualmente definite *links*²⁷.

L'opera è suscettibile di divenire più articolata e complessa grazie a tecniche di assemblaggio di opere diverse. Il prototipo di tale modello è rappresentato dalle opere multimediali, risultato della combinazione di dati ed opere di forma differente, quali figure (statiche o animate), testo, musica, software [Di Cocco 2005]. Le tre caratteristiche strutturali dell'opera multimediale sono: 1) il formato digitale; 2) la multimedialità; 3) l'interattività (grazie a un software di gestione)²⁸.

2 in particolare: [...] i programmi di ordinatori». In Italia si veda l'art. 45, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, codice della proprietà industriale il quale esclude la brevettabilità dei programmi di elaboratore considerati in quanto tali.

²⁴ Cfr., ad esempio, Ufficio brevetti europeo, 1° luglio 1998, n. 1173/97, in «Foro it.», 2000, IV, 187.

²⁵ Bruxelles, 20 febbraio 2002 COM (2002) 92 Final – 2002/0047 (COD).

²⁶ Non a caso, del resto, alla figura della tela del ragno si richiama il World Wide Web, ossia il più diffuso strumento di navigazione in Internet che utilizza un approccio ipertestuale.

²⁷ I *links* possono essere visualizzati in vari modi. Ad esempio, un nodo può contenere un pulsante, con un'etichetta, che una volta «schiacciato» (con il mouse), fa sì che la macchina ponga in essere l'azione descritta sull'etichetta stessa. La tecnica più diffusa è quella di usare le c.d. *hot words*. Alcune parole del testo (segnale visivo) vengono marcate (ad esempio sono colorate in maniera diversa) in modo da reagire se vengono cliccate con il mouse (o, nei sistemi a ciò abilitati, se vengono toccate sullo schermo), facendo comparire a video un diverso documento collegato a quella parola.

²⁸ In ragione delle sue caratteristiche l'opera multimediale potrebbe essere di volta in volta

1.2. L'evoluzione del concetto di autore

Nello stereotipo classico l'attività creativa era frutto del lavoro del singolo. L'utilizzo di tecnologie informatiche nell'attività creativa vede sempre più spesso protagonisti team o comunità di soggetti. Si pensi alle comunità che sviluppano il software *open source* di cui si dirà tra breve. Oppure si pensi ad un prodotto multimediale che vede coinvolti: il produttore, l'esperto del contenuto, il progettista multimediale, il grafico, l'informatico e l'implementatore.

Le potenzialità creative (cfr. *infra*) sono accresciute dalle stesse macchine. Ad esempio nelle enciclopedie multimediali, gran parte del «valore aggiunto» è rappresentato dai software di navigazione e di *information retrieval* che permettono di enucleare e mettere insieme i dati in ragione degli specifici interessi dell'utente.

In taluni casi le nuove tecnologie ridefiniscono il rapporto fra autore dell'opera e fruitore della stessa. L'ipertesto ridisegna il ruolo del lettore. La fisicità del libro cartaceo definisce in modo inequivoco un inizio e una fine. Il nuovo genere letterario non ha punti di avvio o di arrivo prestabiliti. Nel libro è esclusivamente l'autore a creare la sequenza e, quindi, la gerarchia dei contenuti. Nell'ipertesto è il lettore a decidere percorsi, sequenze, gerarchie²⁹. Potendo seguire strade diverse, batterà quella più consona ai propri interessi. Il lettore diventa protagonista come l'autore perché può scegliere come proseguire nella lettura³⁰.

ricondotta all'opera collettiva, ovvero all'opera in collaborazione, ovvero all'opera composta. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma, 12 aprile 2002, in «Annali it. dir. autore», 2003, p. 821.

²⁹ Jean-Philippe de Tonnac nella sua prefazione al libro-colloquio di Jacan-Claude Carrière e Umberto Eco [2009], così descrive questo mutamento: «Il punto [...] è sapere quale cambiamento introdurrà la lettura a video di ciò che abbiamo conosciuto solo pagina dopo pagina. Cosa guadagneremo con questi piccoli libri bianchi, cosa perderemo? Antiche abitudini, forse. Una certa sacralità di cui il libro è stato circondato nel contesto di una cultura che l'aveva messo sull'altare. Un'intimità particolare fra l'autore e il suo lettore, che la nozione di ipertestualità certamente metterà in crisi. L'idea di "chiusura" che il libro simboleggiava e anche, di conseguenza, certe pratiche di lettura. "Spezzando il legame ancora stretto fra i discorsi e la loro materialità", dichiarava Roger Chartier in occasione della sua lezione inaugurale al Collège de France, "la rivoluzione digitale obbliga a una radicale revisione dei gesti e delle nozioni che associamo al testo scritto". Profondi sconvolgimenti, probabilmente, da cui comunque ci riprenderemo».

³⁰ Landow [1993, 245] scrive: «L'ipertesto richiede una nuova concezione del diritto d'autore,

1.3. L'evoluzione dei concetti di creatività e di plagio

La digitalizzazione permette di creare nuovi contenuti (e anche nuova conoscenza) attraverso combinazioni diverse di elementi e dati noti³¹. La possibilità di combinazione è accresciuta, praticamente infinita. Così come accresciuta e praticamente infinita è la possibilità di creare cose nuove. La digitalizzazione rende molto più facile l'attività che consente il progresso dell'umanità: mettere insieme dati, informazioni, conoscenze scoprendo rapporti, relazioni, interazioni, associazioni tra loro³². Il diritto (d'autore) dell'era digitale deve tutelare i diritti degli autori evitando in ogni caso di creare ostacoli all'utilizzo

che protegga l'autore pur consentendo ad altri di collegarsi al suo testo. In altri termini, l'ipertesto richiede un nuovo equilibrio di diritti che appartengono ad entità che possiamo descrivere in vari modi: autori primari contrapposti a secondari, autori contrapposti a lettori-autori, o autori contrapposti a collegatori. Sebbene sia giusto che nessuno abbia il diritto di modificare il testo di qualcun altro più di quanto si faccia oggi, i lettori-autori dell'ipertesto dovrebbero poter collegare i propri testi o quelli di un terzo autore a un testo creato da qualcun altro, e dovrebbero anche poter far valere il diritto d'autore sui propri insiemi di collegamenti, se volessero farlo. Una componente cruciale del futuro concetto finanziario e legale del ruolo dell'autore è lo sviluppo di sistemi per una equa gestione delle *royalties*, o qualche altra forma di pagamento per gli autori. È necessario prima di tutto sviluppare una sorta di tassa sull'uso, forse del tipo di quella imposta dalla STAE quando le stazioni radio trasmettono musica registrata; ogni volta che un brano viene trasmesso, il proprietario dei diritti d'autore guadagna una somma minuscola, che si moltiplica per il grande numero di "utenti" che fanno uso della stessa informazione – un modello che sembra fatto apposta per usare la tecnologia elettronica dell'informazione sulle reti elettroniche».

³¹ Negroponte [1995, 9] scrive: «Essere digitali [...] costituisce la premessa perché nuovi contenuti possano nascere da combinazioni completamente nuove di fonti di informazione».

³² Il pensiero intelligente si sforza di comprendere cosa possiamo fare con gli elementi una volta che sono in nostro possesso. Una componente essenziale del pensiero critico consiste nell'essere abituati a vedere come varie cause influiscono su un singolo evento o fenomeno e valutare poi la loro importanza relativa. È noto che mettendo in relazione acquisizioni proprie di saperi diversi è possibile raggiungere nuovi risultati: mettere insieme conoscenze diverse produce nuova conoscenza. La digitalizzazione della conoscenza incrementa la possibilità di creare relazioni tra saperi diversi e, quindi, apre nuovi orizzonti alla conoscenza. Un esempio di come l'incontro tra saperi diversi produca nuova conoscenza è offerta da Burrow [1992, 14]: «Esistono esempi sorprendenti di come alcuni studiosi abbiano scoperto intricate strutture matematiche senza prendere minimamente in considerazione la possibilità di applicarle praticamente nell'ambito di altre scienze, per poi scoprire che le loro creazioni corrispondevano esattamente a quello che serviva per spiegare qualche strano fenomeno che si verificava nel mondo e, in seguito, a predirne di nuovi. Ecco di seguito alcuni degli esempi più rappresentativi dell'uso di formule matematiche già pronte: l'utilizzazione fatta da Keplero della teoria di Apollonio sulla geometria dell'ellisse per descrivere il moto dei pianeti; l'utilizzo da parte di Einstein delle geometrie non-euclidee e della teoria matematica dei tensori nello sviluppo della teoria generale della relatività, l'uso degli spazi di Hilbert come base per la teoria dei quanti [...] Ma esistono anche esempi della tendenza opposta, in cui vediamo emergere nuove strutture e concetti matematici dallo studio della fisica: lo sviluppo del calcolo da parte di Newton, che fu motivato dal desiderio di descrivere i continui cambiamenti e la velocità istantanea di un corpo in movimento; la creazione della serie di Fourier a partire dallo studio dell'ottica ondulatoria».

degli elementi di base che, coniugati con altri, possono far raggiungere nuovi risultati. Ma deve anche sforzarsi di tutelare l'attività di coloro che «mettono insieme i pezzi». Perché chi costruisce relazioni, rapporti, interazioni tra elementi della conoscenza svolge un'attività creativa e di progresso. Sotto questo profilo conviene soffermarsi su alcuni fenomeni in particolare.

«*Sampling*» [Pascuzzi 1998] e «*Remix*» [Lessig 2009]. Qualche anno fa Natalie Cole lanciò il disco *Unforgettable* nel quale duettava con lo scomparso genitore, Nat «King» Cole: per creare il dialogo (di indubbio effetto) era stata utilizzata una versione digitalizzata di un brano che Nat «King» Cole aveva inciso 40 anni prima. Intere correnti musicali si contraddistinguono per l'uso (alterato, ripetuto, ritmato, ecc.) di frammenti di brani in precedenza pubblicati: si pensi, ad esempio, agli esponenti della musica «rap». Con il termine *sampling* si usa indicare l'incorporazione di opere registrate in precedenza in nuove composizioni musicali. Gli strumenti per il *digital sampling* (corrispondenti ai campionatori) permettono agli artisti di catturare e manipolare elettronicamente brani preesistenti. Il fenomeno può interessare anche le opere audiovisive. Si pensi alla possibilità (ampiamente sfruttata nella pubblicità) di far comparire nella stessa scena personaggi diversi (mettendo insieme immagini riprese in situazioni differenti) con in sottofondo parole e musiche decontestualizzate.

Si ha *sampling* quando si genera (tramite computer) il codice digitale di un determinato brano musicale al fine di incorporare quel codice in una nuova composizione musicale ovvero al fine di combinare o manipolare quel codice binario (o più codici binari) per creare una nuova composizione musicale. Sul piano del regime applicabile non è possibile dare una risposta univoca alla pratica del *sampling*, visto che molto eterogenee possono essere le ipotesi suscettibili di venirsi a creare. Si è già detto che sul codice binario si può intervenire (con estrema facilità) a piacimento. La sequenza di codice «prelevata» da un brano esistente per comporre un nuovo brano può essere più o meno estesa. Può essere elaborata in molti modi (con un maggiore o minore dispendio di energie creative da parte del compositore), sì che al termine tra i due brani (vecchio e nuovo) può esserci assonanza stretta o totale estraneità³³. In

³³ In taluni casi il *sampling* potrà essere considerato alla stregua delle variazioni musicali costituenti di per sé opera originale. In altri casi il *sampling* potrà essere considerato variazione

una prospettiva tradizionale, il problema, come anticipato, è trovare soluzioni che, nel rispetto dei diritti dell'autore dell'opera originaria, consentano il formarsi di nuove esperienze creative e poi le tutelino in quanto tali.

Ma il discorso può essere spinto più in là. Gregg Gillis è un giovane musicista che ha creato una band composta da lui stesso e da un computer. La band ha il nome di Girl Talk. Sotto questo nome, Gillis crea *remix* (detti anche *mashup*) di grande successo. I suoi dischi si basano sulla ricomposizione di *samples*, campioni, estratti da opere musicali di altri artisti. Uno dei suoi album si basa sul *remix* di 200/250 campioni presi da 167 artisti [Lessig 2009, XXIII-XXVI]. Questo modo di intendere la creatività ha scatenato polemiche relative al diritto d'autore. Lawrence Lessig narra la storia di Gillis nel suo ultimo volume per mettere in evidenza che la generazione cresciuta con le potenzialità delle tecnologie digitali non riesce a percepire il disvalore di alcune condotte ritenute illecite dalle leggi sul diritto d'autore forgiate sulle tecnologie precedenti. A parere di Lessig le norme sul *copyright* andrebbero rifondate per evitare che un'intera generazione venga criminalizzata per attività che discendono «naturalmente» dalle tecnologie attuali [*ibidem*, XXXIX]. Nella visione del giurista statunitense le tecnologie digitali stanno riportando in auge l'antica cultura della creatività amatoriale, alternativa e distinta dalla creatività incentivata, prodotta e diffusa attraverso le industrie dell'intrattenimento, che sono invece un fenomeno assai recente. Al diritto d'autore, in questa prospettiva, spetterebbe il compito di permettere la sopravvivenza e lo sviluppo di entrambe le forme di creatività [*ibidem*, 11].

