

Nel ricordo di mia zia Lidia Prosdocimi

Indice

CAPITOLO PRIMO

PREMESSA TECNICA

1.1. La nascita dei contenuti digitali p. 1

1.2. La conversione digitale in breve p..5

1.3. Il Software p..10

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA VIGENTE

2.1. Premessa p. 13

2.2. La regolamentazione del software p..14

2.3. La regolamentazione dei materiali audio/visivi p. 25

2.4. La legge n° 128 del 22 maggio 2004 p..34

CAPITOLO TERZO

OSSERVAZIONI AGLI ASPETTI PROBLEMATICI DELLA DISCIPLINA VIGENTE

- 3.1. .Le problematiche circa la disciplina sul software
p. 345
- 3.2. .Le problematiche circa la disciplina sui materiali
audio/visivi p..56
- 3.3. ..Le problematiche rilevate in seguito alla
approvazione della legge n° 128 del 22 maggio
2004.p. 65

CAPITOLO QUARTO

UNA TEORIA ECONOMICO POLITICA SUI DIGITAL RIGHTS

- 4.1. Una analisi economico-politica p. 70
- 4.2. Conclusioni sul Software p. 72
- 4.3. Conclusioni sui contenuti audio e video.p. 78

CAPITOLO PRIMO

PREMESSA TECNICA

Sommario: 1.1. La nascita dei contenuti digitali -
1.2. La conversione digitale in breve - 1.3. Il
Software.

1.1. LA NASCITA DEI CONTENUTI DIGITALI

La regolamentazione dei contenuti digitali è una disciplina recente quanto la storia di questi che è tutt'ora in continua evoluzione; la loro nascita può essere fatta risalire in maniera simbolica a quella del Personal Computer, un'invenzione che ha profondamente mutato e ancora modifica il modo di vivere e di pensare di tutti noi.

L'introduzione in molte abitazioni dell'oramai comune PC ha permesso all'utenza comune l'utilizzo delle tecnologie più varie, nonché il godimento, (previa digitalizzazione), di beni che prima erano trattati solo ed esclusivamente con apparecchiature analogiche.

Anche nell'ambito lavorativo si può a fatica prescindere dalle possibilità che si sono aperte con l'uso dei computers, i procedimenti produttivi si sono evoluti divenendo più efficienti e grazie alla macchina ed alla sapienza di chi la utilizza la creatività del singolo può esprimersi molto più liberamente e facilmente.

Basti pensare ai procedimenti di stampa e di publishing, ed a quale profondo miglioramento siano stati sottoposti da quando molti dei processi che erano alla loro base sono stati automatizzati.

L'applicazione del digitale, lo stesso "Digital Lifestyle", in questi anni hanno reso facilmente fruibili dei beni il cui scambio ed utilizzo era prima reso obiettivamente difficile dall'oggettivo legame di questi a supporti fisici difficilmente riproducibili senza una non trascurabile perdita della qualità del bene in essa contenuto.

Il termine "Digital Lifestyle" sta divenendo sempre più di comune impiego ma cosa significa realmente?

Lo "Stile di Vita Digitale" dall'inglese appunto "Digital Lifestyle", sintetizza in due parole le moltissime possibilità e la comodità di utilizzo delle varie applicazioni della tecnologia digitale nei vari usi quotidiani, siano questi legati al mondo del lavoro o alla sfera familiare del soggetto.

L'introduzione dei prodotti che lo rappresentano nel mercato risale all'incirca al lontano 1998, (lontano considerando i tempi dell'evoluzione dell'informatica), e comporta tra le varie, la possibilità per l'utente di ascoltare la propria musica ovunque con amici e familiari, di organizzare le proprie foto e di stamparle in album, di realizzare veri e propri films editati con strumenti digitali che consentono effetti prima di allora impensabili, pubblicando in internet con estrema facilità il risultato del proprio lavoro e condividendolo con soggetti che per varie ragioni si trovano a considerevole distanza da noi.

L'evoluzione della tecnologia digitale consente con continuità, (ad un sempre maggior numero di persone), nuove opportunità come la visione delle fotografie sullo schermo di un computer oppure su quello del televisore di casa, la possibilità di portare in viaggio l'intera discografia preferita in riproduttori grandi meno di un comune pacchetto di sigarette, di creare, di duplicare, di scambiare con facilità e senza il dispendio di grosse risorse monetarie quello che prima era a disposizione di pochi.

La facilità con cui i contenuti digitali possono essere manipolati, modificati e scambiati è un indiscutibile vantaggio che però implica ed espone ad alcuni ovvi rischi, quei soggetti o aziende la cui attività

consiste nel creare prodotti quali ad esempio i software dalla cui vendita si ricava un profitto.

Il mercato propone, in aggiunta, da anni, **previa la necessaria conversione digitale**, una serie di prodotti quali musica e films che prima erano contenuti in in **supporti analogici**, espressione di quella che era l'unica tecnologia disponibile.

La conversione Analogico/Digitale risulta necessaria dal momento che un segnale audio o video, (che è costituito di onde che sono nello spazio tempo-continuo, ampiezza-continua), per essere utilizzato in apparecchi digitali, deve venire previamente campionato e trasformato in un codice binario.

In base a quanto detto si espongono le seguenti osservazioni:

- I. Il codice binario derivante ad esempio dalla conversione di comuni fotografie personali, film di famiglia, nonché le copie di backup di dati frutto del lavoro di soggetti privati, che non hanno un valore commerciale, sono contenuti nello stesso tipo di supporto a cui sono anche destinati i codici dei programmi che invece un valore commerciale intrinseco hanno.
- II. La scrittura di un software viene eseguita tramite l'utilizzo di un linguaggio di programmazione, (ad esempio il C++), e al

momento del suo utilizzo le istruzioni scritte vengono processate da un compilatore che crea un corrispondente **codice binario**, comprensibile quest'ultimo ed interagente con quello che viene comunemente definito linguaggio macchina.

Il linguaggio macchina definito anche "linguaggio assembler" ma non è un codice binario né è paragonabile al software: esso può venire inserito ad esempio in un microprocessore e l'inserimento avviene ad opera del costruttore dello stesso; trattasi comunque di un linguaggio poco astratto e di alta connotazione fisica.

Al momento, invece, della digitalizzazione del segnale audio/video questo viene convertito da un apposito dispositivo detto convertitore che dà come risultato della conversione per l'appunto un **codice binario**.

Si può dunque affermare che tra i codici binari risultanti dai due procedimenti sopra descritti non vi è una sostanziale differenza e che questi sono gli stessi che vengono poi elaborati o memorizzati in supporti digitali quali CD, DVD o Hard Disks.

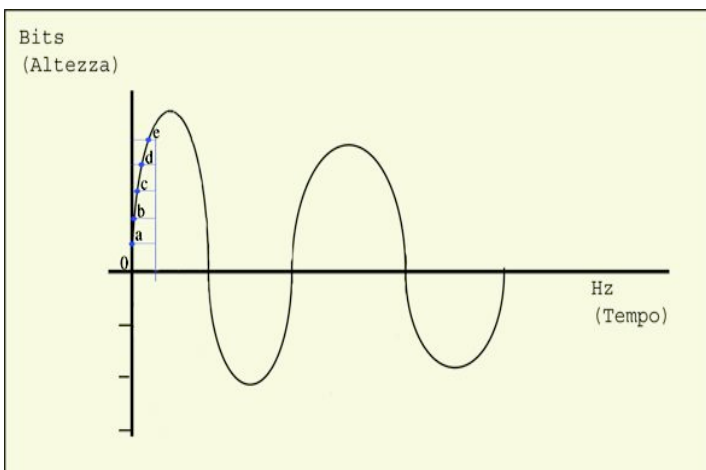
1.2. LA CONVERSIONE DIGITALE IN BREVE

Si prosegue ora con una breve esposizione del processo fisico che porta alla conversione digitale di un segnale analogico, necessario per comprendere le problematiche di regolamentazione dei contenuti digitali.

Gli impulsi elettrici, la luce ed i suoni arrivano a noi sotto forma di onde la cui rappresentazione grafica varia al continuo variare di parametri, (come la lunghezza dell'onda stessa), sensibili al mezzo attraverso il quale le stesse si propagano; si veda per esempio l'influenza che può avere l'atmosfera più o meno rarefatta e la sua temperatura in relazione all'onda sonora che la può attraversare.

In linea di principio, schematicamente, il procedimento della digitalizzazione avviene con la scomposizione di suddette onde nelle fasi dello **spezzettamento** e del **campionamento**.

Si supponga ora di dover digitalizzare un suono costituito da una singola onda e che la sua rappresentazione grafica sia di tipo sinusoidale.



L'onda, e nell'ipotesi in oggetto quella sonora, è caratterizzata da una velocità e da certa durata che sono rappresentate

dalla sua lunghezza sull'asse delle X nell'unità di misura degli Hertz. (Hz)

Lo spezzettamento che avviene in questa direzione è basato sulla frequenza di misurazione che è generalmente di 44.100 Khz adatta a ricostruire la posizione nel tempo di tutte le onde udibili dall'orecchio umano il quale, è sensibile ad un "range" di frequenze comprese tra i 20 Hz e i 20 Khz.

Per determinare l'ampiezza del segnale l'onda viene misurata con la sua divisione sull'asse delle Y nell'unità dei Bits, si consideri che con una scansione operata a 16 bit si ottengono all'incirca 65.000 divisioni dell'onda.

Come per la frequenza è utile precisare che maggiore è il numero delle divisioni maggiore sarà la precisione della ricostruzione.

Dallo spezzettamento, risultante, è una serie di punti, (nella figura sopra a,b,c...), ai quali viene attribuito un valore che viene successivamente impiegato per la ricostruzione approssimata, per mezzo di un algoritmo, dei segmenti a-b, b-c, c-d, d-e etc.

Nella fase successiva del campionamento viene eseguita la misurazione dell'area dei minuscoli trapezi ottenuti per mezzo di un calcolo integrale, questo non prescinde tuttavia da una inevitabile

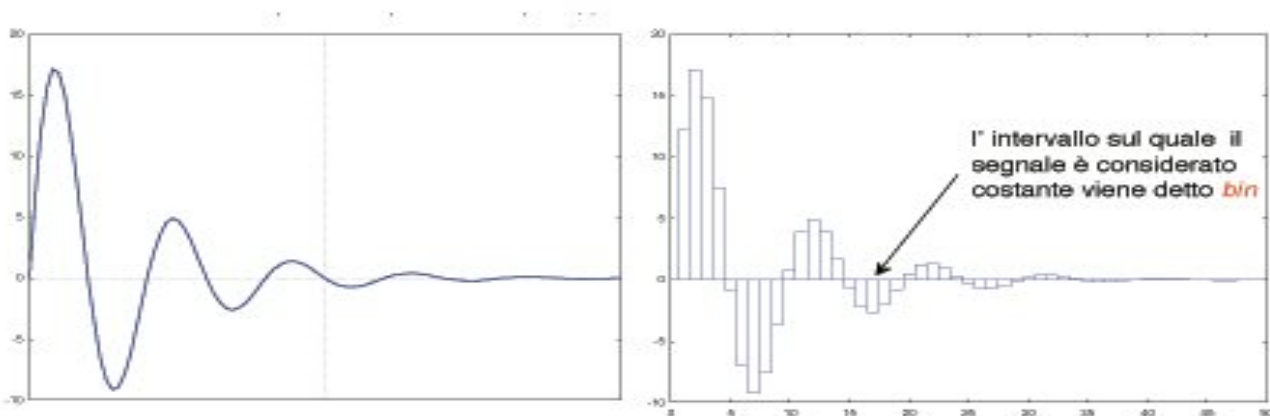
approssimazione che comporta la generazione di un errore alla base di una imprecisione del campionamento stesso.

La conversione in altri termini da segnale tempo-continuo, ampiezza-continua ad un flusso di dati binari ad n° bit introduce un errore intrinseco irreversibile che viene detto quantizzazione. (μ).

Si consideri che il contenuto digitalizzato per essere riprodotto nuovamente avrà bisogno di una nuova ulteriore conversione.

La necessaria ricomposizione dell'onda perciò, aggiungerà inevitabilmente altre imprecisioni a quelle precedentemente generate che potranno essere sì limitate, ma non eliminate attraverso l'impiego di convertitori ad alta accuratezza come viene rappresentato e spiegato più sotto nel grafico a pagina seguente.

Si rappresentano ora graficamente le differenze tra il segnale analogico naturale nel riquadro a sinistra e lo stesso segnale digitalizzato nel riquadro a destra.



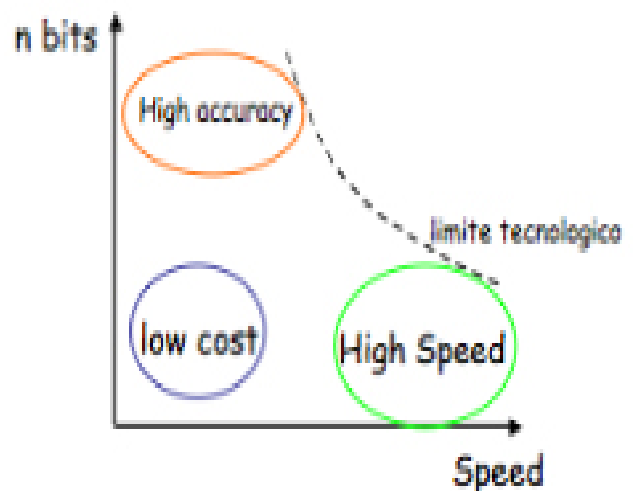
Convertitori possono essere di due tipi assolvendo ognuno di essi una determinata e specifica funzione:

- il primo tipo viene classificato con la sigla A/D ed esegue una conversione da analogico a digitale
- il secondo tipo viene classificato con sigla D/A ed esegue una conversione da digitale ad analogico

I convertitori come raffigurato nella figura a pagina seguente possono tendere all'alta velocità di conversione a scapito dell'accuratezza oppure, privilegiare la seconda per limitare l'errore in approssimazione.

