

INFORMATION TECHNOLOGY LAW

DISPENSE
(Ignazio Zangara)

.....

SEZIONE IV

DIRITTO D'AUTORE E NUOVE TECNOLOGIE

INTRODUZIONE

Il tema della protezione del software e dei dati in formato elettronico appartiene al Diritto dell'Informatica. Da questa sezione cambieremo dunque prospettiva di analisi e ci concentreremo sulla riflessione giuridica che il Diritto opera sull'Informatica o, meglio, sulle tecnologie informatiche e telematiche.

Nella presente sezione ci dedicheremo della tutela del software e delle banche dati, intesa non come tutela del supporto in cui i programmi e i dati sono memorizzati, ma del contenuto ideato, progettato e realizzato da un soggetto.

Per garantire e tutelare l'autore (creatore) di un programma per elaboratore il diritto prevede una particolare disciplina dedicata ai beni immateriali, poiché del tutto inutile sarebbe trattare allo stesso modo (in termini di tutela giuridica), ad esempio, un orologio, un quadro, una scultura o una poesia o un software. Infatti, si può dire che la materialità dell'orologio, del quadro e della scultura consente di proteggere l'oggetto in senso fisico nelle "mani" di chi ne possiede un titolo legittimo. L'eventuale squilibrio che si dovesse creare con la sottrazione del bene materiale a quest'ultimo potrà essere, per così dire, sanato con la restituzione dell'oggetto. L'orologio, nell'esempio, in ragione della sua "materialità" può essere utilizzato soltanto dal legittimo proprietario o da chi detiene, appunto, un titolo che ne legittimi la detenzione (noleggio, comodato d'uso, ecc.). Per la poesia, il software e per gli altri beni immateriali la medesima tutela giuridica potrebbe rivelarsi inefficace. Pensare di proteggere l'opera dell'ingegno immateriale con il possesso fisico ha poco senso, non solo perché la destinazione naturale della gran parte delle opere dell'ingegno è la cessione dell'utilizzo a terzi, ma anche perché tanto il software quanto altri prodotti digitali (banche dati, immagini, testi, suoni) sono replicabili all'infinito in modo semplice e veloce al punto che originale e copia del prodotto divengono del tutto indistinguibili. Entrando nel vivo dell'argomento, il diritto per tutte le opere dell'ingegno prevede la protezione morale e patrimoniale in capo a chi ne risulti essere il creatore. Tale protezione riconosce al creatore del prodotto dell'intelletto lo sforzo sostenuto per la sua realizzazione, oltre che in termini di ingegno, anche in termini economici e di tempo.

In base a tali presupposti, il sistema normativo intende difendere principalmente le energie intellettuali spese nell'attività di programmazione di un'applicazione informatica evitando che altri se ne servano impropriamente o, peggio, si attribuiscono la paternità del prodotto.

EVOLUZIONE NORMATIVA

In Italia, soltanto nel dicembre 1992 con il D.Lgs. n. 518 (in attuazione della Direttiva comunitaria n. 250/1991), che ha modificato la legge n. 633/1941 intitolata "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", c.d. legge sul diritto d'autore (l.d.a.), è stata attuata la tutela penale per le violazioni riguardanti i programmi per elaboratore, colmando un vuoto legislativo¹. Prima di quella data (1992) le attività di abusiva duplicazione e commercializzazione di software erano considerate penalmente irrilevanti, anche a causa del divieto di interpretazione analogica di disposizioni che regolano casi simili – che si sarebbero potute 'prendere in prestito' per dettare la disciplina per le nuove situazioni createsi – in ambito penale. La giurisprudenza, solo per

¹ Le principali fattispecie di reato introdotte dal citato D.Lgs. n. 518 a protezione dei programmi per elaboratore saranno trattate nella sezione dedicata ai reati informatici.

ciò che riguarda l'ambito civile, aveva avvertito il problema della lacuna normativa e, ai casi che le venivano sottoposti, applicava al software in via analogica, dapprima le norme sulla concorrenza sleale, (visto che i software non erano ritenuti in un primo momento opere aventi carattere creativo) e, successivamente, la normativa in materia di diritto d'autore. Appare oggi singolare, e per certi versi bizzarro, come il Pretore di Torino nel 1982 risolse una questione (in primo grado di giudizio) che gli era stata sottoposta dalla Atari Inc. (società statunitense che produceva *videogames*) contro la Sidam Srl (altra società produttrice di videogiochi). La questione sottoposta al giudice verteva sulla copia di tre videogiochi ('Asteroid', 'Missile Command' e 'Centipede') che la Sidam aveva riprodotto dalle versioni originali della Atari per commercializzarle in Italia ad un prezzo sensibilmente inferiore rispetto a quello praticato dalla Atari. In quell'occasione il Pretore non riconobbe in quei prodotti la creatività e l'originalità proprie delle opere tutelabili con le norme sul diritto d'autore (sminuendo per così dire l'opera intellettuale volta alla realizzazione dei videogiochi) e riscontrò invece potersi applicare un particolare tipo di norma del codice civile che vieta la c.d. 'concorrenza parassitaria' (art. 2598 c.c.), quella cioè che vieta di sfruttare le risorse (le spese di ricerca, progettazione e sviluppo) impiegate dalla società concorrente per trarne un profitto consistente nel risparmio di spesa da parte della società parassitaria (il tutto in un'accezione puramente e solamente economica). In questo caso furono adottate le sanzioni civili previste dal codice per quella materia: l'inibitoria, cioè il divieto per la società concorrente (sleale) di continuare a servirsi del prodotto 'copiato'; il ripristino della situazione precedente l'abuso; il risarcimento del danno quantificato dal giudice in favore della Atari.