Le banche dati [Auteri 2003]. L'esigenza di attribuire contenuti più ampi alla nozione di creatività emerge sotto altro profilo guardando alla disciplina delle banche dati. Queste ultime (ora definite dal legislatore comunitario «raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o meto-

non costituente opera originale (c.d. opera derivata). In questo caso colui che intende «utilizzare» frammenti di un brano esistente incontra i limiti rappresentati dai diritti dell'autore dell'opera originaria cui spetta il diritto esclusivo di elaborare. In concreto si dovrà ottenere il consenso dell'autore dell'opera originaria per poter pubblicare e comunque utilizzare economicamente l'opera derivata. L'opera derivata è protetta in modo autonomo e indipendente rispetto alla protezione assicurata all'opera originaria. In ogni caso, esistono limiti al diritto esclusivo di elaborazione: la semplice ispirazione da elementi che costituiscono un'opera precedente non è elaborazione di quella prima opera ma autonoma creazione non solo originaria bensì anche originale. All'estremo opposto, possono sorgere problemi di tutela del diritto morale: l'autore può opporsi alle alterazioni che possono essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione.

dicamente disposti e individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo»³⁴ spaziano dagli elenchi telefonici alle enciclopedie multimediali passando per gli archivi delle biblioteche, ovvero i repertori giurisprudenziali, o, ancora, i sistemi di prenotazione dei voli e così via. Fatto sta che la creazione di un database richiede ingenti risorse in termini di capitali e lavoro per assemblare le informazioni; al contrario, le nuove tecnologie digitali garantiscono una copia veloce e poco costosa della raccolta dei dati³⁵. E se è vero che esistono anche dati «creative» (in quanto tali tutelabili alla stregua delle leggi sul diritto d'autore), è del pari vero che la prassi conosce database «banali» che nulla hanno di originale³⁶. Nuove regole sono state dettate, però, per evitare che lo sforzo comunque necessario per costituire anche quest'ultimo tipo di database venga vanificato per la mancanza di tutela di fronte alla facilità con la quale possono essere copiati³⁷. La direttiva 1996/9/CE (attuata in Italia con d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169) mira a dare una doppia protezione³⁸. La copertura del diritto d'autore viene estesa alle raccolte di dati che nella loro struttura sono originali. Per i database che non hanno nulla di originale viene creato il c.d. «diritto *sui generis*», consistente in un diritto di privativa in capo all'investitore sull'estrazione e reimpiego dei dati³⁹.

³⁴ Direttiva 1996/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (art. 1, comma 2).

³⁵ Il considerando n. 7 della direttiva 1996/9/CE recita: «per poter creare una banca di dati è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie, mentre è possibile copiarle o accedervi ad un costo molto più basso rispetto a quello richiesto per crearle autonomamente».

³⁶ Secondo Trib. Milano, 19 marzo 2007, in «Dir. ind.», 2008, 85, le banche dati sono espressamente contemplate come opere protette ai sensi degli artt. 1, comma 2, e 2, comma 1, n. 9, legge 633/1941 e qui definite come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo, di guisa che gli elementi che definiscono una banca dati sono: a) che vi siano più dati che siano stati raccolti; b) che tali dati siano disposti sistematicamente o metodicamente; c) che essi siano individualmente accessibili mediante mezzi elettronici mentre non rileva che i dati presentino particolare originalità o pregio scientifico poiché la banca dati è tutelata come opera in sé, indipendentemente dalla natura dei suoi contenuti.

³⁷ Direttiva 11 marzo 1996, n. 9 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela giuridica delle banche di dati; d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169, attuazione della direttiva 1996/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

³⁸ Sull'applicazione della direttiva comunitaria cfr. Corte giustizia Comunità europee, 9 novembre 2004, n. 444/02, in «Guida al dir.», 2004, fasc. 45, p. 79 (circa la raccolta di dati riguardanti il calendario degli incontri di calcio); Corte giustizia Comunità europee, 9 novembre 2004, Causa C-203/02, raccolta della giurisprudenza della Corte 2004, pp. I-10415 (banca di dati ippici); Trib. Catania, 8 gennaio 2001, in «Annali it. dir. autore», 2001, p. 610.

³⁹ L'art. 7, comma 1, della direttiva 11 marzo 1996, n. 9 recita: «Gli Stati membri attribuiscono al

A chiusura di questo paragrafo si può mettere in luce come le tecnologie digitali modifichino anche il concetto che costituisce l'altra faccia della creatività: il plagio. Sebbene il termine «plagio» sia spesso utilizzato nell'ambito del diritto d'autore, la sua esatta definizione rimane assai difficile⁴⁰. Le prime elaborazioni compiute di questa categoria giuridica si delineano a valle dell'emersione delle leggi moderne del *copyright*/diritto d'autore tra '700 e '800⁴¹. Ma a ben vedere i presupposti di tali elaborazioni affondano le loro radici nel contesto tecnologico sviluppatosi a partire dall'invenzione della stampa a caratteri mobili. Prima dell'invenzione di questa tecnologia, lo stesso testo scritto era privo di quella fissità e standardizzazione che sarà propiziata dalle presse tipografiche. Sebbene, come ricorda la stessa etimologia della parola «plagio», le rivendicazioni della paternità di un'opera dell'ingegno siano antiche⁴², è indubbio che la creatività umana in tutte le

costitutore di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo». Cfr. artt. 102-bis ss., legge 633/1941. Trib. Roma, 24 dicembre 2004, in «Annali it. dir. autore», 2006, 420, ha chiarito che il costitutore di una banca dati ha diritto, ai sensi degli articoli appena citati, di vietare l'estrazione o il reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della sua banca dati, così come pure l'estrazione e il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali di essa, qualora importino operazioni contrarie alla normale gestione della banca dati o gli arrechino un pregiudizio ingiustificato. Secondo la stessa Corte, della violazione dei diritti d'autore del costitutore di una banca dati rispondono, in concorso tra loro, sia il titolare del sito che ne riprende i contenuti, sia il suo web master. Per una fattispecie simile cfr. Trib. Roma, 10 dicembre 2007, in «Dir. informazione e informatica», 2008, 358.

⁴⁰ Posner [2007, 17-18] scrive: «Prima di tutto, abbiamo bisogno di una definizione. Ma il "plagio" è qualcosa di difficile da definire. Una tipica definizione da dizionario è "furto letterario". Si tratta di una definizione incompleta perché è possibile plagiare musica, immagini, o idee [...]. Ed è anche imprecisa, perché non è chiaro se sia corretto parlare di "furto" quando qualcuno non sottrae qualcosa a un'altra persona ma, semplicemente, ne realizza una copia. [...] Ovviamente, non sempre la copia è un plagio, e questo vale persino per la riproduzione illegale che comporta la violazione del *copyright*. Esistono molti punti in comune tra plagio e violazione del *copyright* ma non tutti i plaghi comportano una violazione del *copyright* e non tutte le violazioni del *copyright* comportano un plagio».

⁴¹ Nella legge 633/41 sul diritto d'autore il plagio non è né definito né nominato. Nondimeno la dottrina e la giurisprudenza fanno uso della categoria. Per le prime coordinate cfr. Marchetti e Ubertazzi [2007, 1879]: «per plagio si intende [...] una violazione del solo diritto morale di paternità dell'opera – il plagiatore si fa passare per autore di un'opera creata da un diverso soggetto [...]. Se un'opera viene illecitamente riprodotta (con o senza modifiche) ed al tempo stesso attribuita ad un soggetto diverso dal vero autore si parla di plagio-contraffazione – anche se di frequente anche il solo termine plagio viene usato per far riferimento a casi di vero e proprio plagio-contraffazione [...]. Talora si riserva il termine plagio-contraffazione a fattispecie in cui l'opera viene anche modificata, mentre nel caso di fedele riproduzione (illecita ma) di opera altrui, diffusa con il proprio nome, si parla di usurpazione».

⁴² Posner [2007, 53-54] scrive: «Il concetto di plagio spesso viene ritenuto moderno, un

sue espressioni (dall'arte alla scienza) faccia da sempre leva su ciò che è stato ideato prima. Dal «centone» romano fino all'opera shakespeariana l'individuazione del confine tra originalità e plagio si presenta come un'operazione estremamente complessa (qualcuno direbbe: impossibile)⁴³. Le tecnologie digitali anche su questo piano rimescolano le carte. Da una parte, la «liquidità» del codice binario consente di riproporre in una nuova veste quelle forme di creatività tipiche dell'epoca dell'oralità o della scrittura precedente all'era tipografica – si pensi all'ipertesto o al *sampling* descritti poco più sopra –, dall'altra la potenza di ricerca insita nei computer connessi telematicamente consente di intercettare le forme più palesi di plagio (si pensi ai software in uso presso molte università che servono a svelare il plagio nei lavori scritti degli studenti)⁴⁴.

Forme di creazione collaborativa e distribuita: Web 2.0 e User-generated

prodotto del culto romantico dell'originalità. Ma questo è inesatto. Gli antichi possedevano il concetto di plagio, anche se non era identico a quello che abbiamo oggi. La parola latina *plagiarius*, da cui deriva il termine «plagiario», venne usata per la prima volta (in un documento che ci è pervenuto, anche se la prima volta in cui è stata effettivamente usata potrebbe essere di gran lunga precedente), in un'accezione simile a quella moderna, dal poeta romano Marziale nel I secolo d.C. Un *plagiarius* era colui che rubava lo schiavo di qualcuno altro e rendeva schiava una persona libera. Nell'epigramma 52, Marziale ha applicato metaforicamente il termine a un altro poeta, accusato di aver reclamato la paternità di versi che era stato lui a scrivere. Non è chiaro tuttavia se Marziale intendeva che l'altro poeta si era spacciato come autore di alcuni suoi versi oppure che aveva proclamato la proprietà esclusiva dei versi (i versi erano suoi schiavi), impedendo a Marziale di reclamarne la paternità.

⁴³ Occorre non cadere nella tentazione di applicare concetti moderni (come la creatività e il plagio) ad epoche passate. «Il concetto romano di plagio o di furto letterario, tuttavia, sembra essere limitato alla copia di un'opera parola per parola senza alcuna pretesa di creatività. Da qui deriva lo straordinario genere latino (di origine greca) del centone: un poema creato esclusivamente usando frasi di altri poeti, riordinate in modo da produrre un significato diverso rispetto a quello degli originali. Questo non veniva considerato plagio. In Inghilterra, le più antiche controversie riguardo a quello che ben presto sarebbe stato definito «plagio» (il termine sarebbe diventato comune del XVII secolo) risalgono ai tempi di Shakespeare. Probabilmente lo stesso Shakespeare, all'inizio della sua carriera, è stato accusato di plagio da Robert Greene, anche se l'accusa non ha attecchito e la questione rimane tuttora insoluita. Del resto non si può considerare Shakespeare un plagiatore secondo gli standard moderni? Migliaia di versi delle sue opere sono copie letterali o parafrasi di varie fonti, così come alcuni titoli e dettagli degli intrecci, tutti non accreditati» [così Posner 2007, 54-55].

⁴⁴ «Il plagio da parte degli studenti potrebbe diventare sempre meno frequente dal momento che sempre più college e università adottano software per l'individuazione del plagio, come Turnitin, della casa di produzione iParadigms. Migliaia di college, sia negli Stati Uniti che all'estero, hanno acquistato la licenza di utilizzo del programma al costo annuale di ottanta centesimi per ogni studente iscritto. Il programma digitalizza i lavori scritti di ciascuno studente, li invia al database di Turnitin e lo analizza in cerca di riscontri. Il database di Turnitin, in realtà, è un insieme di molti database. Uno di essi, l'equivalente del database di Google, è una copia completa e continuamente aggiornata del World Wide Web» [così *ibidem*, 83].

content [O'Realy 2005; OECD 2007]. Già nell'Introduzione si è ricordato come nella società dell'informazione si stiano diffondendo modelli innovativi di produzione della conoscenza. Tale diffusione appare favorita da strumenti quali le licenze c.d. non proprietarie (su cui si tornerà fra un attimo) e dall'affermarsi dei principi di condivisione della conoscenza tipici del software libero⁴⁵. Il pensiero corre innanzitutto a Linux, un sistema operativo per personal computer. Il codice sorgente del nucleo iniziale di questo software (creato dal programmatore finlandese Linus Torvalds) è stato reso disponibile in rete, dando a qualsiasi informatico la possibilità di apportare modifiche e miglioramenti⁴⁶.