Nel grafico si nota per primo come la scelta di un convertitore di tipo economico vada a scapito di tutti i parametri e, in secondo luogo di come il limite tecnologico non consenta l'azzeramento dell'errore.

La conversione del segnale e la sua virtualizzazione consentono ad ogni modo una grande facilità di manipolazione, salvataggio e scambio dei dati tra più soggetti muniti di comuni apparecchiature.



La qualità delle copie digitali inoltre non subisce, nonostante l'inevitabile distorsione all'origine, un apprezzabile ulteriore deterioramento come può accadere invece nella comune copia analogica.

Quanto detto nei precedenti capoversi può essere considerato indubbiamente come uno degli aspetti positivi della tecnologia digitale ma, come si sta tutt'ora constatando a fronte del dilagare di fenomeni quali la pirateria informatica o lo scambio di files tramite peer to peer, è a sua volta punto di vulnerabilità della protezione del diritto d'autore tutelato in Italia dalla legge n°633 del 22 aprile 1941 e seguenti modificazioni.

1.3. IL SOFTWARE...

Il software consiste di istruzioni che vanno ad eseguire delle operazioni comandate dall'utente che lo utilizza. Queste istruzioni possono essere di vari tipi e atte a svolgere i compiti più vari; possono essere attivate per mezzo di uno dei vari linguaggi di programmazione oppure essere impartite tramite una G.U.I.,

abbreviazione inglese di Graphic User Interface che corrisponde all'italiano Interfaccia Grafica.

Il complesso articolato del programma si realizza in genere con uno studio che riguarda la sua funzione pratica, le sue applicazioni, la sua strutturazione compresa quella del sistema con cui le operazioni vengono comandate considerando che l'Interfaccia Grafica spesso implica anche uno studio in campo artistico-creativo.

Il Sistema Operativo di un computer che è il software che gestisce e coordina le risorse hardware ed i vari software che le utilizzano, è stato dotato negli anni di quella parte che si chiama Interfaccia Grafica allo scopo renderlo sempre più *user friendly*, cioè più intuitivo e facile da usare all'utente finale.

Nel corso degli anni le G.U.I. si sono evolute e raffinate fino a raggiungere significativi aspetti di raffinatezza, un esempio su tutti è l'evoluzione del primo commerciale sistema operativo a Finestre, il rivoluzionario Mac OS di Apple Computer dalla prima versione la "1.0" all'ultima release la "10.3.4".

Le interfacce grafiche ed il codice che le compone, la parte del programma che non è visibile all'utente sono strettamente connesse ed interagenti per costituire un tutt'uno ossia, il software che sarà poi distribuito per la vendita.

Il software col passare degli anni ha avuto una considerevole evoluzione, il suo sviluppo nonché l'implementazione di sempre nuove tecnologie, (frutto delle invenzioni e del genio di programmatori), continuano sin dai lontani anni cinquanta e permettono oggi molte complesse operazioni allora inimmaginabili.

Nell'ultimo quarantennio poi, con la rapida diffusione degli elaboratori si è assistito alla nascita del mercato del software e ad una sua distribuzione indipendente da quella dell'hardware; contemporaneamente alla nascita di questo e alla facilità della duplicazione dei prodotti si è venuto a porre il problema della protezione dell'autore contro la copia illecita che risulta tutt'ora difficile per non dire impossibile da controllare; vi è dunque la necessità, ora più di prima di una protezione delle idee e degli sforzi affrontati dal singolo e/o dalla casa produttrice.

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA VIGENTE

Sommario: 2.1. Premessa - 2.2. La regolamentazione del software - 2.3. La regolamentazione dei materiali audio/visivi - 2.4. La legge n° 128 del 22 maggio 2004.

2.1. PREMESSA

In questo capitolo si darà una panoramica sulla disciplina in vigore alla luce delle novità che sono state introdotte nella legge 633/1941 dal d. legisl. 29 dicembre 1992 n°518 in attuazione della d. CE 91/250 e dal recente decreto-legge 22 marzo 2004 n° 72 poi convertito nella legge 21 maggio 2004 n° 128.

Saranno poi analizzate le norme che regolamentano i contenuti digitali quali materiale audio/video convertiti secondo gli standard della Tecnologia Digitale.

2.2. L'ATTUALE DISCIPLINA SUL SOFTWARE

Come è noto il codice civile, agli artt. 2575 e seguenti, stabilisce solo le linee fondamentali della disciplina del diritto d'autore che si ritrova nella legislazione speciale ossia nella fondamentale legge n° 633 del 22 aprile 1941 e numerose modificazioni e integrazioni.

Storicamente l'applicazione della normativa sul diritto d'autore al software è stata per la prima volta riconosciuta con l'emanazione della l. 12-12-1980 dagli Stati Uniti d'America, seguiti poi a loro volta da numerosi altri paesi industrializzati quali ad esempio l'Australia con il Copyright Amendment Act del 15-06-1984, la Repubblica Federale Tedesca con legge 24-06-1985 etc.

A seguito di un lungo dibattito anche il legislatore comunitario nell'adottare la direttiva CE 91/250, ha incluso i programmi per elaboratore tra le opere dell'ingegno: pertanto l'Italia, nel dare attuazione alla predetta direttiva ha introdotto la tutela del software novellando la legge sul diritto d'autore.

In particolare il legislatore ha proceduto aggiungendo un secondo comma all'articolo 1 della legge n° 633/1941 estendendo così l'ambito di applicazione della normativa sul diritto d'autore ai programmi per elaboratore.

Il secondo comma dell'art. 1 della legge 633/1941 testualmente dispone: *“Sono altresì protetti i programmi per l'elaboratore come opere letterarie ai sensi della convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978 n° 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore.”*

Nell'anno 1992, dunque, il legislatore italiano ha esteso l'applicazione della normativa sul diritto d'autore ai programmi per l'elaboratore, (equiparandoli alle opere letterarie), e alle banche dati a condizione che queste, per scelta o disposizione del materiale, possano essere considerate una creazione intellettuale dell'autore.

Risulta, così, perfettamente coerente quanto stabilito al successivo articolo 2 della medesima legge n° 633/1941 dove il legislatore, si è preoccupato di ribadire al punto 8 che: *“Restano esclusi dalla tutela accordata dalla presente legge le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento di un programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce.”*; ma non solo, la norma specifica l'esclusione dalla tutela del materiale compilato durante l'iter di creazione di un programma per elaboratore stabilendo che: *“Il termine programma*

comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso”.

Ad opera dell'art. n° 5 del decreto legislativo 29 dicembre 1992 n° 518 è stata aggiunta dopo la Sezione V del capo IV della legge n° 633, la Sezione VI intitolata “Programmi per Elaboratori”, e contenente gli art. 64 bis/ter e quater che dettano una specifica regolamentazione per l'appunto dei diritti conferiti dalla medesima legge sul software.

L'art. 64 bis individua nelle lettere a), b) e c) tutta una serie di operazioni base comuni all'utilizzo di un software che l'autore può autorizzare in prima persona o, alla cui autorizzazione può incaricare dei soggetti terzi.

Dalla lettera a) si evince che l'autore può attribuire il diritto di effettuare o di autorizzare terzi alla riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, del programma per l'elaboratore con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma.

Nel proseguo della lettera viene ulteriormente specificato il concetto espresso in precedenza enunciando, in modo dettagliato, le operazioni possibili e soggette all'autorizzazione del titolare del diritto.

Sono pertanto soggette ad autorizzazione in quanto richiedenti la riproduzione del software da supporto digitale ad Hard Disk le

operazioni quali il caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione e memorizzazione.

Il termine trasmissione, alla luce del significato complessivo dell'articolo nel quale questo è inserito e delle operazioni nello stesso specificate, parrebbe doversi intendere nel senso di trasmissione da un supporto ad un altro; operazione questa implicita come le altre nel significato di riproduzione.

Sono altresì sottoposti, secondo il dettato del successivo punto b) dell'art. 64-bis, all'autorizzazione dell'autore *“la traduzione, l'adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione del programma per elaboratore, nonché la riproduzione dell'opera che ne risulti, senza pregiudizio dei diritti di chi modifica il programma”*.

Il punto b) subordina dunque le attività indicate alla previa autorizzazione dell'autore ma si preoccupa esplicitamente anche di salvaguardare i diritti di chi, autorizzato da quest'ultimo a modificare il programma, sia poi limitato nella riproduzione del materiale eventualmente modificato.

Il punto c) dello stesso 64 bis risulta essere di notevole importanza circa la disciplina dei diritti sulla distribuzione attribuiti all'autore, o la loro attribuzione, (per disposizione di questo), a soggetti terzi.

Il punto in oggetto regola testualmente il profilo del diritto di autorizzare o effettuare: *“Qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione, del programma per elaboratore originale o copie dello stesso. La prima vendita di una copia del programma nella Comunità Economica Europea da parte del titolare dei diritti, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione della copia all’interno della comunità, ad eccezione del diritto di controllare l’ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso.*

Un primo importante concetto espresso è la totale disponibilità che viene data all’autore del software circa la **prima** distribuzione dello stesso o per proprio conto, o per mezzo di un soggetto terzo.

Si precisa inoltre che la prima vendita della copia del programma all’interno della Comunità Economica Europea esaurisce il diritto di distribuzione della copia stessa all’interno del suo territorio.

Rilevante sembra l’enunciazione del principio dell’esaurimento del diritto dell’autore, del fatto cioè che la vendita della copia di programma per elaboratore comporti l’esaurimento del diritto di controllo che questi può esercitare sulla copia, con la sola eccezione

per quello che possa essere effettuato sull'eventuale futura locazione della stessa¹.

La sezione VI prosegue poi con gli articoli 64 ter e quater che individuano attività e/o situazioni in cui non è necessaria l'autorizzazione del titolare dei diritti, (e infatti l'art. 64-bis fa espressamente salve le disposizioni dei successivi artt. 64-ter e 64-quater).

Il primo comma dell'art. 64-ter testualmente recita: *“Salvo patto contrario, non sono soggette all'autorizzazione del titolare dei diritti le attività indicate nell'art. 64 bis, lettere a) e b), allorché tali attività sono necessarie per l'uso del programma per elaboratore conformemente alla sua destinazione da parte del legittimo acquirente, inclusa la correzione degli errori.”*

Pertanto il legislatore libera il soggetto qualificabile come legittimo acquirente² dalla altrimenti necessaria autorizzazione del titolare dei diritti per compiere le seguenti attività specificamente individuate ai punti a) e b) ovvero:

¹ UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto sulla concorrenza*, Padova Cedam 2004 p. 1364/1365

² <http://www.netjus.it/pages/pagex.asp?article=176>

- la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale del programma con qualsiasi mezzo ed in qualsiasi forma
- la trasformazione dello stesso, traduzione, adattamento ed ogni altra sua modificazione

Tutto questo però alla condizione che queste attività, siano necessarie per l'uso e conformi alla destinazione data al prodotto da parte del legittimo acquirente ovvero, proprietario del software legittimamente acquistato, che ha ampio potere discrezionale di assegnare al programma la destinazione più consona alle sue necessità.

Il secondo comma dell'art. 64-ter rafforza quanto stabilito nel comma precedente precisando espressamente che: *“Non può essere impedito per contratto a chi ha il diritto di usare una copia del programma per elaboratore di effettuare una copia di riserva del programma, qualora tale copia sia necessaria per l'uso.”*, ma non solo, al terzo comma terzo il legislatore si preoccupa altresì di stabilire che, *“ Chi ha diritto di usare una copia del programma per elaboratore può senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, osservare, studiare o sottoporre a prova il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee ed i principi su cui è basato ogni elemento del programma stesso, qualora egli compia tali atti durante le operazioni di caricamento,*

visualizzazione, esecuzione trasmissione o memorizzazione del programma che egli ha diritto di eseguire. Le clausole contrattuali pattuite in violazione del presente comma e del precedente comma 2 sono nulle.”

La ratio di tali disposizioni pare evidente dovendo ricondursi ad una precisa volontà legislativa di individuare un nucleo di facoltà fondamentali del soggetto acquirente, a tutela dello stesso.

Deve inoltre osservarsi come il principio dell'esaurimento del diritto dell'autore, sancito - come poco sopra ricordato - in modo espresso dall'articolo 64-bis, lett. c), risulti ulteriormente rafforzato proprio alla luce delle disposizioni del successivo art. 64-ter e infatti, quel nucleo di facoltà e libertà di utilizzo garantite al legittimo acquirente, derogabili solo con patto contrario, sono chiari indici della precisa volontà del legislatore di limitare il controllo dell'autore sulla copia e, allo stesso tempo, di sancire la piena operatività, con riguardo al legittimo acquirente, del disposto dell'articolo n° 832 c.c. che - coem è noto - individua il contenuto del diritto di proprietà stabilendo che *“Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.*

A differenza di quanto disposto nel precedente art. 64 ter, il successivo articolo 64 quater va invece a tutelare le diverse operazioni che possono venire eseguite non con il software ma sullo stesso al fine di conseguire quelle informazioni necessarie a favorire la interoperabilità con altri programmi.

Nella prima parte del primo comma del citato articolo 64-ter si stabilisce che *“l’autorizzazione del titolare dei diritti non è richiesta qualora la riproduzione del codice del programma di elaboratore e la traduzione della sua forma ai sensi dell’art 64 bis lettere a) e b), compiute al fine di modificare la forma del codice, siano indispensabili per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l’interoperabilità, con altri programmi, di un programma per elaboratore creato autonomamente...”*

Quanto enunciato è posto dal legislatore all’evidente scopo di garantire agli sviluppatori quella libertà di indagine sul codice di un software tutelato dalle norme sul diritto d’autore, nell’ottica di consentire una ottimizzazione dell’integrazione tra diversi programmi e conseguentemente un continuo e proficuo sviluppo e miglioramento dei prodotti con esso interagenti.