Nel secondo grado di giudizio il giudice, sovvertendo la decisione del Pretore, qualificò i videogiochi come una 'particolare opera cinematografica' con tanto di trama e di personaggi. La fattispecie rientrò per la prima volta nell'alveo delle opere dell'ingegno e, in particolare, quel giudice ritenne applicabili le norme sul diritto d'autore ai videogiochi in quanto rappresentazioni aventi forma espressiva originale, nuova, non banale di carattere creativo. Questo tipo particolare di film, a giudizio del tribunale adito, è composto da due trame, una fissa (le ambientazioni dei quadri che si susseguono) ed una variabile, secondo l'abilità e la fortuna del giocatore. Una sorta di film aperto, dove scorrono immagini in maniera ripetitiva. I ragionamenti di questi giudici non devono sorprendere perché poco meno di quarant'anni fa il mondo era molto diverso da quello che viviamo oggi e anche i *videogame* erano altra cosa rispetto a quelli odierni.

Ulteriore interpretazione – anch'essa originale – fu elaborata pochi anni dopo, nel 1986, dai giudici bolognesi, i quali ritennero tutelabili come opere dell'ingegno solo i software di tipo applicativo e non quelli di sistema o residente. Nella motivazione si sosteneva che nelle memorie di tipo *rom* risiede il programma che presiede al funzionamento della macchina e che esso costituisce parte integrante dell'hardware, tutelabile insieme all'oggetto materiale nel suo complesso. I due prodotti, quello fisico e quello elettronico, non erano ritenuti distinguibili, pertanto, a quest'ultimo non veniva riconosciuta autonomia espressiva.

Tale interpretazione non ebbe a durare a lungo, infatti, dopo poco sia la dottrina sia la giurisprudenza erano concordi nell'inquadrare sia il software applicativo sia quello di sistema nella categoria delle opere dell'ingegno e, quindi, riconducibili alla disciplina del diritto d'autore. La consacrazione di tale riconoscimento avvenne soltanto sei anni dopo con l'emanazione del D.Lgs. n. 518/1992.

Tale decreto legislativo ha novellato la l.d.a., dedicata alla tutela del diritto d'autore, introducendo tra le opere intellettuali tutelabili anche i programmi per elaboratore.

L'assetto di questa legge ha subito nei decenni diverse modifiche che hanno adattato la disciplina alle nuove esigenze di tutela giuridica.

Un altro intervento, tra i più significativi, è stato quello che ha introdotto la tassa sul supporto elettronico, nel 2003, per compensare le perdite economiche sofferte dagli autori a causa della pirateria informatica e del *peer to peer*.

All'interno del codice civile troviamo la disciplina dedicata ai diritti sulle opere dell'ingegno. In particolare, all'articolo 2575 è disposto: "Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione".

In virtù della Convenzione di Berna (un accordo multilaterale, recepito in Italia nel 1978, per la protezione delle opere letterarie ed artistiche a cui aderisce la quasi totalità dei paesi mondiali) sono da considerare (sono equiparati alle) opere letterarie i programmi per elaboratore². Nel tempo si è affermata l'idea e, quindi, si è compreso che il programma per elaboratore produce conoscenza e può contenere soluzioni per lo sviluppo di idee algoritmiche nuove.

Il codice civile colloca le norme a tutela delle opere dell'ingegno in una sezione dedicata al tema dell'impresa per l'attrazione che questa esercita nei loro confronti. In altri termini, il diritto ritiene che l'opera dell'ingegno trovi terreno fertile nell'ambito di un'impresa sia per via dello sforzo intellettuale richiesto all'autore per la realizzazione dell'opera sia perché le risorse economiche necessarie per realizzare l'opera di norma derivano proprio dall'esercizio di una attività imprenditoriale.

DISCIPLINA

È necessario a questo punto delimitare il campo e analizzare cosa è tutelato dal diritto: il diritto lascia la massima libertà alla 'forma' di espressione del software che quindi può essere la più varia. Ciò significa che sono protetti i programmi, in qualsiasi 'forma' espressi, purché originali, quale risultato di una creazione intellettuale dell'autore. Pertanto, il diritto tutela la 'forma' in cui è realizzata l'opera software, non l'idea ed i contenuti che possono essere utilizzati liberamente da altri che non si limitino al mero plagio³.

Il concetto di 'forma' espressiva con cui il software è confezionato e a cui è assicurata la tutela giuridica sarà più chiaro se pensiamo ai comuni programmi di *word processing*; i programmi di videoscrittura tipicamente consentono all'utente di creare, di modificare e di stampare un documento di testo (una semplice lettera, un *curriculum*, un volantino, una *brochure* commerciale, un libro) in modo semplice, ordinato, curandone l'estetica e se vogliamo in modo professionale; ciascuno di noi, infatti, può curare autonomamente la produzione dei suoi documenti, sfruttando i vantaggi fondamentali offerti dall'uso di un *word processor*, ed ha quindi: la possibilità di redigere rapidamente un testo, che potrà essere corretto (sintassi, grammatica, vocabolario, revisioni) e curato graficamente anche a redazione ultimata (*ex post*); l'opportunità di archiviare il documento, in formato elettronico, nella memoria dell'elaboratore o su memorie esterne o di esportarlo in altri formati (rtf, pdf, html, xml, ecc.); la facoltà di riutilizzare parti di testo già scritte per la produzione di altri documenti (le funzioni: taglia, copia, incolla, crea tabelle, inserisci immagini, crea elenchi, trova, sostituisci, ecc.); la possibilità di stampare il documento su carta, insieme a moltissime ulteriori funzioni più specifiche. Tali funzioni fondamentali sono oggi garantite da tutti i *word processor* in commercio, unitamente ad altre più avanzate (quali macro, funzioni stilistiche, collegamenti ipertestuali, ecc.). La fascia alta del mercato è dominata da alcuni programmi, sviluppati da *software house* tra loro concorrenti: 'Word' o 'Pages' su Windows o su Apple, 'Corel WordPerfect', 'Lotus Word Pro', 'Open Office' su Unix, per citarne solo alcuni. Questi programmi sviluppano un'idea comune e hanno pressoché gli stessi contenuti. Di diverso hanno la 'forma' con

² Per programma per elaboratore si intende un prodotto informatico che consente elaborazioni di dati fornendo alla macchina (hardware) apposite istruzioni.