Le nuove dinamiche di creazione collaborativa e distribuita non si limitano al software, ma contaminano i contenuti tradizionali. Si pensi a Wikipedia⁴⁷, un'enciclopedia aperta sviluppata dai lettori. Nel sito web della versione italiana di Wikipedia si legge:

Wikipedia è un'enciclopedia multilingue collaborativa, *on-line* e gratuita, nata con il progetto omonimo intrapreso da Wikimedia Foundation, una organizzazione non a scopo di lucro statunitense. Etimologicamente Wikipedia significa cultura veloce, dal termine hawaiano wiki (veloce), con l'aggiunta del suffisso di origine greca -pedia (cultura). [...] È pubblicata in oltre 270 lingue differenti (di cui circa 180 attive; la versione in inglese è quella col maggior numero di voci) e contiene voci sia sugli argomenti propri di una tradizionale enciclopedia sia su quelli di almanacchi, dizionari geografici e di attualità. Il suo scopo è

⁴⁵ Il riconoscimento al software della tutela propria del diritto d'autore (cfr. *supra*) ha consentito la nascita di una fiorente industria di settore (si pensi solo al colosso Microsoft). Tale logica rigidamente proprietaria (che porta, ad esempio, la stessa Microsoft a non rendere pubblico il codice sorgente dei propri prodotti) ha nel tempo suscitato perplessità in quanti ritengono che la pratica di libera condivisione del software debba essere costitutiva dell'operare della comunità scientifica. Richard Stallman, come reazione alla nascita di un modello di distribuzione del software che, grazie al diritto esclusivo, mirava a restringere le libertà dell'utente sullo stesso, decise di fondare il progetto GNU (acronimo che sta per *Gnu's Not Unix*). Sul questo progetto si tornerà più avanti nel testo.

⁴⁶ Il successo della logica del codice sorgente aperto non sembra avere fine. Nel settore dei sistemi operativi per PC Linux rappresenta ormai un concorrente di Windows. Inoltre, molti programmi applicativi vengono sviluppati e distribuiti – anche da grandi imprese come IBM, Hewlett-Packard e Sun Microsystems – con licenze non proprietarie.

⁴⁷ Cfr. <http://www.wikipedia.org>.

quello di creare e distribuire un'enciclopedia libera e ricca di contenuti, nel maggior numero di lingue possibili. [...] La caratteristica primaria di Wikipedia è il fatto che dà la possibilità a chiunque di collaborare, utilizzando un sistema di modifica e pubblicazione aperto. È curata da volontari seguendo un modello di sviluppo di tipo wiki, nel senso che le pagine possono essere modificate da chiunque e non c'è un comitato di redazione né alcun controllo preventivo sul materiale inviato. Uno dei principi alla base di Wikipedia è il punto di vista neutrale, [...] secondo il quale le opinioni presentate da personaggi importanti o da opere letterarie vengono riassunte senza tentare di determinarne una verità oggettiva. A causa della sua natura aperta, vandalismi ed imprecisioni sono problemi riscontrabili in Wikipedia.

O ancora, si pensi a YouTube, già richiamato nell'Introduzione. Nella versione italiana si legge:

Fondata nel mese di febbraio del 2005, YouTube è leader dei video *on-line*, nonché la prima destinazione scelta per guardare e condividere video originali provenienti da tutto il mondo attraverso il web. YouTube consente agli utenti di caricare e condividere facilmente i propri clip video su *it.YouTube.com* e su Internet attraverso siti web, dispositivi mobili, *blog* ed e-mail. I video su YouTube possono essere visti da tutti. Gli utenti hanno la possibilità di leggere resoconti personali su fatti di attualità, trovare video riguardanti hobby e argomenti di loro interesse e scoprire fatti curiosi o insoliti. Man mano che sempre più persone scelgono di immortalare i loro momenti speciali in un video, cresce la capacità di YouTube di trasformare questi utenti nei «reporter» di domani.

2. RIMODULAZIONE DEI MECCANISMI DI INCENTIVO E MUTAMENTO DELLA STRUTTURA DEL MERCATO

Le tecnologie che hanno permesso l'affermarsi dei modelli moderni di *copyright* (ad esempio la carta o i dischi in vinile) presuppongono l'esistenza di modelli di business che fanno ricorso a intermediari. La fruizione dell'opera letteraria è resa possibile dall'intermediazione dell'editore. La

fruizione dell'opera musicale, dall'intermediazione dell'impresario che organizza la pubblica esecuzione o dell'impresa discografica che registra l'esecuzione e distribuisce i fonogrammi. Anche la fruizione gratuita finanziata con fondi statali si basa su intermediari come le biblioteche pubbliche.

La digitalizzazione delle opere sembra diminuire ovvero modificare il ruolo degli intermediari tradizionali [Varian, Farell e Shapiro 2005]. Alcuni cantanti di successo non vendono più cd: si limitano a rendere disponibili *on-line* le nuove canzoni a chi è disposto a pagarle per scaricarle dalla rete. La casa discografica non è più indispensabile per mettere in circolazione opere musicali. Analogo discorso può farsi per le case editrici, se è vero che Stephen King ha deciso di vendere via rete, capitolo per capitolo, una delle sue fatiche letterarie. Secondo una logica simile, molti autori scientifici mettono a disposizione su archivi istituzionali e pagine personali articoli e, talora, anche libri interi. Si tratta di uno degli aspetti del movimento dell'*open access* alla produzione scientifica, cioè di quel movimento che mira a garantire al pubblico l'accesso gratuito alla (e ampi margini di fruizione della) versione digitale di un contributo scientifico nel rispetto del diritto d'autore [Caso 2009].

Internet rende teoricamente non più necessario ricorrere agli intermediari tradizionali (editori, discografici, biblioteche, ecc.) per distribuire l'opera: l'autore può interagire direttamente con il fruitore del proprio lavoro intellettuale negoziando con il medesimo (se del caso, di volta in volta) le modalità di accesso dell'opera.

Ma il discorso merita di essere approfondito.

La rete ha ampliato il mercato delle opere creative sotto un duplice profilo: spaziale e qualitativo.

Grazie alla dimensione planetaria di Internet si è rafforzata la fruizione internazionale delle opere dell'ingegno. Certamente si ampliano le possibilità di sfruttamento economico. Ma non si possono trascurare i rischi derivanti dal disancoraggio spaziale del fenomeno: la proprietà intellettuale accorda ai titolari degli interessi da proteggere una tutela governata dal principio di territorialità, tutela che può rilevarsi illusoria nella dimensione globale.

Per altro verso la digitalizzazione delle opere ha schiuso nuove modalità di sfruttamento e quindi nuovi mercati. A titolo di esempio può essere ricordata la fruizione via rete, attraverso le nuove architetture per il *file sharing*

denominate *peer to peer* (P2P), delle opere musicali in formato MP3⁴⁸. È bene rimarcare che lo scambio (e la fruizione) di file in modalità P2P è reso possibile da nuovi intermediari (ad esempio, l'*Internet service provider* che fornisce l'accesso alla rete, il produttore del software P2P e, in alcune architetture, il motore di ricerca che consente di individuare il file desiderato).

Nel contesto appena delineato ci si chiede quale sia l'approccio migliore per proteggere le opere creative. In particolare c'è chi si interroga sull'utilità di continuare a far leva sul tradizionale approccio proprietario, visto che sulla rete la proprietà intellettuale può essere (all'insaputa del titolare dei diritti) riprodotta all'infinito, distribuita su tutto il pianeta a costi praticamente nulli⁴⁹.

La disponibilità di opere via web in forma digitalizzata affranca le medesime dai supporti meccanici che fino ad ora le hanno rese concretamente fruibili. Con la scomparsa del supporto tende ad essere più incerto il confine tra fornitura di prodotti (copie dell'opera) e fornitura di servizi. Per altro verso, singole componenti di un'opera assumono autonoma rilevanza al di fuori del contesto nel quale sono inserite all'interno di un supporto e indipendentemente dalle relazioni cui è legato indissolubilmente dalla struttura dello stesso supporto materiale. Un esempio che visualizza con efficacia tale scenario è rappresentato dai database contenenti le collezioni digitalizzate di intere annate di quotidiani e riviste (un tempo) cartacee. All'interno della banca dati ciascun articolo è isolato dal contesto primitivo e può essere con-

⁴⁸ MP3 è un formato di compressione dei file audio. Comprimer un file significa applicare allo stesso un algoritmo matematico. Questo si ottiene facendo passare il file attraverso un software dedicato al fine di ottenere un altro file di dimensioni ridotte, in termini di bit, rispetto a quello di partenza. Il formato MP3 utilizza un algoritmo che comprime i file musicali, raggiungendo un significativo tasso di riduzione della grandezza del file pur mantenendo una qualità di ascolto molto prossima a quella dei cd. Un brano di 3 minuti che richiederebbe circa 32 megabyte di spazio su disco nella sua forma originale può essere compresso utilizzando la tecnologia MP3 in un file di circa 3 megabyte senza un'apprezzabile riduzione della qualità. Inutile dire che un file di così ridotte dimensioni può essere più velocemente trasferito via Internet [Pascuzzi 2001b].

⁴⁹ Barlow [1994] scrive: «Agli albori dell'era virtuale le forme e le modalità di protezione della proprietà intellettuale sono oscure. Cionondimeno è possibile fare delle previsioni. In mancanza dei vecchi contenitori, quasi tutto ciò che noi conosciamo sulla proprietà intellettuale è sbagliato e dobbiamo disimpararlo. Dobbiamo guardare all'informazione in un modo diverso. Dobbiamo immaginare forme di protezione che facciano assegnamento sull'etica e sulla tecnologia piuttosto che sul diritto. La crittografia sarà la base per proteggere la proprietà intellettuale. L'economia del futuro sarà basata sulle relazioni piuttosto che sul possesso. Essa sarà continua piuttosto che discreta. E infine, negli anni a venire, gli scambi tra gli uomini saranno più virtuali che fisici».

sultato singolarmente o in relazione ad altri scritti per nulla connessi a quella che era stata l'impaginazione originale⁵⁰.

L'opera non rileva tanto come prodotto (libro, disco, ecc.) ma come flusso di bit che può essere fruito in ragione di una relazione che intercorre tra autore e utilizzatore. Assume così rilevanza l'accesso alle opere o porzioni specifiche di esse (un singolo brano musicale, lo spezzone di un film, il capitolo di un libro, ecc.). Le modalità che assicurano tale accesso attingono a rapporti negoziali e a standard tecnologici.

Si assiste all'affermarsi di *providers* (nuovi intermediari) di opere digitali come iTunes, il negozio multimediale di Apple, il quale fornisce, tra l'altro, la possibilità di scaricare file musicali a pagamento codificati secondo uno standard (l'*Advanced audio coding* o AAC) che consente l'implementazione di misure tecnologiche di protezione (cioè, come si vedrà meglio tra un attimo, la protezione tecnologica del file). A tale tipo di *provider* hanno interesse a fare riferimento i produttori delle opere, in quanto chi aggrega i contenuti e li commercializza con formule innovative (in questo caso, la fruizione mediante iPod o iPhone) è in grado di garantire una maggiore conoscibilità di questi ultimi: rendere scaricabile un'opera da un sito molto famoso e fornito (perché legato al commercio di hardware di grande successo) è di per sé un veicolo promozionale. E ai *providers* dovranno rivolgersi i fruitori dell'opera.

Nello scenario dominato da Internet cresce l'importanza dei motori di ricerca (nuovi intermediari). Si pensi, ad esempio, al progetto *Google Books* (Google Libri) già ricordato nell'Introduzione⁵¹. Dal 2004 Google ha iniziato a stipulare accordi con grandi biblioteche statunitensi e di altre parti del

⁵⁰ Inutile dire che lo scenario descritto nel testo pone delicati problemi legati, ancora una volta, allo sfruttamento di nuovi mercati reso possibile dalle tecnologie digitali. Negli Stati Uniti un giornalista *freelance*, che aveva venduto al «New York Times» brani pubblicati sul giornale cartaceo, ha convenuto in giudizio la proprietà del quotidiano per sentir dichiarare sussistente in capo alla stessa l'obbligo di chiedere il consenso agli autori degli articoli prima di inserire questi ultimi negli archivi elettronici consultabili *on-line*. Nel 2001 la controversia è approdata alla Corte suprema: *New York Times Co. v. Tasini* 121 S. Ct. 2381 (2001). La vicenda è riconducibile alle c.d. ipotesi di *anti-commons* (eccessiva frammentazione delle situazioni proprietarie su un bene). I diversi titolari di diritti (nella specie: il «New York Times» per quel che attiene il giornale nell'insieme, e i *freelance* per quel che attiene i singoli articoli) finiscono con l'esercitare un potere di veto sull'uso della risorsa con il rischio di rendere la stessa concretamente non fruibile.