La conoscenza delle informazioni di cui si è detto mediante la riproduzione e traduzione del codice di un programma per

elaboratore ai sensi dell'art. 64 bis punti a) e b), può peraltro avvenire solo ove siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- a. le predette attività siano eseguite dal licenziatario o da altri che abbia il diritto di usare una copia del programma oppure, per loro conto, da chi è autorizzato a tal fine*
- b. le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità non siano già facilmente e rapidamente accessibili ai soggetti indicati alla lettera a)*
- c. le predette attività siano limitate alle parti del programma originale necessarie per conseguire l'interoperabilità.*

E' opportuno sottolineare che il legislatore, dal profilo soggettivo, ha diversamente delimitato l'ambito di applicazione della norma in esame: è, invero, agevole rilevare che gli utenti non soggetti all'autorizzazione del titolare per le operazioni in essi descritte, ai sensi degli artt. 64-ter e 64-quater, sono rispettivamente individuati come "legittimo acquirente" e "licenziatario".

La differente qualificazione che il legislatore dà della parte utilizzatrice in relazione all'attività di utilizzo del software oppure di ricerca sullo stesso, risulta decisiva ai fini della qualificazione dei contratti in forza dei quali si instaura il rapporto tra Titolare del Diritto ed Utente o Sviluppatore di un Programma per elaboratore.

E infatti poiché l'art. 64 ter. ha necessariamente riguardo ad un soggetto ce riunisce in se sia la qualifica di utente utilizzatore di software che di legittimo acquirente, pare inevitabile l'applicazione della disciplina del contratto tipico di vendita definito all'art. 1470 c.c. come *“il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo”*.

Perciò tale norma potrà trovare applicazione in tanto in quanto vi sia stata la stipula di un contratto di compravendita in forza del quale il soggetto “detentore” del programma possa, per l'appunto, qualificarsi come legittimo acquirente dello stesso.

La compravendita non richiede di regola forme determinate anche se tutttavia, per il trasferimento del diritto di utilizzazione l'art. 2581 c.c. richiede che il trasferimento per atto tra vivi dei diritti di utilizzazione sia provato per iscritto.

La differente qualifica di licenziatario che viene invece attribuita dall'art. 64 quater a colui che svolge le operazioni descritte al 64 bis lettere a) e b), compiute al fine di modificare la forma del codice e indispensabili per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità, con altri programmi, di un programma per

elaboratore creato autonomamente; sembra invece, rimanere necessariamente ai ccdd. contratti di licenza d'uso di software; tale contratto è peraltro atipico, in quanto non regolamentato dalla legge, consensuale e generalmente a titolo oneroso.

Il secondo comma del più volte citato art. 64 quater, dopo aver definito le facoltà di colui che può essere definito come utente sviluppatore oppure, utente programmatore, pone all'operato di questi una serie di limiti a tutela di quanto il codice di un programma esprime ovvero delle tecnologie in esso contenute.

Tale norma stabilisce invero che *“Le disposizioni di cui al comma 1 non consentono che le informazioni ottenute in virtù della loro applicazione:*

- a. siano utilizzate a fini diversi dal conseguimento dell'interoperabilità del programma creato autonomamente*
- b. siano comunicate a terzi, fatta salva la necessità di consentire l'interoperabilità del programma creato autonomamente*
- c. siano utilizzate per lo sviluppo, la produzione o la commercializzazione di un programma per elaboratore sostanzialmente simile nella sua forma espressiva, o per ogni altra attività che violi il diritto di autore.*

A tutela del titolare dei diritti e delle facoltà dell'utente nel terzo e quarto comma si dispone infine che *“Le clausole contrattuali pattuite in violazione dei commi 1 e 2 sono nulle.”* e che *“Conformemente alla convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con legge 20 giugno 1978, n. 399, le disposizioni del presente articolo non possono essere interpretate in modo da consentire che la loro applicazione arrechi indebitamente pregiudizio agli interessi legittimi del titolare dei diritti o sia in conflitto con il normale sfruttamento del programma.”*

2.3. LA REGOLAMENTAZIONE DEI MATERIALI AUDIO/VISIVI

Al Capo V della legge 633/41 intitolato “Eccezioni e limitazioni” e precisamente alla sezione II, viene regolata, (dopo che nella precedente sono state trattate le esenzioni generali), la riproduzione privata ad uso personale di opere audio/visive, materia questa di grande attualità anche in seguito all'avvento della tecnologia digitale applicata all'audio e al video.

La disciplina contenuta negli articoli 71-sexies e seguenti differisce da quanto statuito in materia di software anche in seguito

all'intervento apportato con decreto legislativo 29 dicembre 1992 n° 518.

Precisamente all'art. 71 sexies comma 1 viene *“consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da persona fisica per uso esclusivamente personale, purchè senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater.”*

Dal dettato del primo comma del citato articolo, si deduce la volontà del legislatore di consentire ed autorizzare la riproduzione ad opera di persona fisica per uso personale di fonogrammi, (materiale audio), e videogrammi, (materiale video), su qualsiasi tipo di supporto non distinguendo perciò tra supporti analogici o digitali purchè, questa copia sia effettuata senza scopo di lucro ma in rispetto delle misure di protezione eventualmente applicate dal produttore e consentite dall'art 102-quater.

L'art. 102-quater a cui fa riferimento l'art. 71-sexies in esame, consente ai titolari dei diritti l'utilizzazione di quei metodi, ovvero tecnologie, che possano impedire quanto questi non vogliano che l'utente finale esegua con il prodotto posto in commercio.

Con il 3° comma dell'art. 102-quater il legislatore fa però salvi i diritti che all'utente di software vengono attribuiti negli articoli contenuti nel capo VI ed intitolato come visto in precedenza "Programmi per elaboratore".

Le limitazioni all'utilizzo imposte ad esempio tramite protezioni software dal titolare dei diritti, sarebbero perciò consentite solamente su materiale Audio o Video nello standard digitale essendo, impraticata e peraltro non realizzabile l'apposizione di protezioni software ad uno standard diverso quale quello analogico.

Il 2° comma dell'art. 71 sexies precisa nella prima parte che la riproduzione non può essere effettuata da terzi ma in seguito all'approvazione e conseguente modifica apportata dalla legge 22 maggio 2004 n° 128 il disposto della seconda parte dello stesso comma dispone ora quanto segue: *"La prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione soggetta alle disposizioni di cui agli articoli 13, 72, 78-bis, 79 e 80."*, a differenza del testo precedente che disponeva, *"è vietata la prestazione di servizi finalizzata alla riproduzione di cui al comma 1, se effettuata a scopo di lucro o per fini direttamente o indirettamente commerciali."*

Con la nuova formula il legislatore rimette all'autorizzazione del titolare dei diritti l'autorizzazione per l'attività di prestazione di servizi finalizzati alla riproduzione, (precisata nel disposto dell'art. 13), che possa essere effettuata da persona fisica ad uso personale.

Immutato rimane per converso il disposto del 3° comma dell'articolo 71 sexies nel disporre che l'autorizzazione ad effettuare una riproduzione privata ad uso esclusivamente personale e su qualsiasi supporto *“non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.*

Sembra dunque potersi concludere che un'opera fonografica o un videogramma, una volta destinati alla pubblica consultazione e protetti dalle tecnologie disposte all'art. 102-quater, ovvero per precise clausole contrattuali disposte dal titolare dei diritti, sono senz'altro sottratti alla disciplina prevista per questi dal primo comma dello stesso articolo.

Di rilievo in seguito a quanto detto in precedenza circa i commi precedenti, risulta il disposto del 4° comma della norma in esame che fa espressamente, salvo quanto enunciato nel dianzi esaminato

comma 3, tale norma nonostante l'utilizzo di misure tecnologiche di cui al già citato art. 102-quater, impone invero ai titolari dei diritti di consentire alla persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, la esecuzione di una copia privata, anche solo analogica, se per uso personale.

Rilevante la differenziazione che viene effettuata nel 4° comma tra la possibilità di ottenere una copia analogica e non una nello standard digitale.

Quando tuttavia, l'attività di riproduzione sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali o arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti la riproduzione non è comunque consentita.

Nell'articolo successivo il legislatore si preoccupa di garantire agli autori e produttori di fonogrammi ed opere audiovisive un compenso per la loro riproduzione privata e infatti l'art. 71-septies dispone infatti al primo comma che *“Gli autori ed 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'articolo 71-sexies.*

Quanto fin qui statuito risulta essere frutto di una libera valutazione circa l'opportunità di garantire agli autori, interpreti etc. una retribuzione per la riproduzione, (fatta da privato per utilizzo personale e a norma di quanto stabilito nell'articolo precedente), dell'opera originale.

Nel proseguo si contemplano i modi e le misure di questo compenso, tant'è vero che il 1° comma dell'articolo 71-septies continua stabilendo che *“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.

Risulta chiaro, dalla lettura del restante contenuto del primo comma, l'intento perseguito dal legislatore nell'elencare una serie generica di prodotti dalla cui vendita si andrà a ricavare la quota di retribuzione.

I prodotti oggetto del provvedimento sono gli apparecchi per la registrazione analogici o digitali, per una percentuale del prezzo finale al rivenditore e i supporti analogici o digitali per una somma commisurata alla loro capacità di registrazione.

La determinazione del compenso avviene con decreto del ministro per i beni e le attività culturali previa consultazione di un apposito comitato espressamente previsto dall'art. 190 della legge 633/41 sul diritto d'autore e delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti.

Il compenso, prosegue il secondo comma, è variabile in funzione della apposizione o meno delle misure tecnologiche di limitazione previste all'art 102-quater nonché della diversa incidenza che ha la copia analogica rispetto a quella digitale.

Al terzo comma inoltre sono specificati i soggetti gravati dal versamento del contributo e le modalità di esecuzione dello stesso enunciando che *“Il compenso è dovuto da chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli apparecchi e i supporti indicati nel comma 1.*

I predetti soggetti devono presentare alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), ogni tre mesi, una dichiarazione dalla quale risultino le cessioni effettuate e i compensi dovuti, che devono essere contestualmente corrisposti. In caso di mancata corresponsione del compenso, è responsabile in solido per il pagamento il distributore degli apparecchi o dei supporti di registrazione.

Il soggetto che fabbrica i supporti o gli apparecchi oppure, in caso di intermediazione di un distributore, quest'ultimo deve dunque con cadenza trimestrale, presentare alla Società Italiana degli Autori ed Editori, (SIAE), una dichiarazione dalla quale risultino le cessioni di materiali ed i compensi dovuti.

Si noti che così operando, il prelievo viene effettuato sulla distribuzione all'ingrosso senza una reale indagine sulla funzione che quel supporto o apparecchio va a svolgere.

La sanzione che si rende applicabile ai soggetti che evadono il pagamento omettendo di presentare la trimestrale dichiarazione è una sanzione amministrativa pecuniaria *“pari al doppio del compenso dovuto, nonché, nei casi più gravi o di recidiva, con la sospensione della licenza o autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale o industriale da quindici giorni a tre mesi ovvero con la revoca della licenza o autorizzazione stessa.*

Chiude la Sezione II sulla riproduzione privata ad uso personale il seguente art. 71-octies che definisce la divisione in percentuale del contributo versato tra i vari destinatari.

Nel primo comma si stabilisce che *“Il compenso di cui all'articolo 71-septies per apparecchi e supporti di registrazione audio è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, per il cinquanta per cento agli autori e loro aventi causa e per il cinquanta per cento ai produttori di fonogrammi, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative.*

Il soggetto incaricato dalla norma alla raccolta dei contributi derivanti da Apparecchi di registrazione audio e Supporti Audio è la SIAE che provvede alla ripartizione, (al netto delle spese), degli stessi per il 50% agli autori e per il restante ai produttori di fonogrammi.

Viene peraltro spontaneo osservare l'articolo 71-octies parlando di <<...compenso per apparecchi e supporti di registrazione audio...>> trascura il fatto, per altro fondamentale, che il comune masterizzatore e supporto digitale possono registrare e contenere indistintamente materiale audio, video come anche del software pertanto, la legittimità della pretesa del contenuto così come formulato nella norma risulta essere efficace per apparecchiature e

supporti analogici ma imprecisa per apparecchi e supporti in standard digitale.

Con il secondo comma il legislatore provvede inoltre, ad evidente tutela dell'artista, ad onerare i produttori di fonogrammi a *“corrispondere senza ritardo, e comunque entro sei mesi, il cinquanta per cento del compenso loro attribuito ai sensi del comma 1 agli artisti interpreti o esecutori interessati.*

Il terzo comma disciplina il contributo derivante dagli apparecchi di registrazione e supporti video enunciando con la medesima formula utilizzata nel primo comma che il compenso di cui all'art. 71-septies per *“gli apparecchi e i supporti di registrazione video è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative³,... per il trenta per cento agli autori, per il restante settanta per cento in parti uguali tra i produttori originari di opere audiovisive, i produttori di videogrammi e gli artisti interpreti o esecutori.*

La ripartizione fin qui operata risulta essere maggiormente articolata rispetto alla precedente e in ultima analisi ispirata allo sviluppo delle

³ Vale per questa parte del terzo comma quanto osservato in precedenza circa l'inesattezza della sua applicazione ad apparecchi e supporti digitali.

attività di studio, e di ricerca, alla creazione, valorizzazione e formazione di artisti, interpreti ed esecutori.