³ È utile distinguere, a livello concettuale, il plagio dalla contraffazione. Nel plagio la condotta repressa è l'usurpazione della paternità di un'opera; nella contraffazione la condotta repressa è l'appropriazione di un'opera altrui al fine di poterla sfruttare economicamente senza il consenso dell'autore. Per dirla in termini tecnici, il plagio incide sul diritto morale d'autore, la contraffazione sul diritto patrimoniale d'autore. Le pene della reclusione e della multa associate a queste condotte illecite sono specificate agli artt. 171 e ss. della legge sul diritto d'autore.

cui le stesse funzioni sono espresse: la collocazione dei bottoni che attivano le diverse funzioni, la usabilità più o meno semplificata, la possibilità di interfacciarsi con altre applicazioni complementari (calcoli, *database*, trasformazioni – esportazioni – del testo, ecc. Analogo ragionamento vale anche per i programmi di grafica, come per quelli utilizzati per il montaggio video, per le presentazioni, per ascoltare la musica, per i browser, ecc.

In sostanza, per tornare al primo esempio, chiunque liberamente può elaborare una nuova applicazione di *editing* testuale e può godere della protezione giuridica sulla propria opera, a condizione che non si limiti a dare colori diversi agli stessi bottoni o che non cambi semplicemente il *font* dei menu di un altro programma, perché in tal caso si avrebbe, come detto sopra, il plagio, ossia una copia mascherata del programma originale che il diritto riconosce come attività illecita. In quest'ultimo caso, infatti, non sarebbero presenti l'originalità e la creatività indispensabili per accedere alla tutela che il diritto richiede per le opere dell'ingegno.

La legge, da ultimo, protegge, insieme al programma, anche la documentazione a corredo ed i lavori preparatori per la progettazione dello stesso (codice sorgente, compilazione, eseguibile, documenti a supporto o di studio, istruzioni, *tool* di installazione, *β version*, *tutorial*, ecc.).

Il diritto d'autore tecnicamente si esprime in due forme.

a) Diritto morale, ossia il diritto alla paternità dell'opera frutto della propria creatività e consiste a sua volta nel diritto:

1. ad essere riconosciuto come autore;
2. di non pubblicare l'opera;
3. di opporsi alle pubblicazioni che possano recare pregiudizio alla sua reputazione;
4. di ritirare l'opera dal commercio qualora concorrano gravi ragioni morali, salvo l'indennizzo di chi abbia acquistato il diritto alla utilizzazione commerciale dell'opera (si pensi ad una conversione ideologica che orienti l'autore a non divulgare ulteriormente l'opera e a salvaguardare la sua nuova 'immagine' in senso lato).

L'autore può pubblicare l'opera o scegliere di lasciarla inedita (nel cassetto); per pubblicazione si intende la prima forma di esercizio di diritto di utilizzazione, anche sotto pseudonimo.

Tale diritto morale d'autore è imprescrittibile (cioè non si estingue con il trascorrere del tempo), è irrinunciabile (l'autore non può ripudiare sé stesso), è intrasferibile (l'opera sarà per sempre attribuita al suo creatore e questi non potrà cedere o trasmettere tale titolo – l'essere autore – a nessun altro, neanche per successione ereditaria).

b) Diritto patrimoniale: il diritto alla utilizzazione esclusiva dell'opera d'ingegno compiuta, quando questa non è oggetto di un contratto di lavoro subordinato.

È il modo normale per l'autore dell'opera dell'ingegno di ricavare un vantaggio economico dalla propria opera e si realizza appunto con il trasferimento, normalmente dietro corrispettivo, del diritto patrimoniale d'autore dell'opera medesima.

Come poco sopra anticipato, quando il software (o un'altra opera intellettuale) viene creato nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente, il datore di lavoro è il titolare esclusivo dello sfruttamento economico (salvo patto contrario). La *ratio* della disposizione sta nella considerazione che l'elevato costo degli investimenti e delle risorse per l'analisi, la progettazione e lo sviluppo del software sono a carico dell'imprenditore e possono costituire un rischio d'impresa. In tale caso, la soddisfazione economica del lavoratore che ha sviluppato l'applicativo è data dalla retribuzione ordinaria nel rapporto di lavoro subordinato. Ovviamente, il patto contrario è ammesso, cioè all'interno del rapporto di lavoro subordinato, l'impiegato nel momento in cui sviluppa il nuovo programma può concordare con il datore di lavoro le percentuali sui proventi o l'esclusività del diritto patrimoniale d'autore scaturente dell'opera in corso di realizzazione.

Nella maggior parte dei casi, l'autore che intende lucrare sulla propria opera dell'ingegno cede ad un terzo (ad esempio, l'editore) il diritto patrimoniale d'autore, dietro un corrispettivo fisso o variabile.

Il diritto patrimoniale, dunque, è trasferibile ed ha durata di 70 anni dalla morte dell'autore o 70 anni dalla pubblicazione dell'opera, se postuma.

Per le fotografie che abbiano carattere artistico il diritto patrimoniale si estingue trascorsi vent'anni dalla produzione della fotografia (art. 92 l.d.a.).

A partire dal momento in cui l'opera viene ad esistenza scaturiscono automaticamente i diritti morale e patrimoniale d'autore.

Sempre più spesso, per via della complessità dei prodotti da realizzare, accade che più individui collaborino per la realizzazione di software, pertanto, si parla di 'contitolarità' dell'opera in due sensi: 1) opera 'in comunione': creata con l'apporto indistinguibile ed indivisibile di più soggetti (tutti i soggetti sono titolari del diritto in egual misura). Si pensi ad un testo redatto a più mani; 2) opera 'collettiva': creata con l'apporto di più soggetti in cui ogni contributo è individuabile (rimane autore o curatore chi l'ha organizzata e diretta, ma ai singoli partecipanti è riconosciuto il relativo diritto sul proprio contributo, di norma in percentuale). Si pensi alle enciclopedie composte dalle singole voci, i dizionari, le antologie.