⁵¹ Cfr. <http://books.google.com/books>.

mondo per la scannerizzazione non distruttiva di libri⁵². L'obiettivo principale è rendere disponibili, in forma digitale e tramite il proprio motore di ricerca, porzioni di libri (quelli fuori commercio ma ancora coperti da *copyright*) o le opere (quelle in pubblico dominio) per intero [Samuelson 2010], al fine di mettere in atto una serie di modelli commerciali. Non si tratta dell'unico progetto di digitalizzazione massiva di libri. Ma la sua rilevanza discende dalla posizione di forza che Google attualmente detiene nel settore dei servizi di ricerca su Internet⁵³. Il progetto ha suscitato la reazione di autori ed editori statunitensi. Prima l'Authors Guild, mediante *class action*, e poi cinque editori hanno chiamato Google davanti ai giudici, lamentando la violazione del *copyright*. Google si è difeso facendo riferimento all'istituto giuridico del *fair use* e argomentando che, rispetto ai libri ancora coperti da *copyright*, sono rese visibili solo piccole porzioni delle opere. Le cause però hanno trovato uno sbocco transattivo che si riferisce all'intera classe degli autori ed editori statunitensi: il *Google Books settlement*⁵⁴. Ma lo stesso accordo transattivo suscita la preoccupazione di molti attori del mercato, operatori del mondo delle biblioteche e della ricerca nonché istituzioni⁵⁵. Uno dei tanti timori è che Google possa estendere la sua posizione di forza al mercato dei libri falsando il gioco della concorrenza con effetti che si proiettano molto al di là del territorio statunitense⁵⁶. A seguito dei rilievi critici sollevati dal Department of Justice statunitense (che ha competenze nel campo della tutela della concorrenza), l'accordo ha subito modificazioni e attende di essere ratificato dal giudice competente (la Southern District Court di New York).

⁵² Attualmente questa attività di Google Libri prende il nome di Progetto biblioteche (maggiori informazioni: <http://books.google.it/googlebooks/library.html>).

⁵³ Indubbiamente il progetto produce valore aggiunto. In primo luogo, la possibilità di accedere (almeno ad alcune informazioni) delle opere fuori commercio, rispetto alle quali i diritti di *copyright* non sono ancora scaduti ma al tempo stesso non sono facilmente gestibili.

⁵⁴ La lunga e complessa documentazione è disponibile su <http://www.googlebooksettlement.com/>.

⁵⁵ La Commissione europea ha organizzato un *information hearing* il 7 settembre 2009 (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/hearing_en.htm). Più in generale il tema delle opere orfane (ovvero le opere delle quali non si conosce il titolare dei diritti) è affrontato nella comunicazione della Commissione «Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza», Bruxelles, 19 ottobre 2009, COM (2009) 532 def.

⁵⁶ Le opinioni dottrinali sui potenziali effetti anticompetitivi dell'accordo non sono concordi. Nel senso che l'accordo pone rilevanti problemi sul piano dell'antitrust si esprime Fraser [2009]. Sul fronte opposto cfr. Elhaug [2009].

Per altro verso, le nuove dinamiche di creazione collaborativa e distribuita, alle quali si è fatto cenno poco più sopra, modificano ancor più incisivamente la struttura dei mercati.

Non è il solo incentivo del profitto – almeno non quello del profitto basato sul modello della vendita di copie – che mette in moto progetti come quello di Linux, Wikipedia e YouTube. Il desiderio di donare informazione, la voglia di acquisire visibilità (e dunque di attirare attenzione su un nome) e lo scopo del profitto commerciale (basato però sulla fornitura di servizi in luogo della vendita di beni) si trovano spesso frammisti e danno vita a nuove forme di economia [Benkler 2007; Lessig 2009].

Riassumendo quanto fin qui rilevato a proposito di incentivi e struttura del mercato, si può dire che le tecnologie digitali inducono il mutamento profondo dell'economia della creatività. Nuovi interessi, nuovi modelli di produzione e fruizione dell'informazione, nuovi intermediari si affacciano. Avendo a mente una delle caratteristiche notevoli delle tecnologie digitali sopra descritte – il suo potere di apertura o chiusura dell'informazione – si delineano, in particolare, due modelli di produzione dell'informazione [Caso 2008a; Ardizzone e Ramello 2009].

a) Il primo modello genera forme di produzione e distribuzione gerarchiche dove i titolari dell'informazione possono predeterminare chi, dove, come e quando potrà fruire della medesima informazione. Uno degli scopi di questo modello può essere l'attuazione di strategie commerciali come la discriminazione dei prezzi o la fornitura di piattaforme e beni complementari reciprocamente legati dalla compatibilità tecnologica. Ad esempio, è possibile vendere ad un prezzo elevato mille ascolti di una canzone, e ad un prezzo contenuto dieci ascolti della medesima canzone. Ancora, è possibile vendere a poco prezzo una *console* per videogiochi per vendere a prezzo elevato i singoli videogiochi.

b) Il secondo modello genera forme di produzione e distribuzione non gerarchiche (dette appunto *peer to peer*) dove gli attori, mossi talvolta da incentivi diversi dal pagamento diretto della prestazione (ad esempio, pagamento per la vendita di una copia) o addirittura da incentivi diversi dal guadagno di denaro, svolgono ibridamente sia la funzione di produttori sia quella di consumatori (a questo proposito è stato coniato il termine *prosumer* [Toffler 1980]): si pensi allo sviluppo del software a codice

aperto o alla scrittura collaborativa di testi come le voci di un'enciclopedia *on-line*.

A ciascuna di queste due forme di produzione corrispondono differenti forme di controllo: una basata sulla chiusura (controllo rigido e accentrato), l'altra basata sull'apertura (controllo flessibile e decentrato) dell'informazione.

3. FORME DI CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE DIGITALE

Il mercato della creatività è oggi una porzione importante del mercato delle informazioni digitali. Come si è appena visto, il mercato delle informazioni digitali ha una struttura differente dai mercati delle opere dell'ingegno dell'era predigitale. Al mutamento della tecnologia corrisponde un mutamento della struttura del mercato. Al mutamento della struttura del mercato corrisponde un mutamento delle istituzioni, delle regole sulle quali il mercato si basa. Si assiste alla nascita di nuove forme di controllo delle informazioni contenute nelle opere dell'ingegno.

Come nel passato il controllo delle informazioni si basa principalmente su quattro strumenti [Caso 2008a]:

- 1) il contratto;
- 2) le norme sociali;
- 3) la tecnologia (e i suoi standard);
- 4) la legge sulla proprietà intellettuale (per quel che interessa in questa sede, la legge sul diritto d'autore).

Pensiamo alla fruizione di un'opera teatrale. Per assistere ad un'opera teatrale dobbiamo varcare la porta di un edificio (tecnologia tradizionale) e pagare il biglietto (cioè stipulare un contratto). Barriere fisiche, norme di legge (diritto di proprietà, diritto d'autore, contratto, ecc.) e norme informali (se altri spettatori si accorgessero che siamo entrati senza biglietto potrebbero avvertire la sorveglianza e farci allontanare dal teatro) si frappongono alla fruizione gratuita dell'opera. Anche dopo aver assistito alla rappresentazione occorre rispettare i diritti d'autore riconosciuti dalla legge ai legittimi titolari (ad esempio, non possiamo rappresentare l'opera in altro luogo pubblico, senza l'autorizzazione dei titolari).

Tuttavia la rivoluzione digitale muta il carattere dei quattro strumenti di controllo. Inoltre nuove possibili interazioni danno vita a forme differenti di controllo delle informazioni.

Sotto il primo profilo, va detto che la rivoluzione digitale mette in primo piano il contratto (o meglio il contratto standard) e la tecnologia (o meglio i suoi standard), mentre la legge perde la sua centralità e diventa uno strumento che, al limite, serve solo a rafforzare il controllo basato sui primi due strumenti normativi [Lessig 2006b; 1999]. In particolare, le ultime modifiche legislative del diritto d'autore non si concentrano tanto sul diritto di esclusiva quanto sulla disciplina delle tecnologie.

Sotto il secondo profilo, va rilevato che da un lato c'è chi intende rafforzare e centralizzare il controllo privato dell'informazione, basato sulla proprietà esclusiva, sul contratto e sulle protezioni tecnologiche, dall'altro c'è chi ritiene che le tecnologie informatiche siano alla base di una nuova era caratterizzata dalla necessità di un controllo flessibile e decentrato dell'informazione, basato su una diversa interazione tra norme informali, contratto, tecnologia e legge sul *copyright*; secondo alcuni, su una nuova forma di proprietà paragonabile alle antiche proprietà collettive (in inglese, *commons*) [Ostrom e Hess 2007; Hess e Ostrom 2009].

3.1. Il contratto come forma di controllo dell'informazione digitale

La licenza d'uso sul software è l'archetipo contrattuale sul quale si basano le differenti forme del controllo dell'informazione digitale.

Lo strumento contrattuale della licenza d'uso è utilizzato sia da chi vuole garantirsi un controllo rigido e accentrato sull'informazione, sia da chi è invece favorevole a un controllo flessibile e decentrato sulla stessa, suddividendosi in due diversi macromodelli contrattuali. Al primo macromodello di licenza vanno ascritte le c.d. licenze d'uso proprietarie, al secondo le c.d. licenze non proprietarie che derivano dalla matrice della *General public license*.

a) *End User License Agreement*. La licenza d'uso proprietaria mira a conferire al produttore del software il maggiore controllo possibile sul

proprio bene, sfidando i limiti che allo stesso controllo derivano dalla legge sul diritto d'autore.

Questo scenario pone molti problemi giuridici che non hanno trovato soluzioni definitive ed anzi sono oggetto di accese discussioni.

Com'è noto, il software è rappresentato attraverso due codici: quello «sorgente», espresso in un linguaggio informatico di programmazione comprensibile anche dall'uomo, e quello «oggetto» o «eseguibile», che è interpretabile solo dal computer. Il passaggio da sorgente a oggetto è effettuato attraverso altro software specifico («interprete» o «compilatore»). Per l'informatico che non conosce il codice sorgente è possibile il procedimento inverso – «decompilazione» o «ingegneria inversa» – che porta dal codice oggetto ad un codice sorgente simile a quello originario; ma tale procedimento comporta tempo e notevoli costi. La più semplice delle misure tecnologiche di protezione – finalizzata a tutelarsi da potenziali concorrenti in grado di «rubare le idee» – è, dunque, rappresentata dalla segretezza del codice sorgente.

L'invocazione di una proprietà intellettuale sui programmi per elaboratore si è perciò innestata sulla logica della commercializzazione del software nella forma del solo codice oggetto. In particolare, l'industria di settore è riuscita ad ottenere l'inserimento del software nel novero delle opere protette dal *copyright*. Questa forma di proprietà intellettuale – come si è già detto – conferisce il diritto di sfruttare economicamente in via esclusiva un'opera dell'ingegno di carattere «creativo». La possibilità di sfruttare in esclusiva – cioè in base ad una sorta di monopolio – un'opera dell'ingegno costituisce, da una parte, un incentivo all'innovazione e dunque un beneficio, dall'altra un costo – in termini di monopolio appunto – per la collettività. Questa essenza monopolistica è la ragione per la quale i diritti d'autore sono limitati in ampiezza e durata. Nella legislazione italiana, ad esempio, il diritto di utilizzazione economica copre solo le opere «creative» e per un tempo limitato. Inoltre, l'utente dell'opera dell'ingegno gode di libere utilizzazioni (eccezioni e limitazioni), sottratte al diritto di esclusiva, alcune delle quali hanno natura imperativa: ad esempio, è possibile, in base a determinati presupposti, effettuare la decompilazione di parti del software per conseguire l'interoperabilità con altri software.

Lo sfruttamento dell'opera avviene attraverso contratti sui diritti di utilizzazione economica:

- 1) «cessione» (trasferimento definitivo);
- 2) «licenza» (trasferimento temporaneo) «esclusiva» o «non esclusiva»⁵⁷.

A seguito del riconoscimento della tutela da diritto d'autore, l'industria ha fatto leva sulle *licenses* per commercializzare il proprio «prodotto proprietario». Tali licenze proprietarie rispondono, in verità, ad una molteplicità di schemi contrattuali. La prima differenza è tra le vere e proprie licenze di diritti di proprietà intellettuale (come la licenza della facoltà di rappresentazione in pubblico nell'esempio descritto in nota) e le licenze che consentono l'uso limitato delle singole copie del programma.

Quest'ultimo tipo di licenza, cioè l'*End User License Agreement* (EULA), è il principale strumento di distribuzione di massa del software. Come in tutti i contratti standard, colui che acquista il software si limita ad «accettare» le condizioni generali di contratto predisposte dal produttore. Rispetto ad altri contratti di massa, però, il contenuto delle clausole è in parte deputato a governare il carattere digitale del software. Tale carattere mette il produttore nella difficoltà di controllare il proprio bene: come evitare che il cd venga masterizzato o il file venga riprodotto e distribuito nella rete senza che sia pagato un prezzo per la riproduzione?

Una delle clausole fondanti dell'EULA dice esplicitamente che «il contratto non è una vendita ma una licenza d'uso»⁵⁸.