Il restante dettato del 3° comma prosegue infatti stabilendo che *“La quota spettante agli artisti interpreti o esecutori è destinata per il cinquanta per cento alle attività e finalità di cui all'articolo 7, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 93.*

Si riporta l'estratto del comma appena citato:

L'IMAE utilizza le somme...nonché la quota di cui all'art. 71-octies, comma 3 della legge 22 aprile 1941 n° 633, e successive modificazioni e integrazioni, per le attività di studio e di ricerca nonché per i fini di promozione, di formazione e di sostegno professionale degli artisti interpreti o esecutori.

2.4. LA LEGGE N° 128 DEL 22 MAGGIO 2004

Uno degli obiettivi che il legislatore ha tentato di perseguire prima con l'introduzione nella legge 633/41 degli articoli costituenti il capo VI dei programmi per elaboratore e recentemente con il decreto legge 22 marzo 2004 n° 72 successivamente convertito nella legge n° 128

del 22 maggio 2004, è stata la limitazione dei fenomeni della pirateria informatica e dello scambio di files in rete, (Peer-to-Peer), fenomeno questo in continua crescita.

Il testo definitivo approvato dalla camera dei deputati ha introdotto dei cambiamenti, visti in parte nel paragrafo precedente, al testo della legge n° 633/41 sul diritto d'autore; si procederà ora a mettere in evidenza e ad analizzare le restanti modificazioni apportate alla legge.

Si premette ad ogni modo che la validità di quanto scritto potrebbe risultare non più attuale viste le molte richieste di modifica e di depenalizzazione di varie fattispecie di reato già avanzate peraltro dal ministro dei beni culturali Urbani.

Passiamo, dunque, all'esame dell'articolo n° 1 della legge 22 maggio 2004 in particolare per quanto riguarda le disposizioni specificamente finalizzate a contrastare la diffusione telematica abusiva di opere dell'ingegno.

Con l'enunciato del comma 1 il legislatore rende innanzitutto chiaro il fine per il quale vengono introdotte varie modificazioni alla legge 633/1941 che è quello *“di promuovere la diffusione al pubblico e la fruizione per via telematica delle opere dell'ingegno e di reprimere le violazioni del diritto d'autore...”*

Appare evidente che le nuove disposizioni mirano alla ottimizzazione della fruizione per via telematica delle opere dell'ingegno in formato digitale, per promuoverne la diffusione al pubblico, ma nel contempo intendano reprimere le violazioni del diritto d'autore.

Per agevolare l'analisi si procederà ove necessario con la scomposizione anche dei singoli commi costituenti l'articolo in oggetto.

Il comma 1 prosegue col gravare l'autore, (al fine di poter immettere l'opera dell'ingegno in un sistema di reti informatiche), dell'onere di corredare l'opera medesima di un idoneo avviso circa l'avvenuto assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e diritti connessi.

Il testo risulta alla lettura come segue: *"...l'immissione in un sistema di reti telematiche di un'opera dell'ingegno, o parte di essa, e' corredata da un idoneo avviso circa l'avvenuto assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi.*

Tralasciando per il momento ogni valutazione in merito all'opportunità di tale misura, la norma prosegue statuendo che *"La comunicazione, di adeguata visibilita', contiene altresì l'indicazione*

delle sanzioni previste, per le specifiche violazioni, dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni.

Se ne deduce che “*l'idoneo avviso*” in questione possa essere considerato tale ove non solo risulti caratterizzato da adeguata visibilità ma, contenga altresì, necessariamente, l'indicazione delle sanzioni previste per i trasgressori delle norme contenute nella legge 22 aprile 1941 n° 633 e successive modificazioni.

Si stabilisce altresì che “*Le relative modalità tecniche e i soggetti obbligati sono definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro delle comunicazioni, sulla base di accordi tra la Società italiana degli autori ed editori (SIAE) e le associazioni delle categorie interessate.*

Fino all'adozione di tale decreto, l'avviso deve avere comunque caratteristiche tali da consentirne l'immediata visualizzazione. Sono fatti salvi gli articoli 71-sexies, 71-septies e 174-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, nonché quanto previsto dalla legge 5 febbraio 1992, n. 93, e successive modificazioni.

Le modalità tecniche ed i soggetti obbligati non sono dunque individuati dalla legge ma saranno definiti con decreto del presidente del consiglio dei ministri in accordo con i ministri e le associazioni di categoria interessate.

Molto discussa anche se obiettivamente ragionevole è stata la disposizione contenuta nel secondo comma dell'articolo numero 1, che sostituisce l'espressione di cui al comma 1 dell'art. 171-ter "a fini di lucro" con la nuova "per trarne profitto".

L'articolo 171-ter cambia perciò come segue:

“È punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire chiunque per trarne profitto:...”

Dalla lettura dell'articolo in esame e in particolare modo dall'esame dei punti in cui vengono codificati i comportamenti passibili di sanzione, si evince che la modifica è stata voluta dal legislatore proprio al fine di limitare lo scambio di files con metodologia definita Peer to Peer.

A tal fine risulta specificamente preordinata anche l'introduzione della lettera a-bis) nel comma secondo dell'articolo 171-ter della legge 633/1941 che infatti sanziona il comportamento di chi *“in violazione dell'art. 16, (riguardante la lecita diffusione di materiale protetto dalla legge sul diritto d'autore con mezzi quali la radiodiffusione, la televisione...), per trarne profitto, comunica al pubblico immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto d'autore, o parte di essa;”*.

Poiché per ottenere dei risultati dall'applicazione di questa norma non si può prescindere da un efficace sistema di controlli che tengano monitorata la rete e l'attività degli utenti della stessa, il legislatore all'art. 1 comma 4 della legge 128/2004 dispone che *“Il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno raccoglie le segnalazioni di interesse in materia di prevenzione e repressione delle violazioni di cui alla lettera a-bis) del comma 2 dell'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, assicurando il raccordo con le Amministrazioni interessate.*

Il soggetto incaricato della raccolta delle segnalazioni circa la violazione della lettera a-bis) è dunque il dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno su segnalazione dei soggetti di cui al comma numero 5 nel quale si enuncia che *“A seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi della società dell'informazione, di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, comunicano alle autorità di polizia le informazioni in proprio possesso utili all'individuazione dei gestori dei siti e degli autori delle condotte segnalate.*

Complesso risulta essere l'enunciato del numero 5 appena esposto ma, lasciando al proseguo della trattazione alcuni delicati aspetti si

precisa ora quanto esposto nel decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70 e cioè, che i prestatori di servizi della società dell'informazione sono *“le persone fisiche o giuridiche che prestano un servizio della società dell'informazione”* e che i servizi della società dell'informazione sono *“le attività economiche svolte in linea -on line- nonché i servizi definiti dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 21 giugno 1986, n. 317, e successive modificazioni”*

Il comma 6 dell'articolo 1 provvede a legittimare, previo provvedimento dell'autorità giudiziaria, i prestatori di servizi ad impedire l'accesso ai siti che presentino contenuti in violazione della legge sul diritto d'autore.

Viene altresì permessa ai prestatori di servizi la rimozione dei contenuti medesimi, e pertanto si dispone che *“a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, per le violazioni commesse per via telematica di cui al presente decreto, i prestatori di servizi della società dell'informazione, ad eccezione dei fornitori di connettività alle reti, fatto salvo quanto previsto agli articoli 14, 15, 16 e 17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, pongono in essere tutte le misure dirette ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti o a rimuovere i contenuti medesimi.”*

E' opportuno sottolineare come la norma ponga un'eccezione con riguardo ai soggetti autorizzati, facendo tuttavia espressamente salvo il disposto degli artt. 14,15,16 e 17 del d.lg. n° 70/2003.

I fornitori di connettività, secondo quanto disposto in questi articoli, fornendo solo una rete per il passaggio di dati sono esentati sia dal controllo su questi e sulle attività degli utenti, sia dalla rimozione dai propri server in caso di memorizzazione ad esempio di dati in attesa di trasferimento.

Tutto questo a meno di un provvedimento specifico dell'autorità giudiziaria tendente alla richiesta della rimozione.

Viene inoltre specificato di come, (in caso di Hosting ovvero di fornitura di spazio su propri Hard disks), il controllo sui dati effettuato dal "Provider" non debba essere generalizzato ma casuale.

Viene inoltre specificato nell'art. 17 che il prestore di servizi di cui agli art. 15-16-17 non abbia alcun obbligo di sorveglianza *"sulle informazioni che trasmette o memorizza, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite"*.

Il prestatore è comunque tenuto ad avvisare senza indugio e a fornire tutte le informazioni necessarie all'autorità giudiziaria qualora venga

a conoscenza di qualche presunta attività illecita di un suo destinatario del servizio.

Viene inoltre messa a carico del prestatore di servizi una responsabilità civile circa il contenuto degli stessi, per il caso in cui questi su richiesta delle autorità competenti non abbia provveduto prontamente ad impedire l'accesso o a rimuovere i contenuti illeciti.

Il comma 7, complementare al disposto dei precedenti, prosegue codificando le sanzioni in cui incorrono i soggetti di cui ai commi 5 e 6: la violazione degli obblighi stabiliti da tali norme è infatti *“punita con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50.000 a euro 250.000. Alle violazioni di cui al comma 1 si applicano le sanzioni previste dall'art. 21 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.*

Si osservi come le violazioni di quanto stabilito al comma 1 della legge 22 maggio 2004 n° 128 siano punite secondo quanto stabilito dall'art 21 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n° 70 e cioè *“salvo che il fatto non costituisca reato...con il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da 103 euro a 10.000 euro.*

Prosegue il comma n° 2 *“Nei casi di particolare gravità o di recidiva i limiti minimo e massimo della sanzione...(indicata al comma 1 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70) sono raddoppiati.*

L'articolo 1 della legge 22 maggio 2004 n° 128 risulta essere l'unico ad intervenire sulla legge 633/41 sul diritto d'autore con delle misure pensate per attuare un inasprimento delle sanzioni ed un più capillare controllo sulle attività degli utenti, controllo che però a nostro avviso parrebbe porsi, (nonostante l'attenuazione del disposto degli artt. 14-15-16-17 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70), al confine con i principi costituzionali di segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza.

Lo stesso articolo 1 conclude con i commi 8 e 9 i quali dispongono:

- Il n° 9, (come visto in precedenza), la modificazione dei commi 3 e 4 dell'articolo 71-septies della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni;
- Il n° 8 la revisione dell'entità di alcuni contributi per la copia ad uso privato trattati in precedenza.

“All'art. 39, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, sono apportate le seguenti modificazioni: a) la lettera d) e' sostituita dalla seguente: "d) memorie digitali idonee per audio e video, fisse o trasferibili, quali flash memory e cartucce per lettori MP3 e analoghi: 0,36 euro per ogni gigabyte"; b) dopo la lettera h) e' aggiunta la seguente: "h-bis) apparecchi esclusivamente destinati alla

masterizzazione di supporti DVD e CD e software finalizzato alla masterizzazione: 3 per cento dei relativi prezzi di listino al rivenditore".

Il testo dell'articolo 39 comma 1 del decreto legislativo 9 aprile 2003 n° 68 risulta essere aggiornato dunque come segue:

1. Il compenso di cui all'art. 71-septies della legge 22 aprile 1941, n. 633, è fissato fino al 31 dicembre 2005, e comunque fino all'emanazione del decreto di cui allo stesso art. 71-septies, nelle seguenti misure:

- a) supporti audio analogici: 0,23 euro per ogni ora di registrazione;*
- b) supporti audio digitali dedicati, quali minidisc, CD-R audio e CD-RW audio: 0,29 euro per ora di registrazione. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore;*
- c) supporti digitali non dedicati, idonei alla registrazione di fonogrammi, quali CD-R dati e CD-RW dati: 0,23 euro per 650 megabyte.*
- d) memorie digitali idonee per audio e video, fisse o trasferibili, quali flash memory e cartucce per lettori MP3 e analoghi: 0,36 euro per ogni gigabyte;*
- e) supporti video analogici: 0,29 euro per ciascuna ora di registrazione;*

- f) supporti video digitali dedicati quali DVHS, DVD-R video e DVD-RW video: 0,29 euro per ora, pari a 0,87 euro per un supporto con una capacità di registrazione di 180 minuti. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore;
- g) supporti digitali idonei alla registrazione di fonogrammi e videogrammi, quali DVD Ram, DVD-R e DVD-RW: 0,87 euro per 4,7 gigabyte. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore;
- h) apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale audio o video: 3 per cento dei relativi prezzi di listino al rivenditore.
- h-bis) apparecchi esclusivamente destinati alla masterizzazione di supporti DVD e CD e software finalizzato alla masterizzazione: 3 per cento dei relativi prezzi di listino al rivenditore.

CAPITOLO TERZO

OSSERVAZIONI AGLI ASPETTI PROBLEMATICI DELLA DISCIPLINA VIGENTE

Sommario: 3.1. Le problematiche circa la disciplina sul software - 3.2. Le problematiche circa la disciplina sui materiali audio/visivi - 3.3. Le problematiche rilevate in seguito alla approvazione della legge n° 128 del 22 maggio 2004.

3.1. LE PROBLEMATICHE CIRCA LA DISCIPLINA SUL SOFTWARE

Nell'esperienza quotidiana del privato utente, del dipendente o del libero professionista che utilizzano programmi per elaboratore per i fini più vari, si può osservare come i contratti redatti dalle software house siano classificati dalle stesse con il nomen iuris di contratti di Licenza d'uso.

In riferimento a quanto sancito negli articoli 64 ter 1° comma e 64 quater 1° comma lettera a) reclamati in precedenza, è opportuno rilevare come la disciplina vigente effettui una differenziazione di base con riferimento al tipo di contratto avente ad oggetto il programma per elaboratore in funzione dell'utilizzo al quale la copia sia destinata.