TIPOLOGIE DI SOFTWARE

A titolo meramente indicativo, le tipologie di software sono classificate e regolate sotto il profilo della tutela giuridica secondo le seguenti caratteristiche: 1) il software 'commerciale': è concesso in licenza ad altri, tipicamente dietro pagamento di un corrispettivo. In questo caso il codice sorgente rimane nella esclusiva disponibilità dell'autore o di chi ne esercita il diritto patrimoniale e viene concesso in licenza il software compilato, cioè il solo codice oggetto; 2) il software 'open source': sottintende la logica dell'intelligenza collettiva e se è vero che tutti possono contribuire allo sviluppo di un software di questo tipo perché distribuito con il codice sorgente aperto è altrettanto vero che chiunque voglia collaborare potrebbe essere obbligato a rispettare dei vincoli nei confronti dell'autore originario (citazione, quota di riconoscimento). Il movimento 'open source' nasce sulla scorta della buona esperienza della licenza di tipo 'GNU's Not Unix – General Public Licence' (in acronimo ricorsivo, GNU-GPL⁴), che ha permesso agli sviluppatori e ai semplici utenti di disporre, appunto liberamente (che è un concetto più ampio rispetto alla gratuità), del codice sorgente così come auspicato dal suo fondatore Stallman, sin dai primi anni Ottanta, per diffondere libertà e cooperazione attraverso il web. In sostanza, la licenza consente di utilizzare, copiare, modificare e ridistribuire il software, perpetuandone la natura libera, qualunque siano le modifiche e gli adattamenti effettuati. L'autore potrà avvalersi della tutela connessa alla licenza GNU-GPL nel caso in cui altri, utilizzando il software, omettano di citarlo oppure nel caso in cui dal software derivino altri applicativi e questi vengano immessi nel mercato con licenze diverse da quella originaria; 3) il software 'freeware': la cui caratteristica è la distribuzione gratuita al pubblico dell'eseguibile, ma non necessariamente (anzi, quasi mai) la distribuzione altrettanto gratuita del codice sorgente, che il suo autore potrebbe tenere segreto per una eventuale ulteriore versione più sofisticata ed a pagamento o che, più semplicemente, non intende divulgare senza contropartita (si pensi all'*Acrobat Reader* di Adobe); 4) il software 'shareware' o 'trial': in questo ulteriore tipo di software, a maggior ragione rispetto a quello precedente, c'è un evidente interesse del suo autore a mantenere segreto il codice sorgente ed anzi la distribuzione gratuita, ma con limiti (pubblicità, loghi di riconoscimento sulle schermate, tempo e funzionalità limitati) dell'eseguibile è spesso una strategia di *marketing* per mostrare le potenzialità del prodotto e per invogliare il mercato all'utilizzo. Trascorso il periodo di prova o per avere il pieno utilizzo del programma l'utente deve regolarizzare la sua licenza a pagamento, rientrando nella categoria del software commerciale; 5) il

⁴ Linus Torvalds nel 1991 progettò il nucleo del OS Linux (c.d. Kernel), assoggettandolo a questo tipo di licenza.

software di ‘pubblico dominio’: è l’unico software libero in assoluto e il suo utilizzo, tanto dell’esecuibile quanto del codice sorgente, è del tutto libero da vincoli giuridici⁵.

Altre numerosissime etichette sono state attribuite ai software nel linguaggio della rete, quali, ad esempio, ‘adware’, ‘crackware’, ‘spyware’, ‘vaporware’, ecc., che, tuttavia, sembrano più orientate alla finalità perseguita che alla natura del prodotto.

Per completare la disamina delle tipologie di software, si possono annoverare, infine, anche quelli che possono essere utilizzati dagli utenti senza averne copia in locale. L’esecuzione da remoto del programma è consentita dalla rete Internet e dalla piattaforma che li ospita. Con la diffusione del *cloud computing* si è affermato il modello del ‘software come servizio’ (*software-as-a-service* – *saas*), principalmente a beneficio delle imprese e delle amministrazioni che intendono esternalizzare i servizi informatici. Tale modello, tuttavia, di per sé non dà luogo a nuove classificazioni di software in termini di diritto d’autore.

FORME DI TUTELA

Il legislatore non ha specificato il grado di originalità che deve possedere un software per ottenere la qualifica di nuova opera, lasciando così molto bassa la soglia di tutela. In altri termini, un programma che non sia molto simile ad un altro gode anch’esso di piena tutela giuridica.

La legge (artt. 12-19 della l.d.a.) riserva all’autore l’esercizio esclusivo di determinate attività, quali la riproduzione, la traduzione in altra lingua o dialetto, l’adattamento, la trasformazione, la modificazione e l’assoluta libertà nella forma di distribuzione al pubblico.

Senza pregiudizio dei diritti esistenti sull’opera originaria, sono protette anche le elaborazioni di carattere creativo di un software (che abbiano un *quid novi*), quali la traduzione in altra lingua, la trasformazione in altra forma letteraria o artistica (da un film o da un libro ad un videogioco), le modificazioni e le aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell’opera originaria.

Nel contratto di licenza le parti possono, tuttavia, negoziare i termini dell’accordo con clausole più o meno stringenti, anche se i contratti predisposti dalle grandi *software house* sono per lo più ‘per adesione’ e l’acquirente non ha possibilità di modificarne il contenuto.