⁵⁷ La porzione dello scenario contrattuale che qui interessa può essere compresa con un esempio. L'Università di Trento compra un libro. I diritti d'autore rimangono in capo al titolare degli stessi, mentre la proprietà sulla copia del libro è ora, a seguito del contratto di compravendita, dell'università. Le leggi sul diritto d'autore stabiliscono un principio denominato «esaurimento del diritto d'autore». In base a tale regola, il titolare del *copyright* dopo la prima vendita di una copia dell'opera vede estinguersi il diritto di controllare l'ulteriore distribuzione di quella stessa copia: una volta che l'Università di Trento ha acquistato il volume in libreria, il titolare dei diritti d'autore sul volume non può impedire all'università di rivenderlo ad un terzo. Per organizzare invece una rappresentazione in pubblico dell'opera (ad esempio teatrale) contenuta nel libro, l'università deve ottenere dal titolare del diritto d'autore una licenza della facoltà di rappresentazione in pubblico. In questo esempio, dunque, sono in gioco tre fenomeni giuridici distinti: il diritto di esclusiva sull'opera dell'ingegno, la proprietà in senso stretto sulla copia del libro, la licenza della facoltà di rappresentazione in pubblico dell'opera [così Caso 2006].

⁵⁸ Secondo Trib. Milano, 3 giugno 2002, in «Annali it. dir. autore», 2002, p. 838, la cessione di un esemplare di un software a tempo indeterminato e a fronte del pagamento di un prezzo unitario non corrisponde ai requisiti della locazione previsti dal quindicesimo considerando della direttiva 1991/250/CE, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, ma va qualificata come vendita, con conseguente operatività del principio dell'esaurimento, di cui all'art. 64-bis l.d.a., in base al quale la facoltà esclusiva dell'autore, o comunque del titolare dei diritti di sfruttamento economico

La pretesa distinzione tra vendita e licenza d'uso proprietaria si fonda su ragioni economiche e giuridiche che puntano al mantenimento del maggior controllo possibile sul prodotto digitale immesso nel mercato⁵⁹.

Sotto il profilo giuridico, l'utilizzo della licenza d'uso mira ad aggirare il principio dell'esaurimento del diritto d'autore. In base a tale principio la prima vendita di una copia di un'opera protetta esaurisce il diritto di controllare l'ulteriore distribuzione sulla medesima copia. Il principio dell'esaurimento è insomma alla base di una libertà del compratore della copia dell'opera, una libertà che lo mette in grado – ad esempio – di rivendere un libro al mercatino dell'usato. L'EULA tenta di comprimere tale libertà, sollevando problemi giuridici (sia sul piano della formazione sia su quello del contenuto del contratto) che sono al centro di un vivace dibattito. Il legislatore dell'era digitale peraltro comprime sempre di più gli spazi di operatività del principio dell'esaurimento⁶⁰.

b) *General public license* [Stallman 2003; 2004]. Come si è appena visto, l'invocazione di una proprietà intellettuale sui programmi per elaboratore si è innestata sulla logica della commercializzazione del software nella forma del solo codice oggetto. Tuttavia, l'informatica ha mosso alcuni dei suoi passi più significativi fuori dalla logica della segretezza del codice sorgente e della proprietà intellettuale. Nell'ideale continuazione (o rilancio) della logica opposta a quella della segretezza del codice sorgente si è mosso Richard Stallman, uno scienziato informatico.

del software, di trarre profitto dall'opera dell'ingegno rimane circoscritta alla prima vendita degli esemplari della stessa, e quindi chi ha acquistato un esemplare dell'opera può disporre del bene, anche cedendolo a terzi.

⁵⁹ Sotto il profilo economico, mediante lo schema contrattuale della licenza d'uso i produttori di software possono praticare più agevolmente *bundling* e discriminazione dei prezzi. Il *bundling* consiste in una strategia finalizzata a legare la commercializzazione di un bene a quella di un altro bene. Nel mercato del software è molto comune: si pensi ai pacchetti per l'automazione dell'ufficio nei quali si trovano il *word processor*, il foglio elettronico, il database, e le applicazioni per generare pagine web e presentazioni pubbliche. La discriminazione dei prezzi consiste invece nella commercializzazione di uno stesso bene con fasce differenziate di prezzo: si pensi alle differenti versioni delle licenze d'uso per lo stesso software (licenza per il consumatore, licenza per imprese, ecc.). Queste strategie di marketing reggono solo se i vincoli relativi ai prodotti sono rispettati dai clienti. Se, ad esempio, il cliente qualificato come «consumatore» è libero di rivendere il bene – fissando liberamente il prezzo – ad un terzo cliente qualificato come «impresa», l'intera strategia salta. La licenza d'uso, quindi, intende distinguersi dalla vendita proprio per dare veste giuridica al tipo di vincolo sul quale si basano le strategie commerciali appena descritte [così Caso 2006].

⁶⁰ Cfr. l'art. 17, comma 3, e l'art. 64-bis, lett. c, legge 633/1941.

Stallman aveva contribuito in maniera decisiva allo sviluppo di una serie di programmi che emulavano le funzionalità del sistema operativo UNIX dei Bell Laboratories dell'AT&T. Questi programmi furono etichettati con la formula GNU (che sta per «GNU is not UNIX»). Ma l'idea rivoluzionaria di Stallman fu quella di far leva sul *copyright* per garantire, a chi avesse voluto, la libertà di copiare – da qui il termine *copyleft* –, distribuire e sviluppare software a codice sorgente aperto. Per dare corpo alla sua idea Stallman creò, assieme ad un gruppo di collaboratori, specifiche condizioni generali di contratto, cioè un contratto standard per «licenziare» il software a codice aperto. Questo particolare tipo di licenza non proprietaria, standardizzata e pubblica (cioè messa a disposizione di chiunque ne voglia fare uso) fu denominato GNU *General public license* (GPL).

Stallman aveva compreso un risvolto decisivo del *copyright* e cioè che lasciar cadere in pubblico dominio il software a codice aperto non avrebbe evitato una sua successiva «appropriazione» (o meglio, non avrebbe evitato ad altri programmatori di rielaborare il codice aperto, di secretarlo, e di assoggettarlo, in quanto opera nuova, al *copyright*) [Rossato 2006]. La GNU GPL nasce con lo scopo di porre rimedio ai limiti intrinseci del pubblico dominio. In altri termini, gli sviluppatori di software a codice aperto avrebbero dovuto contare su alcune «libertà fondamentali» che sono così espresse sul sito ufficiale di riferimento⁶¹:

- libertà di eseguire il programma, per qualsiasi scopo (libertà 0);
- libertà di studiare come funziona il programma e adattarlo alle proprie necessità (libertà 1). L'accesso al codice sorgente ne è un prerequisito;
- libertà di ridistribuire copie in modo da aiutare il prossimo (libertà 2);
- libertà di migliorare il programma e distribuirne pubblicamente i miglioramenti da voi apportati (e le vostre versioni modificate in genere), in modo tale che tutta la comunità ne tragga beneficio (libertà 3). L'accesso al codice sorgente ne è un prerequisito.

Tali libertà emergono dalla lettura della GPL, giunta di recente alla sua terza versione. Dalla stessa lettura emerge altresì che i diritti concessi dal licenziante al licenziatario sono condizionati a una serie di obblighi tesi a preservare il meccanismo innescato dalla GPL.

⁶¹ Cfr. <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.it.html>.

Stallman e i suoi collaboratori hanno fondato la Free software foundation (FSF) allo scopo di promuovere il *free software*. Da questa costola iniziale sono poi nate molte altre iniziative che condividono – a volte solo in parte – i principi della FSF. Una delle più famose è l'*Open source initiative*.

c) *Creative Commons licenses* [Carroll 2007]. La logica del *copyleft* si sta diffondendo anche alla produzione e diffusione di contenuti digitali diversi dal software, come dimostra, ad esempio, l'iniziativa denominata «Creative Commons».

Creative Commons è una *nonprofit corporation* fondata nel 2001 negli Stati Uniti grazie all'impulso di giuristi (fra i quali spicca il nome di Lawrence Lessig), scienziati informatici e altri rappresentanti del mondo della cultura e dell'imprenditoria. Lo scopo è quello di propiziare la condivisione e la rielaborazione di opere dell'ingegno (letterarie, musicali, filmiche, ecc.) nel rispetto del *copyright*. A questo fine, Creative Commons mette gratuitamente a disposizione del pubblico una serie di licenze e altri strumenti giuridici per qualsiasi autore di un'opera che voglia, per scopi commerciali o non commerciali, consentire ai fruitori di copiare, ridistribuire e modificare l'opera stessa. Creative Commons ha molte organizzazioni gemelle (*affiliate institutions*) sparse nel mondo che si dedicano alla promozione delle licenze e all'adattamento delle stesse al sistema giuridico di riferimento.

Sul sito di Creative Commons Italia si legge:

Le licenze Creative Commons offrono sei diverse articolazioni dei diritti d'autore per artisti, giornalisti, docenti, istituzioni e, in genere, creatori che desiderino condividere in maniera ampia le proprie opere secondo il modello «alcuni diritti riservati». Il detentore dei diritti può non autorizzare *a priori* usi prevalentemente commerciali dell'opera (opzione Non commerciale, acronimo inglese: NC) o la creazione di opere derivate (Non opere derivate, acronimo: ND); e se sono possibili opere derivate, può imporre l'obbligo di rilasciarle con la stessa licenza dell'opera originaria (Condividi allo stesso modo, acronimo: SA, da *Share-Alike*). Le combinazioni di queste scelte generano le sei licenze CC, disponibili anche in versione italiana. Creative Commons è un'organizzazione non-profit. Le licenze Creative Commons, come tutti i nostri strumenti, sono utilizzabili liberamente e gratuitamente, senza alcuna necessità di contattare CC per permessi o registrazioni.

La peculiarità delle licenze Creative Commons non sta solo nella loro articolazione e modularità, ma anche nel fatto di essere espresse in tre forme differenti: 1) il *legal code*, versione che detta i termini della licenza nel linguaggio tecnico-giuridico; 2) il *commons deed*, che riassume in un linguaggio semplificato e per simboli i contenuti del documento negoziale; 3) il *digital code*, che identifica la licenza mediante metadati gestibili attraverso sistemi informatici (questa versione serve in particolare a rintracciare su Internet opere coperte da una determinata tipologia di licenza mediante i motori di ricerca che supportano questa funzione)⁶².

Una costola assai rilevante di Creative Commons è rappresentata da Science Commons⁶³. Questa organizzazione si richiama al movimento – nominato poco più sopra – dell'*open access* alla produzione scientifica. L'idea è quella di adoperare le licenze Creative Commons e altri strumenti giuridici al fine di garantire l'apertura e la condivisione nel campo della scienza.

La GNU GPL e le altre licenze d'uso non proprietarie pongono problemi di inquadramento giuridico. Alcuni di questi problemi sono comuni alle licenze proprietarie, altri – più complessi – sono specifici⁶⁴. La litigiosità connessa alle licenze non proprietarie è contenuta. Questo dato può dipendere da molti fattori. Indubbiamente il fenomeno è ancora recente. Ma si può anche sostenere che gli scopi prefissati da questo tipo di licenze sono sorretti da norme informali di comunità (relativamente) coese (questo

⁶² Sui linguaggi per la rappresentazione dei diritti nell'ambito delle *Creative Commons licenses* cfr. Moscon [2010].

⁶³ Cfr. <http://sciencecommons.org/>.

⁶⁴ Qui la GPL viene indicata come un contratto. In realtà si discute su quale sia la natura della GPL. Alcuni infatti guardano, appunto, alla GPL come ad un contratto standard non diverso, nella sostanza, dall'EULA. Altri preferiscono vederla come una mera *notice* (menzione di riserva), cioè un atto unilaterale di dichiarazione dei diritti riservati all'autore. Altri ancora come una norma consuetudinaria. Non manca infine chi prospetta la possibilità che la GPL sia espressione di una nuova tipologia di norma con natura giuridica complessa. In ogni caso, è difficile negare che la GPL rappresenti uno strumento di autoregolazione privata. Un altro problema di ordine giuridico attiene alla circolazione transfrontaliera dei modelli contrattuali basati sulla GPL. Nel diritto dell'era digitale la circolazione dei modelli giuridici è un fenomeno propiziato dal carattere globale di Internet. Tuttavia, la GPL è nata nel contesto giuridico statunitense ed è stata pensata avendo a mente il *copyright* nordamericano. Quest'ultimo si differenzia sensibilmente dal diritto d'autore di matrice continentale (ad esempio, dal diritto d'autore italiano). Dunque, l'utilizzo del modello della GPL in ordinamenti diversi da quello d'origine pone problemi di adattamento. Non è un caso che per le licenze Creative Commons si siano create le *affiliate institutions* che hanno come compito specifico l'adattamento del modello originario creato negli Stati Uniti all'ordinamento di riferimento.

punto è ripreso nel prossimo paragrafo). D'altra parte, il contenzioso è in graduale crescita⁶⁵.