Con l'art. 64-ter 1° comma e seguenti il legislatore individua infatti come, già poco sopra rilevato, un nucleo di facoltà fondamentali garantite al comune utente di software definendolo nel primo comma dello stesso articolo come legittimo acquirente.

Il successivo art 64-quater alla lettera a) individua, (a condizione che ad operare sia un licenziatario o un soggetto a ciò specificamente autorizzato), operazioni totalmente differenti da quelle descritte nell'articolo precedente quali, per esempio, la riproduzione del codice del programma per elaboratore, la traduzione della sua forma per lo scopo di far meglio interagire un nuovo programma con quello prodotto da altra software house.

La *ratio* ispiratrice delle norme in questione risulta differente e tendente a tutelare nel primo caso, (64-ter), i diritti del consumatore nella contrattazione allo scopo di garantire a questo la libera utilizzazione del software legittimamente acquistato nel rispetto del

diritto dell'autore; nel secondo caso, (64-quater), a favorire prima lo sviluppo tecnologico tramite la garanzia per lo sviluppatore di poter comprendere e riprodurre il codice alla base di un programma interagente con uno nuovo da lui prodotto e secondariamente, a garantire la reale concorrenza tra produttori di software, base questa per un continuo e proficuo sviluppo tecnologico.

La *ratio* di tali differenze nella disciplina degli articoli 64-ter e 64-quater può risiedere nella diversità degli interessi che sono impliciti nelle varie operazioni da questi articoli consentite e dall'importanza per il produttore di software, di vedere tutelato il know-how contenuto nel codice del proprio programma.

In altri termini se l'utente base⁴, legittimo acquirente come ai sensi dell'art. 64-ter, acquista una copia di software al dettaglio avrà quasi sicuramente l'interesse al suo utilizzo nell'ottica o di un miglioramento della produttività della sua azienda oppure, di ottenere un servizio gratificante per la sfera dei suoi interessi personali.

⁴ Dove per utente base si intende colui che utilizza il software secondo quanto disposto nell'art. 64-ter legge n° 633/1941

Appare non giustificato alla luce di questo tipo di utilizzo, oltretutto in un mercato di teorica libera concorrenza, il penetrante controllo al quale l'utilizzatore di software è spesso tendenzialmente sottoposto.

Ma lasciando al seguito della trattazione una analisi sul mercato e sulle possibili motivazioni economiche che possono essere fonte di tali comportamenti da parte delle software house, appare qui non in linea col significato del dettato dell'art. 64-ter la qualificazione di tali contratti come "Contratti di Licenza d'Uso".

Come sostenuto da Ubertazzi nel suo commento circa l'applicazione o meno del principio dell'esaurimento del diritto dell'autore alla copia venduta o distribuita per la prima volta nel territorio della Comunità Europea⁵, si ribadisce qui un principio generale secondo il quale la qualificazione di un contratto non è determinata dal suo nomen iuris, bensì dalla concreta funzione economica preseguita per mezzo di esso dalle parti nel regolamento dei loro legittimi interessi.⁶

In concreto riferimento alla problematica oggetto della trattazione si afferma che, in accoglimento della tesi esposta da tra gli altri da

⁵ UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto sulla concorrenza*, Padova Cedam 2004 p. 1364/1365

⁶ In generale sulla causa del contratto e sulla operazione di qualificazione vedi da ultimo:

GAZZONI FRANCESCO, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2003, p. 787ss, spec. 790

<p style="text-align: center;">Classificazione del soggetto nell'art. 64- ter 1° comma: ...legittimo acquirente...</p>	<p style="text-align: center;">Classificazione del soggetto nell'art. 64- quater 1° comma lettera a): attività eseguite dal licenziatario...o da chi è autorizzato a tal fine</p>
<p>Operazioni concesse: ...la riproduzione permanente o temporanea, totale o parziale, con qualsiasi mezzo ed in qualsiasi forma e nella misura in cui operazioni quali il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione del programma richiedano una riproduzione anche queste risultano salvo patto contrario consentite.</p> <p>La traduzione, l'adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione nonché riproduzione dell'opera che ne risulti senza pregiudizio dei diritti di chi modifica il programma.</p> <p>Fare una copia di riserva.</p> <p>Studiare, osservare, sottoporre a prova il funzionamento del programma allo scopo di determinare gli elementi e i principi su cui questo è basato se compie tali operazioni durante quelle sopra descritte.</p>	<p>Riproduzione del codice del programma, traduzione della sua forma al fine di modificare la stessa per conseguire l'interoperabilità di questo con un programma creato autonomamente.</p>

Sarti⁷ e riportata da Ubertazzi⁸, non risulta corretto qualificare come Contratto di licenza d'uso un contratto che svolga in concreto la diversa funzione di destinare stabilmente l'esemplare dell'opera alla circolazione del mercato.

A conferma di questa teoria rileva la già accennata diversità circa la relazione, (contenuta negli articoli 64-ter e 64-quater), tra la qualificazione del soggetto utilizzatore e le operazioni a questo consentite, tutelate dalla norma anche attraverso la disposizione della nullità delle clausole ad esse contrarie.

Cercando di evidenziare il parallellismo tra i due articoli, quanto in essi contenuto e qui esposto si dispone nella tabella qui sotto la definizione che dell'utente viene data nel testo del rispettivo articolo e le operazioni sul software a questo attribuite.

Come affermato anche da Trabucchi⁹, ciascuno dei soggetti contraenti è l'organo più adatto a conoscere e tutelare il proprio tornaconto, quindi il punto d'incrocio della volontà degli interessati

⁷ SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Playa p. 328 ss

⁸ UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto sulla concorrenza*, Padova Cedam 2004 p. 1364

⁹ TRABUCCHI ALBERTO, *Istituzioni di diritto civile, a cura di Giuseppe Trabucchi 41 ed.*, Padova Cedam 2004 pag. 658

dovrebbe dare un risultato empiricamente giusto, visto che, almeno in teoria, ogni parte è libera di non aderire al contratto se non lo ritiene conveniente.

La situazione risultante appare alquanto controversa se si pensa che la frequente diversità di interessi in gioco tra la software house e l'utente finale è alla base di un conflitto che nella normalità indurrebbe a non porre in essere un rapporto contrattuale che non si reputa conveniente, viste tra l'altro le restrizioni all'utilizzo spesso disposte dal produttore di software.

Tuttavia, vista la impossibilità di un legittimo penetrante controllo dell'attività degli utenti, questi contratti di Licenza d'Uso, (così impropriamente classificati), vengono conclusi quotidianamente con sistematiche violazioni delle clausole in essi contenute da parte degli acquirenti prima e altresì, di violazioni della legge sul diritto d'autore da parte di quei soggetti che ricorrono invece alla pratica della copia pirata.

La larga diffusione di questi costumi risiede per primo, senza dubbio, nella indiscussa facilità con la quale si può duplicare un software protetto a cospetto di una oggettiva difficoltà di controllo della copia illegale; per secondo alla percezione da parte dell'utente di non commettere, considerata la immaterialità del bene e lo scarso valore

del supporto che lo contiene in relazione al prezzo di vendita, un illecito tanto grave da indurlo all'astensione.

Personalmente includerei tra le cause del diffuso fenomeno/costume

a) una fondamentale ignoranza informatica di base dell'utente medio unita alla ignoranza circa la disponibilità di valide alternative ai più blasonati e costosi software, b) come si tenterà di dimostrare in seguito, la mancanza di un regime di effettiva libera concorrenza e di una legislazione comunitaria ed extracomunitaria efficace che impedisca la concentrazione in poche aziende di poteri tali da costituire un evidente oligopolio con i prezzi da questo regolati.

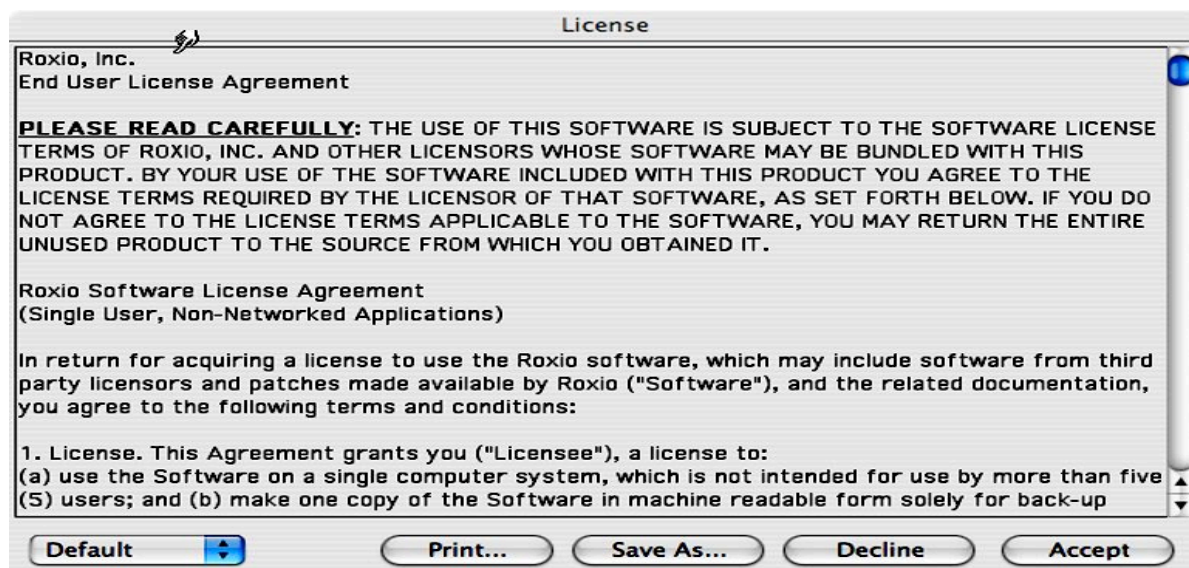
Per meglio analizzare la situazione di fatto si riportano da pagina seguente, alcuni estratti di vari Contratti di Licenze d'Uso disposti da varie software house, allo scopo di esporne il contenuto e di trarre alcune preliminari conclusioni.

Sintomatici risultano i campioni di intestazioni di vari tipi di contratti di licenza d'uso disposti in ordine alfabetico: Apple Computer produttrice tra gli altri del software per presentazioni "Keynote, Microsoft produttrice tra gli altri della suite di applicativi "Office", (nell'immagine la versione per Macintosh), Roxio inc. produttore del software per la masterizzazione su Macintosh "Toast" e su PC "Easy CD Creator".



Elemento di facile individuazione è la qualificazione del contratto come “Contratto di Licenza Software”.

Nei seguenti contratti disposti da Microsoft e da Roxio appare senz'altro comune al precedente la prassi di univoca qualificazione del contratto da parte dello stesso produttore.



Come sostenuto da autorevole dottrina¹⁰ e qui condiviso, il contratto di licenza in quanto contratto atipico, dovrebbe consentire al produttore del software una riserva sulla proprietà dello stesso per giustificare un controllo sull'attività dell'utente e l'utilizzo di eventuali tecnologie atte a limitarne l'uso.

Si pensi che alcuni produttori di software arrivano inoltre ad affermare il trasferimento della proprietà del solo supporto digitale riservandosi la proprietà sul software in esso contenuto.

Se tale generalizzato comportamento da parte delle software house può apparire corretto, (sul presupposto della validità della libertà di qualificazione del contratto da parte dell'autonomia contrattuale), si evidenzia invece come questo sia il punto critico fondamentale per la corretta valutazione delle pretese di protezione avanzate da queste in merito alla violazione dei contratti disposti con i consumatori.

Ritenendo corretto come afferma il Trabucchi¹¹, che nella vita moderna molti contratti sulla base di offerte fatte ad una massa di consumatori o di utenti, si concludano secondo schemi prefissati, (Contratti

¹⁰ UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto sulla concorrenza*, Padova Cedam 2004 1364 – 1370

¹¹ TRABUCCHI ALBERTO, *Istituzioni di diritto civile, a cura di Giuseppe Trabucchi 41 ed.*, Padova Cedam 2004 pag. 658

Standard), determinati o da esigenze pratiche o dal gioco di forze economiche; si ritiene non debba essere meritevole di protezione né tollerabile da parte dell'ordinamento la sistematica violazione di un principio generale dell'autonomia contrattuale che si verifica in concreto con la qualificazione di un chiaro contratto tipico di vendita col nomen juris di Contratto di Licenza d'Uso.

Si auspica dunque in primis, vista la controversa situazione per cui da tempo si concludono sotto il nomen iuris di Contratti di Licenza d'Uso dei contratti di Vendita Software che i soggetti non intendono a priori rispettare, una azione legislativa con l'obiettivo di ottenere, il rispetto della qualificazione dei contratti di vendita in quanto destinati ad utenti base¹² e come sembra diversamente indicare l'art. 64-quater, la qualificazione di contratti di licenza d'uso per quei contratti diretti agli Utenti Pro¹³.

In questo modo si ritornerebbe a tutelare realmente il consumatore a limitare contestualmente l'adozione di protezioni software che comportino restrizioni al legittimo utilizzo del programma per elaboratore regolarmente acquistato.

¹² Dove per utente base si intende colui che utilizza il software secondo quanto disposto nell'art. 64-ter legge n° 633/1941

¹³ Dove per utente pro si intende colui che utilizza il software secondo quanto disposto nell'art. 64-quater legge n° 633/1941

Il piano del confronto verrebbe così riportato, (ferma restando la condanna della pirateria informatica), su quanto viene chiaramente concesso dalla normativa in vigore ai soggetti contraenti, negando peraltro all'azienda produttrice di software una tutt'ora discutibile opera di polizia privata nei confronti dell'utente, spesso in violazione della privacy del soggetto.