Esistono alcuni diritti inderogabili che non possono essere negati al legittimo acquirente della licenza d’uso di un software. Un primo è la possibilità di effettuare una ‘copia di *back-up*’ o ‘copia di riserva’ che deve essere concessa per scongiurare il pericolo di perdere il contenuto o la piena funzionalità del software. Un secondo consente la ‘decompilazione’ o il ‘reverse engineering’ al fine di rendere interoperabile il prodotto con altri programmi in uso presso il legittimo utilizzatore, a condizione che le stesse informazioni non siano disponibili diversamente (manuali a corredo, *help online*) oppure il produttore non risponda alla richiesta specifica.

Al legittimo acquirente di una licenza software è vietata la riproduzione contemporanea dello stesso programma su più macchine. Si pensi alle reti di computer dove il software è installato in una macchina *server* e può essere lanciato da qualsiasi postazione collegata, talvolta anche contemporaneamente; si noti che non è illegittimo installare il programma in un *server*, ma viola la l.d.a. chi utilizza contemporaneamente lo stesso programma su più macchine, salvo che la licenza sia stata rilasciata per la multiutenza.

In caso di violazioni delle norme sopra indicate le sanzioni previste possono variare dall’inibitoria (con cui non viene più consentito l’uso del programma) al sequestro delle copie non autorizzate, al risarcimento del danno in favore dell’autore del programma e/o di colui che ne ha acquisito i diritti di sfruttamento economico. Nei casi di violazioni più gravi sono previste sanzioni di natura penale (l’argomento è trattato nella successiva sezione V).

⁵ Il software di pubblico dominio non va confuso con quello marcato “copyleft”. Quest’ultima denominazione è riconducibile alle categorie di software *open source*, che possono prevedere il rispetto di alcuni aspetti legati al diritto morale d’autore (la paternità, l’imposizione della natura di software libero nella redistribuzione dei derivati/evoluzioni del programma, ecc.).

Un cenno è utile con riferimento al ‘file sharing’ e al ‘peer to peer’: la normativa comunitaria prevede una sanzione penale per coloro che scambiano dati protetti dal diritto d’autore a scopi commerciali senza averne titolo, cioè per acquisire un qualunque vantaggio economico. In Italia la disciplina contenuta nella l.d.a. è più rigorosa e punisce chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un’opera dell’ingegno protetta, o parte di essa. Il decreto Urbani – che prese il nome dall’allora Ministro per i beni culturali – convertito in legge n. 128 del 2004, ha previsto la misura della pena detentiva in carcere anche per chi fa uso personale di file protetti in violazione del diritto d’autore allargando la fattispecie di reato anche alla nozione di “profitto”, che ricomprende anche il vantaggio del mancato depauperamento per acquistare il prodotto (in sostituzione di quanto prevedeva la l.d.a. al comma 1 dell’art. 171-ter che puniva solo chi utilizzava il prodotto non licenziato per “fini di lucro”).

I GESTORI DEI DIRITTI

La tutela del diritto patrimoniale d’autore in Italia è stata affidata alla Società degli autori e degli editori (SIAE), un ente di diritto pubblico economico su base associativa (gli associati sono gli autori e gli editori), nato nel 1927, che ha operato in regime di monopolio esclusivo fino a questi ultimi anni. Esso gestisce i diritti di utilizzazione delle opere sia in Italia che all’estero, ivi compresa la percezione dei proventi e la loro ripartizione tra i vari autori ed editori. Assolve ai compiti di certificazione preventiva mediante l’apposizione del contrassegno su ogni supporto contenente programmi per elaboratore destinati al commercio o ceduti in uso a fine di lucro. In altri termini, l’editore dimostra di aver assolto ai diritti d’autore apponendo il contrassegno SIAE sul supporto. Il contrassegno ha assunto negli anni caratteristiche tecniche avanzate anti-contraffazione: è irriproducibile, è metallizzato, ha un inchiostro fotocromatico che a 37/38 gradi scompare e riappare, ecc. Essa, infine, vigila al fine di prevenire ed accertare le eventuali violazioni del diritto d’autore a tutela degli autori che difficilmente possono avere contezza di tutto ciò che accade alla propria opera una volta che viene messa in commercio.

Nel 1994 con DPCM n. 244 è stato istituito un registro speciale per programmi per elaboratori presso la SIAE, sul quale iscrivere ogni nuovo programma destinato al commercio; l’iscrizione prevede l’indicazione di tutti i soggetti autori del software ai fini dell’attribuzione dei diritti ad esso connessi. È bene tenere presente, comunque, che il software è protetto anche se non è iscritto al registro di cui sopra, infatti, l’iscrizione non ha natura costitutiva, ma facoltativa ed ha carattere oneroso e valore probatorio. Ove accada che qualcuno diverso dall’autore di un programma iscriva nel registro lo stesso programma prima dell’autore, avrà acquisito una prova sulla titolarità dell’opera, e sarà l’autore che avrà l’onere di dimostrare al giudice (ad esempio attraverso la produzione dei lavori preparatori) che è lui il vero autore del programma.

Con il decreto fiscale 2018 (DL del 16 ottobre 2017, n. 148), collegato alla legge di bilancio, il Governo italiano, dopo più di 70 anni, ha riformato l’art. 180 della l.d.a. che prevedeva il monopolio esclusivo della SIAE per le attività di gestione del diritto d’autore. Dalla direttiva Barnier (Dir. 2014/26/UE) che ha posto sugli Stati membri dell’Unione europea una serie di obblighi stringenti per addivenire ad una progressiva liberalizzazione del mercato del diritto d’autore si è giunti ai giorni nostri perché quel processo potesse iniziare a produrre i primi risultati. Oggi sono autorizzati ad operare in Italia in concorrenza con la SIAE solo gli enti *no-profit* (questo è il motivo per cui la società britannica Soundreef, che sta operando anche nel mercato italiano, ha stretto un accordo con l’ente *no-profit* Liberi Editori ed Autori - LEA).

LA TUTELA GIURIDICA DELLE BASI DI DATI E DELLE BANCHE DATI

La normativa nazionale ed europea sul diritto d’autore prende in considerazione anche coloro che hanno investito tempo, risorse intellettuali ed economiche per creare, o anche semplicemente per aggregare, conoscenza in collezioni di dati e l’hanno espresso in formato digitale.