3.2. Le norme sociali

Il diritto non si riduce alle norme create dagli apparati dello Stato o di altri ordinamenti formalmente costituiti. Da sempre gli uomini regolano i propri comportamenti anche basandosi su norme informali. Il diritto si riferisce a questo fenomeno con nomi diversi. La categoria più importante è la consuetudine. Le altre scienze sociali (ma anche la scuola dell'analisi economica del diritto) spesso fanno uso dell'espressione «norme sociali» per denominare un fenomeno simile.

Le norme sociali contano anche nell'ambito della proprietà intellettuale.

Ad esempio, maghi e prestigiatori difendono i loro trucchi con un sistema di norme informali che può arrivare all'espulsione dalla propria comunità di chi svela al pubblico il segreto alla base del trucco [Loshin 2007].

Gli scienziati da sempre disciplinano la priorità della scoperta con un sistema di norme informali. La rivista scientifica nasce – anteriormente alla prima legge moderna sul *copyright*: lo *Statute of Anne* del 1710 – alla fine del '600 come registro pubblico della priorità. A quell'epoca non era la legge a dettare i criteri per determinare chi fosse il padre di una scoperta scientifica, ma il sistema informale della pubblicazione: chi prima pubblicava l'articolo era individuato come lo scopritore [Guedon 2002].

Lo scienziato non era interessato al potere di controllo sulla riproduzione dell'opera ma a quello che col tempo si sarebbe chiamato «diritto di paternità». La sociologia della scienza nel secondo dopoguerra ha spiegato questo disinteresse al controllo sulla riproduzione con un'altra norma infor-

⁶⁵ L'enforcement delle licenze non proprietarie basato sulle leggi in materia di diritto d'autore – peraltro sempre più puntate ad una logica di rafforzamento del controllo privato dell'informazione, diametralmente opposta a quella che è alla base delle medesime licenze non proprietarie – potrebbe sortire effetti normativi differenti da quelli attuali, i quali si basano sull'adesione spontanea alle prescrizioni contrattuali e sull'elasticità dei vincoli che ne derivano. I vincoli che invece discendono dall'esecuzione coatta delle clausole contrattuali sono necessariamente meno elastici [così Caso 2006].

male detta del «comunismo». Quest'ultima prescrive che lo scienziato debba condividere con la propria comunità di pari i risultati raggiunti [Merton 2000].

Le norme informali svolgono un ruolo importante anche nel controllo dell'informazione digitale. Ma allo stesso tempo le tecnologie digitali sembrano mutare la dinamica delle norme informali. Si delineano nuove interazioni con altre forme di controllo. Per concretizzare questo discorso è possibile riprendere l'esempio delle norme sociali della scienza. La licenza GNU GPL (un contratto standard) intende costituire una formalizzazione della norma del comunismo (o della condivisione) nell'ambito dello sviluppo del software. Analogamente, le licenze Creative Commons (contratti standard) vengono utilizzate dal movimento dell'*open access* per formalizzare la norma del comunismo al fine di garantire l'accesso e la fruizione gratuiti di articoli e libri scientifici in versione digitale. Di più, la traduzione delle licenze Creative Commons in *digital code*, metadati che corrispondono a standard tecnologici, costituisce una formalizzazione che automatizza (almeno parzialmente) la norma. Paradossalmente, nel tentativo di rafforzare e di propalare la norma sociale della condivisione sulla quale poggia il progetto Creative Commons, la formalizzazione mediante contratto standard e standard tecnologici dà vita ad una norma che, in quanto contrattualmente e tecnologicamente formalizzata, assume una natura differente [Caso 2009].

Le norme sociali contano anche nell'ambito dello scambio non autorizzato di file protetti da *copyright* sulle reti di *file sharing peer to peer*, fenomeno sul quale si tornerà tra un attimo. In questo caso rileva il rapporto tra norma sociale (forma di controllo dell'informazione digitale) e legge (forma di controllo dell'informazione digitale). Malgrado la legge dichiari illecito questo tipo di *file sharing*, molte persone che lo praticano sono convinte di essere nel giusto e di rappresentare il comportamento della maggioranza. Nell'ambito del *file sharing* la sussistenza di norme sociali sembra influenzare gli effetti e l'efficacia delle strategie di contrasto ai comportamenti illeciti [Schultz 2006].

3.3. La tecnologia come forma di controllo dell'informazione digitale

Tecnologie. Non esistono tecnologie buone e tecnologie cattive. L'uomo può utilizzare la tecnologia per differenti finalità. Questa osservazione – per quanto scontata – è ricca di implicazioni sul piano delle regole del diritto d'autore.

Come già rilevato sopra, gli antecedenti storici del diritto d'autore moderno nascono in connessione all'invenzione della stampa a caratteri mobili. Sulla stampa si fondano i concetti – intesi come concetti giuridici del diritto d'autore – di «originale» e di «copie» legittime dell'originale. Ma fu la stessa stampa a rendere possibile la c.d. pirateria (contraffazione), cioè la stampa non autorizzata dal potere costituito. Anzi qualcuno rovescia l'assunto e dice che il primo embrione del diritto d'autore nasce in conseguenza dell'emersione della pirateria. Dunque, la stampa ha costituito il primo strumento tecnologico per reclamare, ma anche per violare, i diritti d'autore.

Lo stesso si può dire oggi per le tecnologie digitali. Ad esempio, la crittografia digitale – in particolare quella a chiavi asimmetriche – può essere usata per proteggere le opere, ma è lo stesso studio della crittografia a rendere evidenti le falle delle protezioni crittografiche.

Questo ragionamento non sembra condiviso dalle ultime leggi sul diritto d'autore. Come si è accennato sopra, esse cercano di disciplinare la produzione di tecnologia, scavando un solco netto fra tecnologie di protezione e tecnologie di elusione della protezione.

Misure tecnologiche di protezione. Il controllo dell'informazione contenuta nelle opere dell'ingegno ha sempre fatto leva sulla tecnologia. Nell'esempio riportato sopra, le porte del teatro consentono di chiedere un prezzo per la fruizione dell'opera teatrale. Recentemente si sono sperimentate nuove forme tecnologiche di protezione. Si pensi all'*editing* di testi finalizzato a rendere poco leggibile la fotocopia.

Tuttavia, la vera rivoluzione del controllo basato sulla tecnologia avviene con l'informatica. La crittografia digitale consente di costruire software per il controllo dell'accesso e dell'uso di qualsiasi opera espressa in codice binario. La legislazione si riferisce a questo tipo di tecnologia – non solo a quella basata sulla crittografia – come a misure tecnologiche di protezione (MTP).

Digital rights management (DRM) [Cohen 1998; Burk e Cohen 2001; Samuelson 2003; Radin 2004; Bechtold 2004; Caso 2004]. L'espressione è adoperata con significati differenti. Secondo un'accezione generica, DRM è utilizzato come sinonimo di MTP digitali poste a protezione dell'accesso e dell'uso del contenuto. Un secondo, più preciso, significato identifica la versione più moderna e sofisticata delle MTP. La modernità delle nuove MTP sta nel fatto che esse sono innervate nell'architettura del sistema di trasmissione e fruizione dell'informazione digitale. Si tratta di un'idea messa a punto alla metà degli anni '90 presso il PARC di Xerox a Palo Alto da Mark Stefik, uno scienziato informatico. Stefik è stato il primo a formalizzare in modo compiuto l'idea dei *Trusted systems* dalla quale deriva anche il DRM [Stefik 1997]. In parole povere, facendo leva soprattutto sulla crittografia, i *content providers* possono distribuire i propri contenuti decidendo a monte dove, come e quando gli stessi contenuti possono essere fruiti. Ad esempio, si può decidere di distribuire un file musicale che può essere ascoltato solo 10 volte. Si può decidere che quel file può essere letto solo con alcuni apparecchi. Si può decidere che quel file può essere letto solo in una determinata zona geografica. Il DRM è già ampiamente diffuso. Si pensi a programmi come Windows Media Player, iTunes e RealPlayer.

Dunque, il DRM è qualcosa di molto più potente e sofisticato delle classiche MTP. Perché si possa parlare di architettura DRM, è necessario che ogni hardware e software incorpori gli standard DRM. La logica DRM mira perciò ad essere ubiquitaria.

Le principali componenti dei sistemi di DRM sono:

- 1) le MTP basate principalmente sulla crittografia digitale, ma anche su altre tecnologie come il *watermarking* (marchiatura) e il *fingerprinting* (rintracciamento) digitali;
- 2) i metadati che accompagnano il contenuto che sono in grado di descrivere in un linguaggio che è comprensibile al computer:
 - il contenuto;
 - il titolare del contenuto;
 - l'utente;
 - le regole per l'utilizzo del contenuto (se esso può essere copiato, stampato, ridistribuito, ecc., dove può essere fruito, con quali apparecchi può essere fruito), espresse in linguaggi che vengono denominati *Rights expression*

languages (REL), come l'*eXtensible rights markup language* (XrML), che è uno degli standard di maggiore successo. I REL sono il cuore dei sistemi di DRM.

Il DRM dunque mira a tradurre le regole contenute nelle licenze d'uso (come l'EULA) in un linguaggio che sia comprensibile alle macchine. Si tratta in altri termini della più avanzata forma di automazione del contratto. La violazione delle regole incorporate dal DRM è assistita da sofisticate protezioni tecnologiche. Ad esempio, mediante il DRM, la clausola dell'EULA che vieta l'installazione del software su più di tre computer si traduce in un meccanismo che impedisce automaticamente all'utente la quarta installazione. Al tentativo di procedere alla quarta installazione il computer reagirà disattivando del tutto la procedura.

La standardizzazione del contratto (licenza d'uso) si traduce in standard tecnologici che per loro natura sono rigidi e predeterminati. La tutela giuridica (mediante l'*enforcement* garantito dall'apparato statale) è sostituita – o quantomeno, anticipata – da un'autotutela tecnologica in grado di individuare, tracciare e punire coloro i quali violano le regole incorporate nella macchina.

I problemi di compatibilità di questo scenario con il diritto occidentale sono oggetto di un'estesa letteratura. In particolare, si discute dei problemi che il DRM pone sul piano del *copyright*, del diritto dei contratti, della privacy e dell'antitrust.

Trusted computing (TC) [Anderson 2003; Caso 2006]. È una delle molteplici espressioni usate per denominare il coordinamento di alcune iniziative che fanno capo ad imprese leader del settore dell'hardware e del software. Il *Trusted computing group* (TCG) è un'organizzazione non profit promossa da grandi imprese del settore dell'informatica⁶⁶. Nella presentazione sul sito web di riferimento si legge che gli obiettivi del gruppo sono lo sviluppo e la diffusione di specifiche per standard aperti finalizzati alla produzione di sistemi con architettura TC composta da elementi hardware e software in grado di essere incorporati su differenti piattaforme, periferiche e dispositivi quali personal computer, palmari e telefoni digitali. Una tale architettura

informatica risponderebbe principalmente all'esigenza di rendere più sicuri – ovvero protetti tanto da attacchi compiuti mediante software quanto da attacchi compiuti direttamente sul sistema hardware – la conservazione dei dati, le prassi del *business on-line*, e i contratti del commercio elettronico, garantendo la funzionalità del sistema, la privacy e i diritti individuali.

Come gli attuali sistemi di DRM, il TC si basa su un uso massiccio della crittografia. Non pare, quindi, infondata l'affermazione che imputa all'idea originaria di TC le primarie finalità del DRM, cioè la protezione del *copyright*. Diversamente dal DRM, però, il TC mira a diventare un'infrastruttura assolutamente ubiquitaria con finalità che vanno molto al di là della gestione in forma protetta di informazioni digitali. L'attuale concezione del TC risponde, infatti, all'obiettivo di creare un ambiente informatico fatto di hardware e software «sicuro», cioè con caratteristiche diverse da quelle di tutti gli altri sistemi informatici. Non è un caso che il TC sia destinato ad essere innervato nelle componenti hardware (un microchip della scheda madre) e software (il sistema operativo) basilari, in quanto è proprio l'integrazione tra protezioni hardware e software che – come già accennato – garantisce i massimi livelli di protezione tecnologica attualmente possibili. Tornando alla crittografia, l'aspetto più preoccupante della logica del TC sta proprio nella necessità che l'hardware, il software e i dati dell'utente siano certificati attraverso chiavi crittografiche. In forma più evidente rispetto al DRM si pone, dunque, il problema della dislocazione del controllo del sistema informativo dall'utente al certificatore.

3.4. La legge in relazione con le altre forme di controllo dell'informazione digitale

Ridefinizione del diritto di esclusiva. La prima reazione legislativa all'irruzione delle tecnologie digitali sulla scena del mercato della creatività è stata la ridefinizione del diritto di esclusiva sul quale si fonda il diritto d'autore tradizionale. Si è tentato cioè di rafforzare e di estendere la portata del diritto di esclusiva o di conformare il contenuto di quest'ultimo sulle caratteristiche delle tecnologie digitali. Esempi di tale tendenza si trovano nella

⁶⁶ Cfr. il sito web: <http://www.trustedcomputinggroup.org>.

tutela del software e delle banche dati⁶⁷. Tuttavia si tratta di una tendenza che arriva a contaminare le norme generali deputate a definire la facoltà che costituisce l'architrave del diritto patrimoniale d'autore, vale a dire il diritto di riproduzione.