3.2. LE PROBLEMATICHE CIRCA LA DISCIPLINA SUI MATERIALI AUDIO/VISIVI

Se per la disciplina che regola l'utilizzo dei programmi per elaboratore legittimamente acquistati il problema di fondo sembra essere come esposto nel paragrafo precedente la corretta qualificazione dei contratti con cui viene destinata la copia di un software, per i materiali audio visivi il discorso appare più complesso in conseguenza del fatto che le tecnologie per fruire di tali contenuti sono, al contrario della disciplina trattata in precedenza e sviluppatasi sostanzialmente con la tecnologia digitale ben due ovvero, la tecnologia digitale e quella analogica.

Di grande attualità nella disciplina dei materiali audio visivi è senza dubbio la parte sulla regolamentazione della copia privata per uso

personale che differisce rispetto a quella stabilita negli articoli 64-bis/ter/quarter sui quali ci si è soffermati poc sopra.

La critica avente ad oggetto le norme poste a regolare la copia privata ad uso personale non può prescindere ma deve partire dal quarto comma dell'articolo 71-sexies, rilevando come in questo sia legittimata e garantita, (purchè la sua pratica non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti), la copia anche solo analogica del materiale protetto di cui il soggetto sia legittimamente in possesso.

Dalla lettura dell'articolo 71-sexies si evince la legittimità della pratica della copia per uso personale e sebbene questa riceva alcune limitazioni anche da protezioni software apposte dal produttore, viene dal legislatore senz'altro garantita nella sua forma analogica.

La differenziazione di trattamento che considera lecita la copia analogica garantendone la pratica rispetto alla copia eseguita secondo lo standard digitale si basa sull'accoglimento di un indirizzo proposto dalla direttiva comunitaria che considera la copia analogica soddisfacente il bisogno del consumatore ma non comparabile con quella digitale e perciò non competitiva con quest'ultima.

In riferimento ai concetti esposti nella premessa tecnica che apre la presente trattazione si può affermare che i presupposti alla base della differenziazione non siano fondati e che la garanzia della copia ad uso personale di materiale protetto debba essere estesa anche a quella nello standard digitale.

Allo scopo di chiarire ulteriormente quanto esposto nella premessa tecnica si ricorda per esempio, che nel passaggio da analogico a digitale il segnale composito costituente il contenuto audio/visivo subisce un inevitabile calo in partenza.

Si vuole in questa sede chiarire e per il futuro evitare un comune errore di valutazione fatto dal legislatore nel considerare la copia analogica come quella eseguita solo su supporti di scarsa qualità.

Per una giusta rappresentazione della realtà bisogna infatti riconoscere e considerare che la qualità del prodotto analogico dipende direttamente e considerevolmente da:

- a. Il tipo di supporto utilizzato per eseguire la copia
- b. L'apparecchiatura con la quale questa viene eseguita

In altre parole, se per eseguire una copia digitale di materiale audio la qualità del supporto CD non comporta variazioni della qualità, per la copia analogica il rapporto tra qualità del supporto che può essere

un nastro e la qualità del duplicato risulta essere di proporzionalità diretta.

Ciò rilevato appare marcato che la diversità di trattamento delle fattispecie in esame non paia ragionevole e si debba dunque, auspicare una revisione dell'articolo 71-sexies nella direzione di garantire innanzitutto che la copia digitale possa essere eseguita allo stesso modo in cui viene garantita la corrispondente analogica e che, pur garantendo gli interessi dell'autore ad un normale sfruttamento dell'opera, sia abrogato l'articolo 102-quater che autorizza il titolare dei diritti all'uso di limitazioni software alla pratica della copia ad uso privato legalmente garantita.

Il seguente articolo 71-septies al primo comma risulta essere, visto il suo contenuto, chiara espressione di una valutazione di merito fatta del legislatore ed eseguita peraltro anche dagli altri stati appartenenti e non all'Unione Europea.

Visto che il compenso per la riproduzione privata destinato agli autori ed ai produttori e codificato nel comma in oggetto è stato negli anni soggetto ad aspre critiche circa la sua opportunità; si procederà prima con una osservazione sul atteggiamento di altri stati Europei per poi osservare le problematiche della normativa oggi in vigore.

Nel corso degli anni, con la graduale introduzione nel mercato degli apparecchi per la registrazione privata, è venuta a presentarsi al legislatore l'esigenza di considerare e disciplinare la pratica della copia di opere audio o di opere visive eseguita da utenti privati per il loro consumo.

Fin dagli anni sessanta la dottrina risulta essere divisa sull'argomento e in tensione tra due correnti di pensiero adottate da vari paesi europei, singolare risulta una certa uniformità di comportamento e soluzioni utilizzate tra paesi caratterizzati da una legislazione derivata dal diritto di tradizione Romana e paesi anglosassoni di Common Law.

Ad adottare una legislazione che fosse espressione di quella parte della dottrina che giustifica l'opportunità di destinazione all'autore di un compenso per l'esecuzione della copia privata ad uso personale, sono stati negli anni in Europa la Germania, con la tassazione degli apparecchi registratori prima e dei supporti vergini poi, la Francia e a seguire, tra gli altri, l'Italia.

Una sostanziale differenza si riscontra come accennato in precedenza se si considerano paesi quali Irlanda e Regno Unito, (come noto di common law), dove al contrario dei precedenti, la scelta dell'altra dottrina concorrente alla precedente, ha visto il diritto dell'autore

sulla copia ad uso privato limitato dal cosiddetto principio del “*Fair Dealing*” per lo scopo, (tra i tre previsti), di ricerca e studio privato il quale, senza dubbio, è quello che più si avvicina alla nostra tradizionale nozione di uso privato.

Il principio del “*Fair Dealing*” che tradotto in Italiano assume il significato di “*equa relazione commerciale*” è previsto dalla legge inglese sul diritto d’autore e limita l’estensione del diritto di questi sulla copia eseguita ad uso privato.

Al principio del “*Fair Dealing*” si affianca quello del cosiddetto “*Time shifting*”, che tradotto in Italiano assume il significato di “*Spostamento nel tempo*” e che consente ad esempio al privato la registrazione di una trasmissione televisiva allo scopo di poterla vedere nell’orario più conveniente alle esigenze del soggetti, questa copia privata non è soggetta come nel caso del “*Fair Dealing*” ad alcun tipo di compenso.

La ragione alla base di queste limitazioni del diritto dell’autore risiede nella valutazione fatta dal legislatore anglosassone che nell’affrontare il problema della copia per uso privato ha ritenuto che all’autore venga già attribuita la possibilità di una adeguata remunerazione, tale comunque da non considerarsi necessaria ed esigibile la richiesta all’utente di compensi addizionali.

Negli Stati Uniti la remunerazione per la copia privata è prevista dal Digital Home Recording ACT del 1992 ma solo per quanto concerne la copia su supporto digitale.

L'Italia invece uniformandosi alla direttiva CE 01/29, a fronte anche di una diffusa opinione circa la opportunità di non rendere libera la utilizzazione privata dell'opera, ha proceduto in maniera ibrida riconoscendo prima al consumatore il diritto di effettuare una copia di materiale audio e video protetto da diritto d'autore ma parimenti riconoscendo al titolare dello stesso di percepire un equo compenso.

Risultato dell'adozione da parte dell'Italia della dottrina che riconosce l'equo compenso all'autore per la copia ad uso privato è stata l'introduzione nell'ordinamento e precisamente nella legge 633/41 degli articoli 71-septies e 71-octies che, oltre ad elencare gli apparecchi ed i supporti vergini soggetti a tassazione nonché il metodo di determinazione e divisione del contributo che andrà a gravare il prezzo finale di questi, individuano i soggetti e i modi di versamento di tali compensi.

Essendo i due articoli in stretta relazione si procederà alla analisi di quanto in essi statuito partendo dal primo comma dell'articolo 71-octies.

Come evidenziato in precedenza, nel primo comma del citato articolo si parla di *compenso per apparecchi e supporti di registrazione audio* mentre nel terzo comma dello stesso articolo si parla di *compenso per gli apparecchi e i supporti di registrazione video*.

Il dettato della norma risulta senz'altro inesatto alla luce degli standard tecnologici presenti oggi nel mercato; se con la sola tecnologia analogica infatti la distinzione tra la forma del supporto audio rispetto a quello video e la differenza degli apparecchi per usufruire di tali contenuti giustificava una siffatta distinzione, questa con l'avvento della tecnologia digitale non risulta essere più adeguata.

Come specificato nella premessa tecnica effettuata in apertura del presente lavoro, con la tecnologia digitale gli apparecchi destinati alla produzione di copie ad uso privato quali i masterizzatori CD oppure DVD possono essere utilizzati indistintamente per trattare sia contenuti audio che video e questi possono essere indistintamente memorizzati su CD come pure su DVD.

Come conseguenza di utilizzo di questo standard si ripete dunque che un supporto digitale sia questo Nastro, Hard Disk, CD o DVD può contenere indistintamente sia copia di audio, video che di software.

La differenziazione attuata dalla norma circa i compensi derivanti da copia di materiale audio e video non appare dunque giustificata, (né giustificabile), e sarebbe oltremodo opportuna una sua revisione al fine di una esatta ripartizione degli stessi ai soggetti destinatari in considerazione anche, dell'incidenza che nel mercato hanno ad oggi le tecnologie disponibili ovvero, quella analogica e quella digitale.

Analizzando ora approfonditamente la disciplina così codificata sorge all'attenzione un evidente ed importante problema circa la costituzionalità del disposto degli articoli in oggetto.

Si è esposto poco sopra di come nello standard digitale uno stesso supporto possa contenere indistintamente sia dati audio che dati video o grafici per non parlare di programmi per elaboratore e dei dati da questi generati tramite il loro utilizzo, si pensi ad esempio alle frequenti copie di BackUp eseguite periodicamente a salvataggio del quotidiano lavoro.

Il contributo definito e contenuto nell'articolo 71-octies riguarda senza distinzione tutti i tipi di supporti come detto anche in precedenza senza considerare un aspetto di fondamentale importanza, il fatto cioè che in un supporto vergine sia analogico che digitale possano essere memorizzati dati frutto del lavoro privato, musica autoprodotta, fotografie e immagini di famiglia, home-video

che non sono soggetti alla registrazione e protezione della legge del diritto d'autore.

Essendo improponibile la registrazione di tutti questi contenuti, non si può far altro che rilevare come l'attuale disciplina vada a tassare supporti che non saranno in moltissimi casi utilizzati per creare una copia ad uso privato di materiale che rientra nella protezione accordata dalla legge 633/41 sul diritto d'autore.

Da questa considerazione appare alquanto giustificata una eventuale eccezione di incostituzionalità degli articoli 71-septies e 71-octies per evidente contrasto in primo luogo col Principio di Uguaglianza di cui all'Articolo 3 della Costituzione dal momento che vengono sottoposte ad identico trattamento situazioni radicalmente diverse nelle quali non è possibile ravvisare alcuna identità di *ratio*, ma non solo: è evidente che per tali norme si legittima il prelievo di un contributo per l'attività di materiale che può essere, (ma in moltissimi casi), di fatto, non sarà protetto.

Si ritiene dunque opportuna, in considerazione di quanto finora esposto, l'abrogazione degli articoli 71-septies, 71-octies essendo, con tutta evidenza, impossibile esercitare un controllo sulla destinazione data ai supporti vergini.

3.3. LE PROBLEMATICHE RILEVATE IN SEGUITO ALLA APPROVAZIONE DELLA LEGGE N° 128 DEL 22 MAGGIO 2004

Con legge di conversione n° 128 del 22 maggio 2004 il legislatore ha inteso mettere mano alla normativa sul diritto d'autore con l'intento di promuovere, come enunciato nella legge stessa, la diffusione al pubblico e la fruizione per via telematica delle opere dell'ingegno e di reprimere le violazioni del diritto d'autore.

In seguito alla sua approvazione, la nuova normativa è stata subito oggetto di aspri giudizi da parte delle associazioni di categoria, degli utenti della rete e di varie parti politiche; lo stesso ministro proponente, (Urbani), spinto forse dalle critiche ricevute, ha in parlamento precisato la necessità di rivedere prontamente quanto disposto nel nuovo impianto normativo.

Si intende in questa sede analizzare quanto introdotto dalla legge n° 128/2004 con la consapevolezza che tali misure potrebbero essere a loro oggetto di valutazione critica.

Il comma 1 dell'articolo n° 1 della legge n°128/2004 come visto nel capitolo secondo della presente trattazione, va a gravare l'autore dell'onere di corredare l'opera di un idoneo avviso circa

l'assolvimento degli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi.

Questo avviso definito anche come “*comunicazione di adeguata visibilità*” dovrebbe, nell'ottica di informazione del consumatore, riportare tra le altre le sanzioni previste per le violazioni della legge 22 aprile 1941 n° 633 e successive modificazioni.

Non considerando rilevanti le modalità di applicazione di un simile avviso si vuole concentrare l'attenzione su cosa questo possa essere e sulla reale opportunità di un suo utilizzo.

Si consideri che la necessità di tale virtuale avviso, peraltro a garanzia dell'autore, nasce con probabilità dalla sempre maggiore diffusione di “negozi di musica on-line” e dalla vendita in rete non di un prodotto materiale ma un file audio, una sequenza di istruzioni virtuali che sono frutto, come visto nella premessa tecnica, di una conversione digitale del suono.

Anche se questa informazione destinata all'utente acquirente appare senz'altro meritevole, appare ciononostante criticabile la scelta dei soggetti obbligati alla sua apposizione e soprattutto la sua reale efficacia specie in considerazione della facilità di manipolazione dei contenuti digitalizzati.