La legge distingue le collezioni di dati che per scelta, disposizione e organizzazione delle informazioni assumono carattere di originalità dai dati messi insieme in assenza di una particolare selezione (una raccolta di documenti), nel caso in cui l'autore – che nell'ipotesi di specie prende il nome di costitutore – per la sua realizzazione abbia sostenuto un “investimento rilevante”.

I dati raccolti nelle banche dati (ai fini della specifica tutela, non è importante distinguere i *reference* dai *source database*) rientrano nella tutela del diritto d'autore, lasciando impregiudicati i diritti d'autore sulle singole unità documentali. Sono intese banche di dati le raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo.

Sono oggetto di tutela non solo quei particolari elementi di carattere creativo inerenti alla concreta raffigurazione della banca dati (schermate, tabelle, indicizzazioni) ma, anche, l'eventuale singolare selezione dei dati (metodi di accesso ai dati) che sono stati ammessi nella compilazione per opera dell'autore.

Si tratta, più in dettaglio, di collezioni di dati che sono talmente originali (per la disposizione, per il trattamento dei dati, per la selezione che rispetto ad una massa hanno subito) da assumere la dignità di opere dell'ingegno e quindi di oggetto della proprietà intellettuale in senso pieno (art. 3, par. 1, della Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo).

Per le banche dati, a parte la selezione e la disposizione dei materiali, un cenno deve farsi anche sul software di organizzazione, di visualizzazione e di ricerca che su quei dati opera, che assume di per sé la dignità di opera dell'ingegno. Detto in altri termini, una cosa è la struttura dei dati, altro è la modalità attraverso la quale essi vengono classificati, estratti dal database, aggregati, presentati e visualizzati dall'utente. Quindi, nello strato base di una banca dati sono presenti diversi elementi, tra cui il software di gestione e il software di ricerca, che hanno algoritmi propri e che quindi vanno distinti dai documenti o dai dati, anche in termini di protezione del diritto d'autore.

La legge riconosce una tutela affievolita anche a beneficio di coloro che hanno semplicemente aggregato o raccolto dati, producendo un'opera del tutto priva di carattere di originalità. Questi che, come accennato sopra, prende il nome di costitutore – persino la denominazione “costitutore”, e non “autore”, rientra in una logica di diritto attenuato – per il solo fatto che ha investito tempo e danaro nella realizzazione della stessa, gode della protezione da parte dell'ordinamento sulla sua opera. Questa ipotesi si inquadra giuridicamente (ex art. 7 della Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo) all'interno del cosiddetto diritto *sui generis*. Si hanno, in questo caso, semplici aggregazioni di dati e l'interesse perseguito dall'ordinamento giuridico è quello di tutelare, quanto meno, lo sforzo economico, che deve essere “rilevante”, sostenuto dal costitutore nell'intrapresa.

La creazione di tale istituto di tutela affievolita è legata alla facilità con cui, tramite gli strumenti elettronici, è possibile estrarre e reimpiegare i contenuti delle banche dati con costi minimi, e persino nulli, vanificando lo sforzo economico sostenuto dal costitutore per la sua prima pubblicazione. In virtù del diritto *sui generis* il costitutore della banca dati ha il diritto di vietare le operazioni di estrazione ovvero reimpiego della totalità o di una parte della banca dati, qualora tali operazioni non rientrino nella normale gestione dell'archivio o gli arrechino un pregiudizio ingiustificato.

Le attività di accesso e di consultazione, le eventuali operazioni di riproduzione permanente della totalità o di parte sostanziale del contenuto su altro supporto sono soggette ad autorizzazione da parte del titolare del diritto di utilizzazione economica.

Il legittimo utilizzatore, cioè colui che ha acquistato la licenza d'uso, ha libertà di estrarre o reimpiegare parti non sostanziali del contenuto della banca dati per qualsiasi fine (tipicamente, per fini di studio e di ricerca). Una pronuncia della Corte di Giustizia, tuttavia, ha chiarito, estendendolo, il concetto di estrazione e reimpiego di parti non sostanziali, comprendendo altresì il “trasferimento di parti non sostanziali che, per il loro carattere ripetuto sistematico, abbiano condotto alla ricostruzione di una parte sostanziale” del contenuto di una banca dati. In altri termini, un conto è raccogliere le informazioni, anche ripetutamente, da una banca dati per eseguire lavori

unici o di *routine*, altro conto è prelevare ciclicamente informazioni più o meno complete al fine di riprodurre parte sostanziale della banca dati, recando un pregiudizio al titolare del diritto *sui generis*. Delle due attività descritte, solo la seconda, ovviamente, si pone in contrasto con l'ordinamento giuridico.

Infine, la l.d.a. elenca due ipotesi di libera utilizzazione di una banca di dati (art. 64-sexies). In particolare, la prima prevede che non è possibile limitare l'accesso o la consultazione della banca dati quando tali attività abbiano esclusivamente finalità didattiche o di ricerca scientifica, non svolta nell'ambito di un'impresa, purché si indichi la fonte e nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito; la seconda, prevede che non è possibile limitare l'impiego della banca dati per fini di sicurezza pubblica o per effetto di una procedura amministrativa o giurisdizionale.

Vado a riassumere quanto già descritto con un esempio. La 'nota a sentenza' è un derivato, se mi si passi il termine, di un atto di pubblico dominio, la decisione (sentenza) del giudice. Essendo la nota un elaborato derivato, essa assume la dignità di opera dell'ingegno in quanto documento dotato di originalità rispetto alla matrice (la sentenza). Gli autori delle note a sentenza, dunque, possono vantare la piena tutela *ex l.d.a.* Rimanendo nello stesso esempio, diverso, è il caso del dato "sentenza". Tale unità documentale è pubblica, quindi, su di essa, singolarmente, nessuno può vantare diritti o pretese. Ora, non il dato pubblico, ma la collezione di dati pubblici, quindi, una collezione di "sentenze" raccolte in una banca dati – ma potremmo anche spingerci oltre, considerando i soli riferimenti ad esse (*reference database*), tipicamente le citazioni, ad es.: Tribunale di sede, sent. n. tale, pronunciata in una certa data – permette al costitutore di ottenere la tutela giuridica affievolita *ex l.d.a.* (diritto *sui generis*), a condizione che l'impegno finanziario sostenuto per la realizzazione dell'opera sia da considerare "rilevante".