La formulazione originaria dell'art. 13, legge 633/1941 era la seguente:

[i]l diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie dell'opera con qualsiasi mezzo, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione.

La nuova formulazione, risultato dell'attuazione della direttiva 2001/29/CE, è la seguente:

[i]l diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie *diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte* dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione.

È evidente, dunque, il tentativo di riservare al titolare dei diritti d'autore il potere di controllo su forme di copiatura come quelle temporanee e parziali che sono tipiche della dimensione digitale. Il punto è che le tradizionali tecniche di tutela del diritto di riproduzione nei fatti non sono in grado di assicurare l'efficacia del nuovo potere di controllo⁶⁸.

Tuttavia, questa tendenza legislativa non deve essere affrettatamente giudicata come ingenua. Paradossalmente l'estensione del diritto di esclusiva costituisce la necessaria premessa di nuovi diritti e nuove tecniche di tutela che puntano non tanto alla disciplina di un diritto di esclusiva, quanto alla disciplina indiretta o diretta della tecnologia. Il complesso delle nuove

⁶⁷ Cfr. artt. 64-bis, lett. a, e 64-quinquies, lett. a, legge 633/1941.

⁶⁸ Più in generale, per l'introduzione di misure efficaci tese a rendere effettivo il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, cfr. la direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, attuata in Italia con d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140.

forme di tutela del controllo delle informazioni digitali (cioè del controllo di macchine, dati e reti di comunicazione) solleva delicati e complessi problemi di bilanciamento del diritto d'autore con altri diritti e libertà di rango fondamentale (come la libertà di pensiero, la libertà di iniziativa economica, la privacy e la protezione dei dati personali).

Diritto di credito relativo a una percentuale del prezzo di rivendita di apparecchi e supporti. Di fronte alla consapevolezza che alcuni strumenti (come registratori e videoregistratori anche digitali) svuotano di significato il diritto esclusivo di riproduzione attribuito agli autori (perché di fatto è difficile scoprire e perseguire chi utilizza detti strumenti per copiare opere protette), si è preferito introdurre un regime in base al quale ad autori ed editori compete un diritto di credito – indicato dalla nostra legge come diritto ad un «equo compenso» – verso i produttori ed importatori di supporti di registrazione audio e video e di apparecchi di registrazione amministrato da società di gestione collettiva dei diritti (come la SIAE)⁶⁹. In sostanza una percentuale del prezzo di acquisto di apparecchi e supporti per la copia privata viene attribuita alla comunità degli autori e degli editori. Questi ultimi non possono (di fatto) impedire la riproduzione delle proprie opere, ma almeno ottengono una retribuzione. In questo caso l'evoluzione tecnologica è stata affrontata creando un diritto di credito per l'utilizzo di una tecnologia che serve (anche) alla copia dell'opera protetta. Si tratta di un meccanismo imperfetto, poiché le tecnologie per la copia privata possono essere utilizzate per scopi diversi dalla copia di un'opera protetta dal diritto d'autore.

Esempio di siffatto approccio è contenuto nella direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione del 22 maggio 2001, attuata in Italia con d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, che ha modificato le norme della legge 633/1941⁷⁰.

⁶⁹ In Germania un approccio simile era stato introdotto (per le audiocassette) già con la legge di riforma del diritto d'autore del 1965 (cfr. § 53).

⁷⁰ Cfr., ad esempio, l'art. 71-septies, legge 633/1941, il cui comma 1 così recita: «Gli autori ed

La responsabilità indiretta: dalla produzione dei videoregistratori agli ISP. Quando, nel 1998, il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) venne emanato, la minaccia delle reti P2P era ancora di là dall'essere percepita. La casistica presa in considerazione dal legislatore statunitense guardava piuttosto al caso dell'*Internet service provider* (ISP) che, nell'ambito delle reti a struttura gerarchica, forniva, o aiutava terzi a fornire, illecitamente al pubblico contenuti protetti da *copyright*. La scelta del legislatore fu di creare alcune esenzioni di responsabilità per gli ISP che si limitano ad offrire servizi di intermediazione (come l'accesso alla rete e la trasmissione dei dati): c.d. *safe harbor provisions*. Questa scelta è stata ripresa dal legislatore comunitario che nella direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico estende – apportandovi rilevanti modifiche – il modello americano all'intera attività svolta dagli ISP. Per approfondimenti sulla responsabilità dei *providers* si rinvia al capitolo sul commercio elettronico.

Tuttavia, la logica posta alla base delle *safe harbor provisions* non è quella dell'esenzione totale di responsabilità.

Infatti, in base alle *safe harbor provisions*, codificate alla 17 U.S.C. § 512, una vera e propria esenzione di responsabilità vale solo per l'ISP che offre unicamente servizi di trasmissione, *routing* e connessione.

Per gli ISP che offrono servizi di *caching* o memorizzazione temporanea, di *hosting* (cioè di ospitalità sui propri *servers*), di *linking* o di rinvio, relativamente a materiale in violazione del *copyright*, vale il meccanismo denominato *notice-and-takedown process*. Tale meccanismo subordina l'esenzione di responsabilità ad un determinato comportamento. L'ISP, il quale

i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'art. 71-sexies. Detto compenso è costituito, per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, che per gli apparecchi polifunzionali è calcolata sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso per apparecchio. Per i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi, il compenso è costituito da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti. Per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso di cui al presente comma è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso». Cfr., altresì, il decreto del 30 dicembre 2009 del ministro per i Beni e le Attività culturali contenente la determinazione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi ai sensi dell'art. 71-septies, legge 63/1941.

riceva un'appropriata – nel senso che deve rispondere ad alcuni requisiti stabiliti dalla legge – notifica di una lamentata violazione da parte di un titolare di *copyright*, deve provvedere rapidamente a rimuovere il materiale in violazione o a disabilitare l'accesso al medesimo materiale.

Nel celebre caso Napster sul banco degli imputati (in senso figurato) è finito un software omonimo che consente ai navigatori di una rete di *file sharing* P2P di scambiare i file MP3 memorizzati sui dischi rigidi dei computer degli stessi utilizzatori⁷¹. Inutile dire che nei panni degli accusatori figuravano le case discografiche che volevano sentire dichiarare il proprio diritto esclusivo a sfruttare il nuovo mercato rappresentato dalla possibilità di copiare, trasferire, trasmettere e distribuire le composizioni musicali via rete e con metodologie diverse da quelle proprie dei tradizionali canali distributivi (ad esempio i supporti fisici dei cd).

Negli Stati Uniti, le corti federali chiamate a decidere sul caso hanno applicato l'istituto di creazione giurisprudenziale della violazione indiretta del *copyright* per *contributory or vicarious infringement*. Semplificando, si può dire che in base a questo istituto, al ricorrere di una serie di presupposti, è possibile imputare una responsabilità indiretta al soggetto che ha concorso con la (o che si è avvantaggiato della) violazione diretta del *copyright* da parte di un terzo soggetto. Si tratta della stessa *doctrine* applicata al caso Sony Betamax concernente i videoregistratori sopra richiamato. In quell'occasione la Corte suprema degli Stati Uniti aveva posto l'accento sul fatto che la violazione per concorso (*contributory infringement*) va esclusa quando una tecnologia è suscettibile di sostanziali e rilevanti usi legittimi (cioè non in violazione del *copyright*). Diversamente da Sony, però, Napster, il produttore della tecnologia, è stato ritenuto responsabile. Prescindendo dai dettagli relativi al ragionamento giuridico svolto dai giudici americani, è interessante notare come l'architettura della rete P2P abbia giocato un ruolo determinante nella condanna di Napster. In questo tipo di architettura gli utenti rintracciavano i brani musicali facendo necessariamente leva sul *server* di Napster il quale forniva il servizio di indicizzazione dei file MP3 presenti sulla rete. La Corte d'appello del Nono circuito ha imputato a Nap-

⁷¹ *A & M Records Inc. v. Napster Inc.*, No. C 99-05183 MHP, No. C 99-0074 MHP.

ster il fatto che sapeva o avrebbe dovuto sapere degli usi della rete P2P in violazione del *copyright*. Il rimedio chiesto alla Corte mirava ad incidere sui *servers* di Napster.

Probabilmente questa decisione ha influenzato chi progetta e commercializza software per la gestione di reti P2P. Infatti, sono state messe a punto architetture di P2P c.d. puro, nell'ambito delle quali gli utenti si scambiano direttamente file (non solo di testo e musicali ma, grazie alle più avanzate tecnologie di compressione, anche video) senza bisogno di far leva su un *server* gestito da un'impresa intermediaria.

La speranza dei produttori era evidentemente quella di sfuggire ad una condanna analoga a quella inflitta a Napster. Ma così non è stato. Il caso *Grokster*, che riguardava la produzione di P2P puro, è giunto fino alla Corte suprema federale⁷². Quest'ultima, rovesciando la decisione d'appello del Nono circuito⁷³, ha condannato i produttori del software P2P per violazione indiretta del *copyright*, ponendo l'accento sull'attività di induzione alla violazione (*inducement of direct infringement*) effettuata dai produttori del software al fine di promuovere l'utilizzo del proprio prodotto. Pur formalmente non rovesciando il proprio autorevole precedente del caso *Sony*, la Corte suprema rielabora la *doctrine* della responsabilità indiretta. In buona sostanza, la Corte afferma che anche quando un prodotto è suscettibile di usi non in violazione sussiste la responsabilità se lo stesso prodotto è messo in commercio con il fine effettivo di indurre alla violazione del *copyright*⁷⁴.

Tra le ultime vicende relative al *file sharing* spicca quella di Pirate Bay. Si tratta di un sito Internet svedese dedicato all'indicizzazione di file con estensione «.torrent», cioè di file che girano su un particolare protocollo di rete P2P denominato *Bit torrent* che è divenuto celebre per la sua efficienza e velocità nello scambio di file. Semplificando, il file originale che racchiude il contenuto (testuale, musicale o filmico) è spezzettato in una miriade di pacchetti di dati che vengono ricomposti a destinazione. Per la ricomposi-

zione dei pacchetti è necessario un file-indice (con tutte le informazioni sui pacchetti) che viene detto appunto *torrent*⁷⁵. Il sito Pirate Bay – con *servers* localizzati in Svezia – è un motore di ricerca specializzato (ne esistono molti) nel rintracciamento di file *torrent*. I responsabili del sito hanno subito una serie di azioni legali in diversi paesi. In Svezia la causa ha assunto i caratteri dell'azione penale. In primo grado quattro persone nell'aprile del 2009 sono state condannate. Anche in Italia la vicenda è oggetto di un procedimento penale a carico dei responsabili del sito. Nell'ambito di questo procedimento il GIP del Tribunale di Bergamo con ordinanza del 1° agosto 2008 ha emesso un sequestro preventivo del sito web www.thepiratebay.org disponendo altresì che gli ISP operanti sul territorio italiano impedissero ai propri utenti l'accesso al sito nonché ai relativi *alias* e nomi di dominio rinviati al medesimo. Il tribunale del riesame ha revocato il provvedimento, ma la Cassazione ha poi confermato con sentenza del 29 settembre 2009 il sequestro⁷⁶. Le cronache riferiscono che, nonostante il provvedimento di sequestro, il sito rimane – mediante alcuni accorgimenti tecnici – accessibile agli utenti italiani. La vicenda è interessante per una serie di profili. Uno su tutti. L'azione legale contro i responsabili del sito ha indotto in Svezia la formazione di un partito politico che ha fatto del contrasto alle leggi alla proprietà intellettuale la sua bandiera, riscuotendo un notevole successo tra i giovani. Il segno forse che la legge trova difficoltà nel ribaltare una norma sociale⁷⁷.

Un altro caso recente vede coinvolto YouTube (e il suo attuale proprietario: Google). Negli Stati Uniti Viacom, colosso dell'intrattenimento audiovisivo, ha mosso causa a YouTube lamentando la violazione del *copyright* per i video caricati dagli utenti che riproducono brani delle proprie opere. La causa è ancora in corso⁷⁸. Un'analoga controversia è stata intentata da Mediaset per la protezione del proprio programma televisivo «Il grande fratello

⁷² Per una spiegazione del funzionamento del protocollo cfr. la voce inglese di Wikipedia «BitTorrent (protocol)» su http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent_%28protocol%29.

⁷³ Cass., 29 settembre 2009, n. 49437, *Sunde Kolmisoppi e altri*.

⁷⁴ Sulla vicenda cfr. la ricostruzione di taglio giornalistico di Neri [2009].

⁷⁵ La documentazione della causa è disponibile sul sito Justia <http://news.justia.com/cases/featured/new-york/nysdce/1:2007cv02103/302164/>.