L'esperienza quotidiana insegna che le protezioni software adottate dai produttori di contenuti audio/visivi in formato digitale sono dagli utenti facilmente eludibili attraverso le infinite risorse disponibili in rete; gli stessi produttori a volte includono delle istruzioni per aggirarle proteggendo così i diritti dei consumatori con un comportamento che risulta tutt'ora poco chiaro se non controverso.

Il probabile esito di tale misura, (sia che questo avviso digitale resti solo un avviso oppure assuma la forma di una misura anticopia), sarà con tutta probabilità primariamente il suo passaggio inosservato con la conseguente continuazione delle pratiche oggi in vigore e secondariamente ma non per importanza, l'onere ed un costo ulteriore che graverà sull'autore o sul produttore che immetta in rete contenuti audio digitali.

Alla luce di tali osservazioni e della profonda crisi del settore si ritiene opportuna l'abrogazione di tale disposizione e la sua sostituzione con una che obblighi i cosiddetti Internet Music Stores che ancora non adottassero tale pratica, ad includere nel contratto con l'utente una adeguata politica informativa circa il rispetto della normativa sul diritto dell'autore.

Avendo riguardo al contenuto del secondo comma dell'articolo 1 appare ragionevole alla luce del dilagante fenomeno della pirateria

informatica e dello scambio Peer to Peer, la disposizione in esso contenuta circa l'inasprimento come riportato "per uso non personale" e "per trarne profitto" delle sanzioni e delle pene per i soggetti che adottano tale illegale comportamento.

Pur essendo tale disposto risultato di una libera valutazione del legislatore circa la opportunità sulla misura di tali pene e sanzioni, si ritiene che un possibile problema risieda nel sistema di controlli che dovrebbero portare a rilevare utenti della rete dediti a tali attività la cui descrizione è contenuta nei commi 4-5-6 dello stesso articolo.

Pur subendo delle evidenti attenuazioni, (elencate in precedenza nella descrizione della normativa), il controllo che verrebbe così effettuato seguendo il dettato della norma dal fornitore di servizi sull'attività degli utenti, risulta spostare pericolosamente l'attività di "polizia informatica" da un organo dello stato ad un soggetto privato, cedendo così alle richieste di interessi economici forti rappresentati dalle multinazionali del settore e creando contemporaneamente a mio avviso, un pericoloso decentramento del potere di controllo proprio dello stato.

Da considerare inoltre che dei controlli di tal genere assumerebbero le caratteristiche proprie di controlli generalizzati sulla corrispondenza degli utenti della rete violando così il Principio

Costituzionale della Segretezza della Corrispondenza e conseguentemente rendendo la norma in contrasto con quanto sancito dalla nostra Costituzione all'articolo 15.

Considerando le osservazioni fatte in precedenza circa la probabile incostituzionalità degli articoli 71-septies e 71-octies pare doveroso rilevare come anche i commi 8 e 9, in quanto funzionali a tali norme, presentino a loro volta con tutta probabilità profili di illegittimità costituzionale.

Il legislatore, invero, nello stabilire i compensi per gli autori in relazione al tipo di supporto vergine correlato ha stabilito:

- a. La quota di 0,23 Euro/Ora di registrazione per i supporti analogici audio e di 0,29 Euro/Ora di registrazione per i supporti analogici video, non ha però considerato che alla variazione della velocità di registrazione aumenta o diminuisce, a parità di quantità di nastro usato, la durata della registrazione stessa.

In questo modo si penalizzano o avvantaggiano determinate categorie di utenti senza che tale diversità di trattamento possa essere supportata da idonea giustificazione in contrasto con l'art. 3 della Costituzione Italiana.

b. Ai punti b), f) e g) inoltre viene commesso un evidente errore considerando prima che vi sia una differenza tra CD o DVD dedicati e perciò destinati a contenere del materiale audio oppure dei dati. In secondo luogo il legislatore assume che esistano dei CD-RW audio o dati ma questi, per la loro struttura, non possono essere utilizzati in comuni lettori Consumer come dei comuni CD audio ma, (servendosi di lettori moderni), come dei CD contenenti files audio compressi come degli mp3.

La quota di 0,23 Euro/Ora di registrazione audio digitale e di 0,29 Euro/Ora di registrazione video digitale non ha dunque senso in quanto la capacità di tali supporti è determinata dal grado di compressione che viene applicato ai files audio oppure video che vi saranno memorizzati e perciò, dall'attività e discrezione del singolo utente.

CAPITOLO QUARTO

UNA TEORIA ECONOMICO POLITICA

SUI DIGITAL RIGHTS

Sommario: 4.1. Una analisi economico-politica -
4.2. Conclusioni sul Software - 4.3. Conclusioni
sui contenuti audio e video.

4.1. UNA ANALISI ECONOMICO-POLITICA

Un'analisi economica del mercato e delle implicazioni che la tecnologia ha su questo, può fare chiarezza sulla reale entità delle problematiche concernenti il diritto d'autore per il software, i contenuti audio e video, se non mettere in evidenza come la loro origine risieda nelle tensioni tra i soggetti e gli interessi costituenti la società di cui la legge deve essere espressione.

L'evoluzione della tecnologia continua a porre al legislatore nazionale e comunitario sempre nuove problematiche e continui sono gli sforzi di questo per una possibile efficace soluzione di tali problemi.

L'adozione della tecnologia digitale con tutte le sue più svariate implicazioni, ha profondamente mutato la struttura della moderna società capitalista e la distribuzione dei capitali al suo interno; nuovi gruppi industriali e nuove multinazionali nel crescente settore dell'information technology, sono venute ad affiancare i già presenti ed influenti soggetti produttori di beni di consumo nel settore dell'elettronica finalizzata alla fruizione del software, dell'audio e del video, formando ciò che spesso il legislatore non ha ostacolato ovvero, la trasformazione del mercato di libera concorrenza in un mercato di sostanziale oligopolio sfociato frequentemente anche in seguito ai frequenti cartelli in monopolio.

L'adozione dello standard digitale nei cicli produttivi e per esempio nell'industria discografica, ha dato un notevole impulso all'economia degli ultimi venticinque anni ma, ha anche contribuito ad una sempre crescente omologazione dei prodotti, che, hanno progressivamente perso quel valore aggiunto determinato "dall'arte costruttiva" che viene impressa della persona al manufatto di qualsiasi tipo questo possa essere.

Ad un tale tentativo di omologazione dei prodotti è corrisposto ma non riuscito un più o meno conscio tentativo di omologazione del consumatore che rimane, pur di fronte ad una offerta

predeterminata dagli interessi di un mercato di massa, portatore di diverse esigenze, di diversi tipi di cultura e modelli sociali.

Le concentrazioni di capitali nei grandi gruppi industriali e l'evidente influenza che questi hanno sull'immissione di quantità e determinazione della qualità dei prodotti nel mercato, se sommati alla loro frequente posizione di dominanza nel settore dell'informazione lasciano intuire come la società capitalista ed il mercato che la esprime si trovino oggi ad essere pesantemente influenzati da questi soggetti e, come il regime di libera concorrenza sia soffocato di fatto dall'oligopolio dei grandi capitali.

Conseguenze di questo sono una evidente impossibilità per i piccoli produttori di esercitare una reale concorrenza ai grandi gruppi o multinazionali e ovviamente per questi ultimi, la possibilità di dettare le linee guida dello sviluppo del mercato e le tecnologie da adottare che non sempre sono le migliori per l'utente ma, in questa situazione, certamente le migliori per ottimizzare il profitto di quei soggetti capaci di influenzare fortemente il meccanismo della domanda e dell'offerta.

1.2. CONCLUSIONI SUL SOFTWARE

Si è visto in precedenza che la qualificazione di contratto di Licenza d'Uso data ai contratti Standard predisposti unilateralmente dalle software house non sia, rispetto alle finalità economiche che esso realmente persegue, nel maggior numero dei casi corretta.

Si è anche affermato che l'utente comune pur concludendo quotidianamente tali contratti con l'installazione di programmi nei propri elaboratori non ne rispetta sistematicamente, le clausole incluse procedendo perciò alla loro costante violazione.

Di fronte a tale generalizzata consuetudine si potrebbe obiettare sull'inutilità di una azione legislativa in precedenza auspicata che impedisca alle software house tale comportamento lasciando caso per caso alla magistratura, di rilevare il "difetto" di qualificazione del contratto e dunque la differenza di possibilità d'uso del programma per elaboratore tra acquirente e licenziatario sancite negli articoli 64-bis/ter/quater.

Per avvalorare le teorie alla base di quanto affermato in questo lavoro, risulta essere a questo punto necessaria una esposizione dei motivi che spingono gli utenti ad una simile sistematica violazione o

a ricorrere in molti casi alla cosiddetta copia pirata che non si intende in questo modo giustificare.

Tra i comuni utenti di software vi è una generale ignoranza su cosa sia realmente un programma per elaboratore, sul lavoro necessario per crearlo e sulla normativa che lo regolamenta.

Il valore del programma per elaboratore viene, così, frequentemente identificato, visto anche il numero delle copie prodotte, con quello del semplice supporto che lo contiene; inoltre, anche se a torto, nella comunità degli utenti è diffusa l'idea, (viste le continue restrizioni ed inasprimenti delle sanzioni per i trasgressori), che la legislazione sul diritto d'autore sia continuamente aggiornata al fine di tutelare gli interessi delle grandi software house.

Sommando a quanto detto a) la percezione che l'utente ha di subire continuamente una sorta di "legalizzata persecuzione", b) la convinzione che il prezzo di vendita spesso non corrisponda a quello del reale valore del programma in un mercato concorrenziale, c) la consapevolezza della impossibilità di un controllo efficace dell'uso che viene fatto del programma per elaboratore, d) la ignoranza circa la presenza di valide alternative ai programmi più blasonati si ottiene una non confortante situazione dalla quale la violazione delle clausole contenute nei contratti se non addirittura la ricerca del

programma nella rete tramite lo scambio peer to peer appare ragionevole soluzione ai problemi.

La teoria del “Particolarismo Giuridico Digitale” elaborata dai professori Andrea Ottolia & Dan Wielsch¹⁴ si pone come possibile soluzione al problema della regolamentazione dei Digital Rights; questa poggia sulla convinzione che sia possibile la creazione di una legislazione privata parallela a quella pubblica sul diritto d’autore ed in rapporto di tensione dinamica con questa.

Si riporta qui di seguito, traducedone degli estratti, una parte dell’articolo inglese sul “Digital Rights Menagement” nel tentativo di dare una breve panoramica del principio che sta alla base del “Particolarismo Giuridico Digitale”.

...L’idea di una “Legislazione Privata” potrebbe rendere possibile pensare a questo modello di distribuzione/regolazione come una forma di neo-feudalesimo.

Lavorando nel contesto di adesione e contratti standard, Friedrich Kessler¹⁵, ha analizzato la regressione di alcune relazioni contrattuali nel modello del diciannovesimo secolo, queste erano basate su una relazione

¹⁴ ANDREA OTTOLIA & DAN WIELSH, *Mapping the information environment, Legal aspects of modularization and digitalization*, Yale Journal of Law and Technology, http://research.yale.edu/law_eme/yjolt/

¹⁵ FRIEDRICH KESSLER, *Contracts of Adhesion*, Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 colum. 1. rev. 629

bilaterale, nella direzione di un modello nel quale lo stato giuridico del soggetto aveva la prevalenza sulla volontà dei soggetti e il potere commerciale dei grandi feudatari imponeva un nuovo ordine feudale sopra un vasta moltitudine di vassalli.

Quando si considera il Digital Rights Management, (Trattamento dei diritti digitali), la metafora del feudalesimo sembra inadeguata per due ragioni.

La prima è che il modello feudale era un sistema organico sviluppatosi prima dell'esistenza dello stato moderno. In contrasto, il fenomeno della privatizzazione del diritto non da crescita ad un sistema organico ma piuttosto ad una non strutturata coesistenza di sottosistemi basata su una relazione di tensione dinamica con la legislazione, (Legge sul copyright).

Seconda, l'immagine di maggior rilievo circa il feudalesimo era la ingiusta imposizione dei feudatari sui vassalli, (detentori del copyright e utenti). Assai differentemente, gli effetti della privatizzazione del diritto non creano necessariamente un sistema di imposizioni, ma al suo posto forse più neutralmente, un differente modello di regolamentazione.

La privatizzazione del diritto potrebbe essere vista come una peculiare e possibilmente inevitabile via per regolamentare i contenuti digitali.

Anche se innovativa nella visione globale sembra che il Particolarismo Giuridico Digitale, (qui molto brevemente esposto), spinga inevitabilmente verso una decentralizzazione del potere legislativo assegnandolo a soggetti privati che sono i detentori del grande capitale ed in molti casi monopolisti.

Una critica che può essere mossa ad una tale soluzione può essere quella di finire per legittimare pericolosamente una posizione di predominio nel mercato di grandi gruppi consegnando il mercato stesso definitivamente alle loro politiche oligopoliste oppure monopoliste.

Si ritiene per quanto riguarda i Diritti Digitali sui programmi per elaboratore che sia opportuno:

1. un intervento di sensibilizzazione ed informazione dell'utenza comune privata circa l'esistenza di valide alternative software ai programmi più diffusi e maggiormente pubblicizzati dai detentori di una posizione dominante che vizia il mercato di libera concorrenza e dell'informazione.
2. la valorizzazione e difesa di un patrimonio della società quale l'Open Source che è un modello collaborativo nel quale la proprietà intellettuale è tradizionalmente costituita su un presupposto metagiuridico che è l'individuo.