LE CREATIVE COMMONS

La tutela ordinamentale rivolta all'autore o al costitutore, prevista nella l.d.a., finisce per stare stretta allo stesso soggetto che dovrebbe beneficiarne e, per questo motivo, hanno acquisito peso, per i contenuti digitali, anche altre forme di tutela straordinamentali. Queste, come vedremo, permettono all'autore dell'opera o a chi ne detiene i diritti di sfruttamento economico di trarre beneficio in termini di notorietà e, anche se non nell'immediato, in termini economici.

La tendenza dai primi anni Duemila, invero, con il proliferare delle informazioni in rete sia di prima mano che riciclate, ha preso le distanze dalla legge sul diritto d'autore; la tendenza, dicevo, è quella di rendere pubblici ed accessibili i dati in una sorta di condominio della conoscenza per favorire condivisione e sviluppo di quell'intelligenza collettiva che la scienza tanto apprezza.

Autori e fruitori della conoscenza hanno in comune un macro-scopo fondamentale che è proprio quello dell'incremento e della diffusione del sapere nell'ecosistema digitale.

Il movimento *open data* è espressione di questo pensiero ed è in assoluta contrapposizione con le logiche tradizionali di proprietà dei dati.

Al di là delle norme previste dall'ordinamento giuridico italiano in tema di protezione del diritto d'autore, la filosofia della libera circolazione del pensiero, dei dati e dei prodotti tramite il web è rappresentata dalle note 'Creative Commons Public Licence' (CCPL), redatte e distribuite da una organizzazione *no-profit* statunitense (la *Creative Commons* – CC) dal 2002. Gli autori di pubblicazioni digitali hanno la possibilità di conservare alcuni diritti sulle proprie opere, concedendo agli utenti della rete la libertà di riproduzione e di utilizzo a determinate condizioni. Dette licenze sono denominate: 'Attribution' (espressa in forma sintetica con il termine 'BY') consente che altri copino, distribuiscano, mostrino ed eseguano copie dell'opera e dei lavori derivati da questa a patto che venga indicato l'autore dell'opera, con le modalità da questi specificate; 'Non Commercial' (espressa in forma sintetica con il termine 'NC') consente che altri copino, distribuiscano, mostrino ed eseguano copie dell'opera e dei lavori derivati da essa o sue rielaborazioni, solo per scopi non commerciali; 'No Derivatives' (espressa in forma sintetica con il termine 'ND') consente che altri copino, distribuiscano, mostrino ed eseguano soltanto copie

identiche dell'opera e non sono ammesse opere derivate o rielaborazioni; 'Share Alike' (espressa in forma sintetica con il termine 'SA') consente che altri distribuiscano lavori derivati dall'opera solo con una licenza identica a quella concessa con l'opera originale. Le dette licenze possono essere combinate tra loro fino a sei soluzioni possibili e utilizzate da tutti liberamente e gratuitamente. Lo sforzo che la citata organizzazione statunitense, *leader* del movimento *copyleft*, insieme ai paesi affiliati al *network*, ha compiuto negli ultimi anni è stato quello di armonizzare la disciplina per ottenere licenze che siano compatibili con tutte le legislazioni locali. Si tratta di uno strumento di protezione di alcuni diritti d'autore alquanto flessibile. Ad esempio, la licenza CCPL scelta per la distribuzione di un'opera non è esclusiva e all'autore è consentito optare per una diversa combinazione di CCPL per altro tipo di distribuzione della stessa opera. Ulteriore caratteristica delle CCPL è quella di essere 'human and machine readable'; ciò consente anche di sviluppare applicativi *robot* o semi automatici che navigando il web distinguono tali licenze, nelle diverse combinazioni e, operando come se le comprendessero, raccolgono e utilizzano le informazioni e i dati disponibili nel rispetto e nei limiti dei diritti riservati.

Nella recente versione di *Legal Code* (il vero e proprio contratto di licenza CCPL) espressamente vengono inclusi anche i diritti *sui generis* connessi ai *database*.

I SISTEMI DI DIGITAL RIGHT MANAGEMENT (DRM)

Vorrei dedicare soltanto alcune riflessioni marginali sugli accorgimenti tecnico-informatici adoperati per proteggere 'logicamente' i contenuti digitali.

Sono definiti *Digital Right Management* (DRM) quei sistemi tecnologici utilizzati per la gestione dei diritti sulle opere digitali sotto il profilo, appunto, 'logico'. Si tratta, più segnatamente, di accorgimenti tecnici che i produttori possono inserire nelle opere digitali (quali metadati o sistemi crittografici) o anche nei dispositivi atti alla riproduzione di esse, al fine di condizionare il lancio o la riproduzione di file protetti al verificarsi di determinate circostanze. Alcuni espedienti di marchiatura dei contenuti digitali sono, ad esempio, il *product key*, avente lo scopo di sbloccare l'esecutivo del programma di riproduzione, o il *bitstream watermarking*, volto a limitare ad un numero predeterminato di volte l'esecuzione di file protetti e per limitare il numero di dispositivi sui quali i file protetti possono essere riprodotti, o il *fingerprinting*, per identificare l'utente finale del prodotto.