⁷² *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 125 S.Ct. 2764 (2005).

⁷³ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F3d 1154 (9th Cir. 2004).

⁷⁴ In Italia la questione del *file sharing* è stata affrontata in via legislativa. Cfr. il d.l. 22 marzo 2004, n. 72, come modificato dalla relativa legge di conversione, nonché il d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, come modificato dalla relativa legge di conversione, i quali hanno inciso sulla legge 633/1941.

decima edizione». Il procedimento è in fase cautelare. Il Tribunale di Roma con ordinanza del 16 dicembre 2009 ha ordinato a YouTube la rimozione dai propri *servers* e la conseguente disabilitazione all'accesso di tutti i contenuti riproducenti sequenze di immagini fisse o in movimento relative al programma televisivo e ha inibito la prosecuzione della violazione dei diritti d'autore⁷⁹.

«*File sharing*» illecito e identificazione degli utenti: il conflitto tra diritto d'autore e protezione dei dati personali [Caso 2007; 2008b]. Alcune imprese titolari di diritti d'autore su repertori di opere musicali si servono di altre imprese, che forniscono, mediante l'utilizzo di appositi software, servizi di monitoraggio delle reti P2P, al fine di individuare e memorizzare elementi che comprovino le violazioni dei propri diritti e l'individuazione dei responsabili di tali violazioni. L'esatto funzionamento dei software di monitoraggio non è chiaro (anche perché sembra coperto da segreti industriali). Tali software sono in grado di tracciare e memorizzare una serie di informazioni – tra le quali gli indirizzi IP – relative alle presunte attività illecite. Una volta ottenute le informazioni (in particolare, gli indirizzi IP), le imprese titolari dei diritti d'autore richiedono (direttamente, o per il tramite delle associazioni di categoria) agli *Internet service providers* (ISP) coinvolti nel traffico P2P di rivelare l'identità e l'indirizzo fisico delle persone titolari delle utenze telefoniche associabili agli indirizzi IP tracciati. Nei casi in cui gli ISP si rifiutano di fornire i dati, le imprese titolari agiscono presso il giudice civile per ottenere coattivamente le informazioni.

In Europa queste azioni si basano sulla direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Una causa spagnola vertente su una di queste azioni è giunta davanti alla Corte di giustizia europea. La questione sottoposta al giudizio della Corte atteneva alla compatibilità della legge spagnola con la trama di direttive comunitarie relative, oltre alla proprietà intellettuale (il riferimento è alla direttiva appena citata), a commercio elettronico e protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, incentrandosi sul quesito relativo alla sussistenza dell'imposizione rivolta agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento

⁷⁹ L'ordinanza è disponibile su <http://www.tgcom.mediaset.it/res/doc/sentenzatribunale.pdf>.

civile. La risposta della Corte è stata che il diritto comunitario non impone di istituire tale obbligo⁸⁰.

In Italia una controversia di questo genere è stata oggetto – oltre che di una serie di pronunce del Tribunale di Roma⁸¹ – di un pronunciamento del Garante per la protezione dei dati personali, il quale ha dichiarato illeciti i trattamenti effettuati dai soggetti coinvolti nel monitoraggio delle reti P2P, vietandone l'ulteriore trattamento e disponendone la cancellazione⁸².

L'inasprimento della lotta alla c.d. pirateria digitale e le nuove tendenze legislative sul ruolo degli ISP. Nell'ambito dell'ondata legislativa internazionale e nazionale volta a rafforzare la tutela della proprietà intellettuale e del diritto d'autore⁸³, si segnalano alcune tendenze normative che spingono a un maggiore coinvolgimento degli *Internet service providers*, in particolare di quei *providers* che forniscono servizi di accesso e connettività alla rete.

In buona sostanza, si tratta di tecniche di tutela basate su:

- a) aggravio dell'attuale regime di responsabilità dell'ISP (anche allo scopo di identificare gli utenti che violano il diritto d'autore)⁸⁴;
- b) sanzioni consistenti nella sospensione dell'accesso a Internet da parte dell'abbonato ai servizi di connessione⁸⁵.

⁸⁰ Corte giustizia CE 29 gennaio 2008, n. 275/06, in «Dir. Internet», 2008, 45.

⁸¹ Trib. Roma, 17 marzo 2008, in «Giur. it.», 2008, 173; 22 novembre 2007, in «Foro it.», 2008, I, c. 1329; 1° marzo 2007, in «Dir. Internet», 2007, 46; 9 febbraio 2007, in «Riv. dir. ind.», 2008, II, 32; 27 settembre 2006, «Annali it. dir. autore», 2007, 960; 19 agosto 2006, in «Dir. ind.», 2007, 592.

⁸² Garante protezione dati personali, 28 febbraio 2008, <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1495246>.

⁸³ Sul piano internazionale, oltre alla già citata direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, si veda l'*Anti-counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), una proposta di trattato internazionale multilaterale finalizzata alla fissazione di standard comuni per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale che vede, tra i suoi partecipanti, gli Stati Uniti, l'Unione europea, l'Australia, il Canada, il Giappone e altri paesi.

⁸⁴ Si pensi al progetto di legge britannico denominato *Digital Economy Bill* (HL) disponibile sul sito <http://services.parliament.uk/bills/2009-10/digitaleconomy.html>.

⁸⁵ Il riferimento è al quadro normativo francese risultante, dopo le censure del Consiglio costituzionale, dalla *loi n. 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet* (detta anche *Loi Création et Internet*), che prevede, tra l'altro, l'istituzione di un'autorità indipendente – l'Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) – con funzioni di contrasto alla pirateria digitale e dalla successiva *loi n. 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*.

In Italia una recente indagine conoscitiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni prova a ricostruire il quadro di queste tendenze normative⁸⁶, immaginando quali possono essere i margini di intervento della medesima Autorità nella lotta alla pirateria digitale e sottolineando, a più riprese, come qualsiasi forma di tutela del diritto d'autore debba preservare il diritto di accesso a Internet.

Tutela delle misure tecnologiche di protezione. Le discussioni della giurisprudenza americana sulla responsabilità indiretta per violazione del *copyright* costituiscono esempi eloquenti di uno slittamento del diritto d'autore dalla disciplina di un diritto di esclusiva alla disciplina della tecnologia. Un passo ulteriore su questa china (assai scivolosa) è stato provocato dall'avvento delle misure tecnologiche di protezione⁸⁷.

La prima rilevante forma di tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione (MTP) si deve ai *World Intellectual Property Organization* (WIPO) *Treaties* del 1996. I legislatori statunitense ed europeo hanno dato attuazione al mandato internazionale emanando rispettivamente il già citato *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998 e la direttiva 2001/29/CE. Semplificando, il nucleo comune delle norme sta nel triplice divieto:

- a) di elusione delle MTP delle opere;
- b) di produzione o diffusione di tecnologie «principalmente finalizzate» all'elusione delle MTP delle opere;
- c) di rimozione o alterazione delle informazioni sul regime dei diritti.

Si tratta di normative assai complesse – per non dire confuse – e assistite da severe sanzioni penali. I problemi che esse pongono sono oggetto di una vasta letteratura [Lemley *et al.* 2003; Hugenholtz *et al.* 2007]. In questa sede è sufficiente rilevare che la fattispecie *sub b* punta a rovesciare la logica del principio applicato pur in diverso ambito al caso Sony Betamax: la norma sembra affermare che è sufficiente la prevalenza della finalità elusiva a far scattare il divieto. L'applicazione giurisprudenziale dimostra che questo tipo

⁸⁶ AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, disponibile su <http://www.agcom.it/default.aspx?message=viewdocument&DocID=3790>.

⁸⁷ Secondo Trib. Forlì, 5 febbraio 2003, in «Annali it. dir. autore», 2003, p. 959, l'intervento sui dispositivi di protezione applicati ad un software altrui si traduce in una modifica non autorizzata del programma stesso e costituisce, pertanto, violazione dei relativi diritti d'autore.

di divieto costituisce un'altra pericolosa estrinsecazione della fragile idea in base alla quale si pretende di distinguere fra tecnologia buona e cattiva.

La direttiva 2001/29/CE è stata attuata in Italia con d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il quale ha pesantemente novellato la legge 22 aprile 1941, n. 633, sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Nel nostro ordinamento, la disciplina sulle misure tecnologiche di protezione discendente dall'art. 6 della direttiva 2001/29/CE si ritrova, quindi, sparsa in diverse norme della legge 633/1941, fra le quali rilevano in particolare gli artt. 102-*quater* (che definisce e disciplina in prima battuta le efficaci misure tecnologiche di protezione), 71-*quinquies* (sul rapporto tra eccezioni e misure tecnologiche), 71-*sexies* (sul rapporto tra copia privata e misure tecnologiche) e 171-*ter* (sulle conseguenze penali per il «traffico» di tecnologie principalmente finalizzate all'elusione di misure tecnologiche).

In particolare, l'art. 26, d.lgs. 68/2003 ha inserito nell'art. 171-*ter* la lett. *f-bis*, la quale punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni chiunque, a fini di lucro,

fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti, o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche di cui all'art. 102-*quater* ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure.

La norma ha trovato applicazione al caso della modificazione delle *console* per videogiochi Sony Playstation, un caso oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali anche all'estero. I *modification chips* – conosciuti comunemente con il nome di *modchips* – sono componenti hardware destinate a modificare le funzionalità originarie delle *console* per videogiochi. I produttori di *console* infatti costruiscono i loro apparecchi limitandone preventivamente le funzionalità. La limitazione delle funzionalità risponde principalmente ai seguenti scopi:

- a) impedire che possano funzionare giochi diversi da quelli prodotti (o la cui produzione è stata autorizzata mediante contratti di licenza) dal

costruttore della *console* o che possano funzionare copie dei supporti «originali» dei giochi (non autorizzate dal medesimo costruttore);

b) impedire che possano funzionare supporti di giochi che hanno un codice regionale (ad esempio, Nord America, Europa, Asia, ecc.) differente da quello imposto dal costruttore della *console* per l'area geografica di riferimento.

La casistica presenta opinioni giurisprudenziali diversificate sulla liceità dei *modchips*. La Cassazione italiana propende attualmente per l'illiceità⁸⁸. Alcune voci della dottrina sostengono che questo tipo di cause estrinseca un uso improprio della tutela legislativa delle misure tecnologiche di protezione dei diritti d'autore finalizzato a falsare il gioco della concorrenza. Secondo questa prospettiva, la Sony, mediante le misure tecnologiche di protezione, mira a garantirsi una compatibilità blindata tra la piattaforma (*console*) e i beni complementari (videogiochi). Il fine non sarebbe tanto quello di difendere i diritti d'autore, quanto quello di escludere l'interoperabilità con piattaforme e beni complementari prodotti da altri, rafforzando il proprio potere di mercato sia nel settore della vendita di *console* sia in quello del commercio dei videogiochi [Caso 2008b].

Imposizione di standard tecnologici. Piuttosto che disciplinare indirettamente la produzione della tecnologia attraverso norme come la responsabilità indiretta per violazione del *copyright* o per la produzione di tecnologie prevalentemente elusive, lo Stato può, attraverso leggi e regolamenti, imporre standard tecnologici. Anche questa strada è stata perseguita per tutelare gli interessi di autori ed editori nell'era digitale. In particolare vi sono esempi di leggi e regolamenti che impongono l'adozione di determinati standard di MTP. Ad esempio il § 1002(a) dell'*Audio Home Recording Act* (AHRA) prevede che ogni *Digital audio recording device* si conformi a un *Serial copy management system* (SCMS), una MTP progettata per impedire le copie seriali.

Più recentemente la Federal Commercial Commission (FCC) statunitense ha imposto uno standard di MTP per la televisione digitale denomi-

nato *broadcast flag* (codice di marcatura binario associato ad un contenuto diffuso attraverso la televisione digitale). Esso è finalizzato a restringere l'uso del contenuto. Il codice può, ad esempio, indicare che il contenuto al quale è associato non può essere registrato. Si tratta insomma di una sorta di DRM. La *rule* della FCC ha sollevato molte critiche, e ha finito per essere annullata da una decisione di una corte d'appello federale.

In sintesi, per quel che attiene il diritto d'autore l'avvento dell'era digitale comporta quanto segue:

- le prime regole a tutela del diritto d'autore vengono formulate con la nascita delle tecnologie che consentono la copia in serie dei libri;
- il modello tradizionale di diritto d'autore (per definizione legato alle tecnologie) entra in crisi perché è estremamente facile riprodurre e distribuire opere protette a livelli qualitativi ottimali;
- l'uso della tecnologia fa evolvere i concetti di opera, di autore, di creatività e ridefinisce le modalità attraverso le quali è possibile remunerare il lavoro degli autori;
- la stessa tecnologia può fornire strumenti efficaci (più delle astratte formulazioni normative) per assicurare la tutela degli interessi degli autori e degli editori.

⁸⁸ Cass., 25 maggio 2007, in «Foro it.», 2008, II, c. 27.