3. una azione del legislatore nella direzione di tipizzare il “contratto di licenza d’uso software” distinguendolo così chiaramente dalla più comune “vendita di software” come disposto negli artt. 64-bis/ter/quater, nell’ottica di garantire definitivamente la generalità dei consumatori dalle discutibili politiche delle software house anticipando così i non brevi tempi altrimenti necessari ad una soluzione del problema per via giudiziaria.
4. Una efficace opera di prevenzione di concentrazione di posizioni di monopolio ed una corrispondente politica che li osteggi come tentato ad esempio negli Stati Uniti d’America contro il monopolio detenuto nei sistemi operativi da Microsoft Corporation.

4.3. CONCLUSIONI SUI CONTENUTI AUDIO E VIDEO

Come esposto in precedenza nella descrizione della parte della normativa riguardante i diritti sui contenuti audio e video, bisogna qui ricordare l’esistenza nel mercato di due differenti tecnologie analizzando i vantaggi e svantaggi che la recente tecnologia digitale

ha portato e i motivi che possono aver spinto all'adozione di tali standard tecnologici.

L'applicazione dello standard digitale alla fruizione di musica e video è stato progressivo come la diffusione dei PC, dei mezzi per convertire la musica in digitale presso gli studi di registrazione, (prima esclusivamente dotati di apparecchiature analogiche), e la conseguente diffusione di lettori consumer da immettere nel mercato.

Se il mercato ha chiaramente privilegiato per la diffusione ed il consumo di massa il Compact Disc e l'audio digitale enfatizzandone le qualità e la presunta superiorità rispetto al Disco in Vinile, ed all'audio fino ad allora analogico, bisogna in primo luogo sfatare alcuni "falsi miti" fonte di errori che si riflettono come visto nella stessa attività legislativa.

Si pensi solo al fatto che la registrazione audio negli studi professionali ancora oggi non prescinde dalla utilizzazione di vecchi registratori professionali a nastro da due pollici e dall'uso intensivo di vecchi microfoni e preamplificatori a valvole, espressione di una tecnologia vecchia di sessant'anni, ma, visto quanto esposto nella premessa tecnica avvallato dall'evidenza dei fatti, decisamente non sostituibile per la realizzazione di un prodotto di indiscussa qualità.

Se in ambito professionale la tecnologia analogica per produzioni di indiscussa qualità risulta insostituibile si è assistito alla sua quasi totale sostituzione nel mercato del consumo di massa.

I motivi di questa indiscriminata sostituzione, spinta da una politica pubblicitaria mirata all'esaltazione della "perfezione" del suono digitale sono da ricercarsi non tanto nella esaltata superiorità di questa tecnologia ma nelle regole del mercato, nel costo dei fattori di produzione e nel profitto che ne deriva.

Per chiarire il concetto si parta dalla nozione per cui il prodotto finito che viene immesso nella distribuzione e nel mercato è risultato della combinazione di vari elementi quali le materie prime, i semilavorati, la forza lavoro e i capitali per le macchine ed i servizi¹⁶.

Il costo finale del prodotto viene definito dalla sommatoria degli elementi e fattori della produzione sopra elencati nei quali possono essere individuati due differenti tipi di costi: i Costi Fissi ed i Costi Variabili.

- I Costi Fissi sono i costi di struttura, comprendono ad esempio quelli affrontati per l'acquisto di una macchina da

¹⁶ N. GREGORY MANKIOW, *Principi di economia*, Zanichelli Bologna, 2003 pag. 330

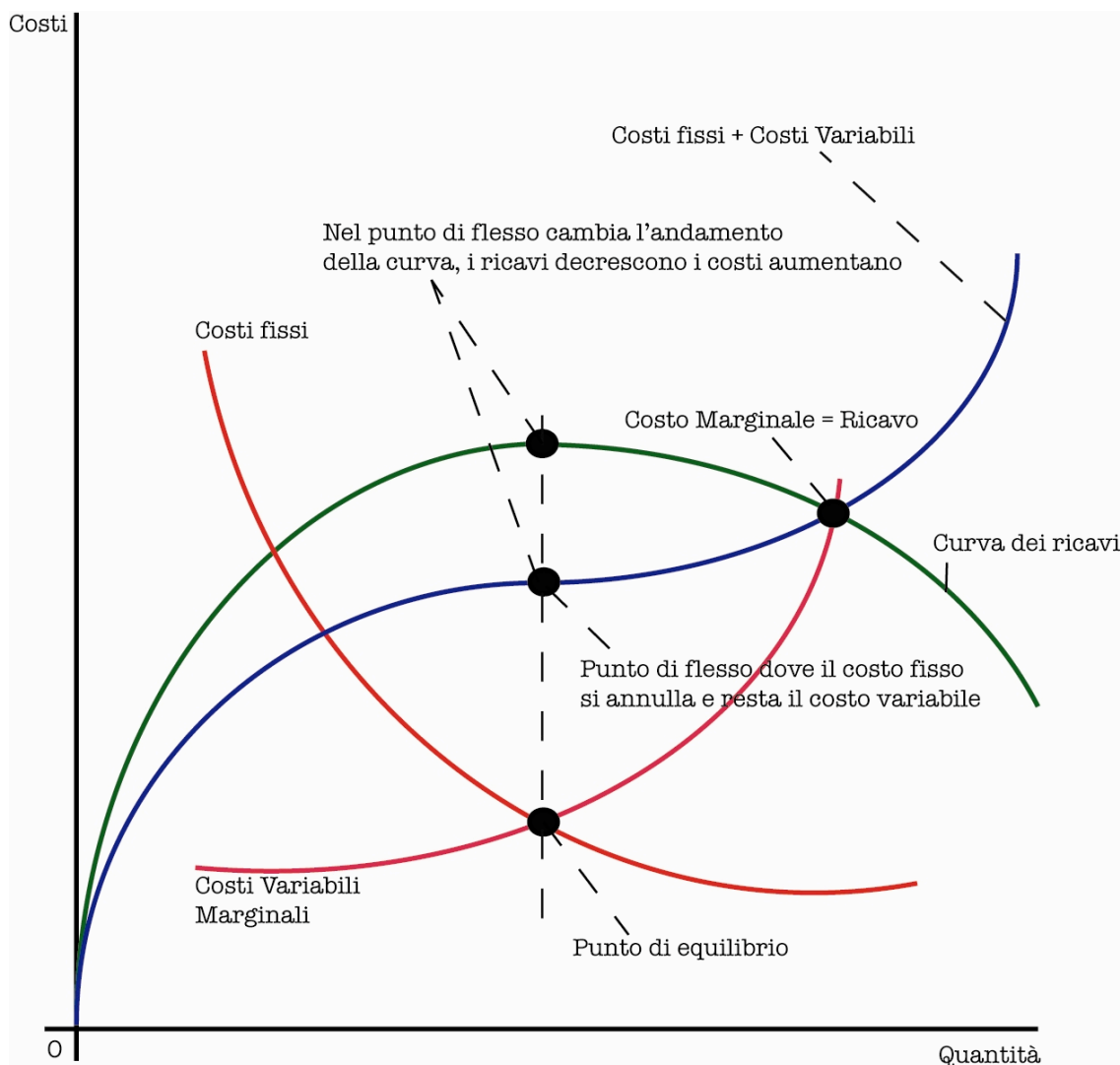
impiegare nel processo produttivo e nel breve periodo sono incompressibili.

- I Costi Variabili Totali variano in funzione della quantità prodotta e nel breve periodo, unitariamente rappresentano una costante.

La sommatoria dei due tipi di costi della produzione definisce il costo unitario medio del prodotto.

Con l'aumentare della produzione, nel lungo periodo, i costi medi unitari decrescono in quanto i costi fissi vengono assorbiti e tendono ad annullarsi.

Il costo marginale, come indicato chiaramente nel grafico qui sotto, cresce rispetto alla produttività marginale che è invece decrescente fino ad arrivare all'azzeramento del profitto e ad una eventuale perdita se vi è continuità della produzione.



Si è notato che il punto di flesso indicato nel grafico della rappresentazione economica appena sopra, corrisponde sia al momento in cui all'azzeramento dei costi fissi il costo marginale comincia a crescere per effetto della diminuzione della produttività marginale dei fattori produttivi.

Tale punto indica anche l'apice di sviluppo di una tecnologia¹⁷.

¹⁷ G. De Maria, *Trattato di logica economica*, Cedam Padova 1966

Un prodotto ed una tecnologia matura vengono di fatto abbandonati in un'economia standard perchè non generano più quel plus che è dato dalla differenza tra prezzo e costo.

Si può dunque affermare tenendo in considerazione i vantaggi intrinseci alla tecnologia digitale, viste le nozioni esposte nella premessa tecnica, visti i risultati ottenuti dall'applicazione di una analisi economica dei fattori della produzione allo sviluppo del mercato che: "Il meglio dal punto di vista tecnologico non corrisponde a volte alla migliore combinazione dei fattori della produzione e perciò al più conveniente dal punto di vista economico".

Da qui risulta facile comprendere i motivi per i quali il consumo di massa sia stato indirizzato all'abbandono dello standard analogico per quello senza dubbio più redditizio del digitale.

Quanto appena descritto ci permette ora di valutare più obiettivamente la situazione concreta per cercare una soluzione ai problemi emersi con un'utilizzo della tecnologia digitale abbinato a politiche commerciali i cui maggior difetti sono stati senza dubbio:

- a. l'aver commesso errori di valutazione e classificazione sulle varie tipologie di consumatori
- b. l'aver sottovalutato le possibilità di condivisione dei beni che la tecnologia digitale ha messo a disposizione degli utenti.

Si è ampiamente esposto riguardo ai pregi e difetti delle tecnologie disponibili nel mercato e alle problematiche della normativa che disciplina i diritti d'autore, si può anche affermare che quanto detto poco sopra in merito al ricorso alla copia pirata ricavata in rete dagli utenti e al loro comportamento possa essere esteso e adattato senza problemi alla copia di materiale audio e video protetta da diritto d'autore.

In conclusione, ci pare, dunque, criticabile imputare –come comunemente si fa- i problemi che affliggono l'industria discografica e cinematografica allo scambio Peer to Peer o ad una legislazione troppo permissiva, dal momento che il consumatore non è certo cambiato nei suoi comportamenti in seguito alla standardizzazione del prodotto immesso nel mercato.

Per chiarire il concetto: coloro che “nell'era analogica” erano pienamente soddisfatti dalla cassetta audio ora lo sono dal formato digitale mp3 per la musica oppure divX per il video.

Tali “consumatori disattenti” non sono interessati dalla qualità del prodotto e saranno portati in presenza di prezzi troppo elevati alla ricerca di copie gratuite nella rete.

Coloro che invece, in quanto consumatori attenti, ascoltano e valutano la qualità del prodotto oggi cercano in un ri-fiorente

mercato analogico beni e produzioni di qualità acquistando il Compact disc solo in mancanza di corrispondente analogico.

Paradossalmente la politica fin qui adottata dalle major discografiche e cinematografiche, facilmente rilevabile dall'analisi del rapporto prezzo-qualità del bene, se nel breve periodo ha dato nuovo slancio al mercato, ora che anche la tecnologia digitale è arrivata all'apice del suo sviluppo non genera più un plus, ma perdite esponenzialmente maggiori in considerazione del fatto che lo scambio di files in rete con la tecnologia analogica non esisteva.

Il risultato ottenuto, evidente ed osservabile, è che la categoria intermedia dei consumatori che potevano essere soddisfatti da un impianto audio/video digitale di buon livello si sono divisi e rivolti, visto il recente peggiorato rapporto prezzo-qualità del prodotto in genere, al sempre più facile scambio peer to peer o all'audio di qualità con la riscoperta della tecnologia analogica.

Queste ultime affermazioni esulano dalla trattazione del diritto e della vigente legge sul diritto d'autore che sono espressione di esigenze di una società che, in seguito ad un notevole cambiamento, necessita un rivisitato impianto normativo che garantisca la pluralità ed eviti l'omologazione dei prodotti perseguita fino ad ora dai soggetti che influenzano il mercato.

Si auspica che nella correzione dei punti controversi della normativa in vigore il legislatore lasci alle forze che regolano il libero scambio la valutazione e la risoluzione delle problematiche economiche che sono alla base della sua crisi, garantendo, peraltro come appena esposto, la pluralità e la diversità dei prodotti e dell'offerta.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza. Antitrust, concorrenza sleale, pubblicità, marchi, brevetti, diritto d'autore*, Padova, CEDAM, 2004
- ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1999
- www.netJus.org
- N. GREGORY MANKIW, *Principi di economia*, Bologna, ZANICHELLI, 2003
- G. DE MARIA, *Trattato di logica economica*, Padova CEDAM, 1966
- Yale Journal of Law and Technology, VI, 174 (2004) <http://research.yale.edu/lawmeme/yjolt/>
- Conferenza Prof. Andrea Ottolia presso Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, mercoledì 10 marzo 2004
- <http://www.interlex.it/copyright/urbani6.htm>
- <http://www.interlex.it/copyright/palmieri6.htm>
- <http://www.interlex.it/copyright/urbani4.htm>
- <http://www.interlex.it/copyright/pnuti7.htm>
- <http://punto-informatico.it/p.asp?i=49607>
- <http://www.autoreonline.net/AUTORE/1.htm>
- <http://www.dlib.org/dlib/june01/iannella/06iannella.html>

Ringraziamenti

Un sentito ringraziamento a Giorgia, un'amica speciale e paziente per l'aiuto datomi in questo ultimo anno di Università; al Dott. Lorenzo Breda, Dott.ssa Chiara Agostini, Michele Zanandrea e Andrea Morra per i preziosi suggerimenti e nozioni presenti nella presente ricerca, a tutti gli amici, compagni di Capoeira e di Aula studi, a tutti coloro che mi hanno accompagnato verso l'obiettivo finale, agli Hypnoise, a tutti i professori e maestri che mi hanno formato in questi lunghi anni.

Per ultimi, ma non per importanza, ringrazio tutta la mia famiglia per la fiducia ed i sacrifici fatti per farmi studiare.