Dello stesso segno sono anche le limitazioni delle funzioni di riproduzione, di copia/incolla, di stampa, di modifica di un documento in formato pdf, predisposte, ad esempio, dal noto programma *Acrobat* della Adobe. La maggior parte dei sistemi di DRM, però, sono effettivamente superabili; con un po' di perizia informatica non occorre essere *hacker* sfegatati per aprire i 'lucchetti elettronici' delle console o per utilizzare *modchips* per attivare funzioni inibite o aggirare protezioni sui dispositivi o sui software.

Un sistema che probabilmente funziona (fino a prova contraria!) è quello che adotta Google nella biblioteca mondiale virtuale 'Google Books': pur aprendo al pubblico una vasta porzione di produzione libraria, in accordo con moltissime biblioteche autorevoli sparse per il pianeta, per mantenersi nei ranghi delle norme a protezione del diritto d'autore, limita la riproduzione delle pagine dei volumi, lasciandone disponibili soltanto alcune in formato immagine, ben consapevole che, in ambito informatico, la visualizzazione di un oggetto è sinonimo di riproduzione all'infinito dello stesso. In considerazione di ciò, con un algoritmo apposito, il sistema di protezione consente la visualizzazione delle parti del testo richiamate dell'utente con le chiavi di interrogazione e di altre poche pagine precedenti e successive a quelle con una precisa percentuale di randomizzazione delle pagine in chiaro, ma esclude la visualizzazione del resto del volume.

A conclusione può dirsi che tali tecniche di inibizione, per quanto sofisticate, costituiscono terreno di conquista per gli informatici che, di volta in volta, trovano il sistema per aggirarle, diffondendo in rete le informazioni necessarie affinché tutti, con minime competenze, possano beneficiarne. Va da sé che tali condotte sono contrarie all'ordinamento giuridico e alcune fattispecie

di reato (che saranno analizzate nella sezione dedicata ai reati informatici) puniscono proprio la rimozione dei dispositivi di protezione dei contenuti digitali tutelati dalle norme sul diritto d'autore nonché la diffusione delle tecniche da utilizzare per raggiungere quei risultati.

LA PROPRIETÀ INDUSTRIALE (CENNI)

L'art. 2585 del cc tutela "le nuove invenzioni atte ad avere un'applicazione industriale, quali un metodo o un processo di lavorazione industriale, una macchina, uno strumento, un utensile o un dispositivo meccanico, un prodotto o un risultato industriale e l'applicazione tecnica di un principio scientifico, purché essa dia immediati risultati industriali". Per ottenere la protezione giuridica è necessario che l'invenzione sia brevettata. Il brevetto è il mezzo per rendere pubblica l'invenzione e per permettere all'inventore lo sfruttamento esclusivo della stessa. Oltre che per le invenzioni, il brevetto è previsto anche per i "modelli di utilità" cioè per quei prodotti che permettono di usare in maniera migliore rispetto al passato beni che già esistono, come ad esempio un *mouse* di una nuova forma che può essere utilizzato indifferentemente con la mano destra con la sinistra. Per ottenere il brevetto in Italia è necessario che l'invenzione sia nuova, cioè non sia ancora conosciuta secondo la tecnologia esistente; inoltre, è necessario che sia un'opera creativa e non una ovvia applicazione della tecnologia esistente; deve, ancora, possedere la caratteristica della liceità, ossia non deve essere contrario ordine pubblico o al buon costume e, in generale, non deve essere in contrasto con la legge dello Stato; infine, deve essere idonea ad avere un'applicazione industriale. Ottenuto il brevetto all'inventore è riconosciuta la priorità dell'invenzione e il conseguente diritto ad utilizzare economicamente l'invenzione ed evitare che altri utilizzino l'invenzione brevettata senza averne titolo. La durata del diritto di sfruttamento esclusivo dell'invenzione è limitata a 20 anni per le invenzioni industriali e 10 anni per i modelli di utilità.

Così come per il diritto d'autore, anche qui il diritto morale è perpetuo, inalienabile ed imprescrittibile. Il diritto patrimoniale si concretizza, tipicamente, attraverso una licenza che ha per oggetto l'utilizzo del brevetto.

La Convenzione europea dei brevetti, all'art. 53, vieta la brevettabilità delle scoperte, delle teorie scientifiche e dei metodi matematici, delle creazioni estetiche, dei piani, dei principi e dei metodi per attività intellettuali, per giochi o per attività commerciali, come pure dei programmi informatici e delle presentazioni di informazioni.

Ciò nonostante, la giurisprudenza statunitense negli anni Settanta iniziò ad aprire il varco alla protezione del software tramite brevetto. Sono brevettabili, pertanto, soltanto i programmi che producono un 'effetto tecnico', purché siano nuovi, non esistenti ed innovativi.

L' 'effetto tecnico', in linea di massima, sussiste quando il programma consente di svolgere una funzione ulteriore rispetto alla normale interazione con la macchina.

Questo 'effetto tecnico' può essere 'esterno', ad esempio, quando dall'esecuzione del programma il computer consenta di comandare un macchinario oppure 'interno', ad esempio, quando il programma consente un diverso funzionamento del computer in sé e quindi un miglioramento del suo funzionamento e delle sue prestazioni.

Ciò che può essere brevettato è quindi il metodo alla base del programma⁶, non il suo codice sorgente o oggetto, che potrebbe non essere stato creato al momento della richiesta di brevetto ed è del tutto indifferente il linguaggio in cui sarà redatto. Il codice sorgente ed i listati, in ogni caso anche se esistenti, non devono essere depositati con la domanda di brevetto perché possono solo costituire oggetto di tutela secondo la legge sul diritto d'autore.

È vietata la riproduzione non autorizzata anche parziale del testo
Tutti i diritti sono riservati © 2018-2020

⁶ A titolo meramente esemplificativo, possono costituire oggetto di brevetto nuovi programmi che consentono una compressione dei dati particolarmente efficace o programmi volti ad aumentare l'accelerazione video o per il calcolo di parametri operativi o basati su nuovi metodi estrattivi, ad esempio sui *big data*, ecc.