



Trento Law and Technology Research Group

Research Paper n. 14

I libri nella “tempesta perfetta”: dal copyright al controllo delle informazioni digitali

Roberto Caso | Marzo/2013

Books into the “perfect storm”: from copyright to the control of information

Roberto Caso | March/2013

lawtech

ISBN: 978-88-8443-466-1

ISSN: 2038-520X

COPYRIGHT © 2013 ROBERTO CASO

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group Research Papers Series Index

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn-eprints:

<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/4131>

Questo paper © Copyright 2013 di Roberto Caso è pubblicato con Licenza

Creative Commons Attribuzione – Condividi allo stesso modo

3.0 Italia. Testo completo della licenza:

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/it/legalcode>

ABSTRACT

In this paper, I use some metaphors (perfect storm, pirates, zombies and corsairs) to present some arguments against the strengthening of copyright in the market of e-books. In particular, I will argue that the strengthening of exclusive rights, through law, user licenses and technological protection, is one of factors that distorts competition and hampers innovation. A strong copyright fosters a market dominated by few big actors. Moreover, in this scenario the role of traditional publishers and public libraries is marginalized. On the contrary, a more flexible copyright based on open licenses and focused on the attribution right incentives competition and promotes pluralism in business models. In other words, we need to rethink the copyright law in order to foster competition and innovation in the market of e-books.

CONTENTS

1. Introduction: in the perfect storm with pirates, zombies and corsairs. 2. Dueling for the name, the copy and the machine. 3. Warships into the perfect storm: forces and strategies. 4. The willful defense of reproduction rights: who benefits (for now)? 5. Conclusion: under the crossfire of pirates and corsairs.

KEYWORDS

Intellectual Property – Copyright – Technological Revolutions – Books – E-books

About the Author

Roberto Caso - (roberto.caso@unitn.it) Personal Web Page: <http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/people/roberto-caso> - is Associate Professor of Private Comparative Law at the University of Trento (Italy) – Faculty of Law – LawTech Group. He teaches Private Law (“Diritto civile”), Comparative Intellectual Property Law, ICT and Private Law. Roberto Caso is author of many books and articles about Intellectual Property, Privacy & Data Protection, and Contract Law.

ABSTRACT

In questo paper faccio uso di metafore (tempesta perfetta, pirati, zombi, corsari) per delineare alcuni argomenti che muovono contro il rafforzamento del diritto d'autore nel mercato degli e-books. In particolare, il rafforzamento dell'esclusiva, tramite la legge le licenze d'uso e le protezioni tecnologiche, distorce la concorrenza e minaccia l'innovazione. Un diritto d'autore forte alimenta il rischio di un mercato dominato da pochi grandi attori. Inoltre in questo scenario il ruolo degli editori tradizionali e delle biblioteche pubbliche è marginalizzato. D'altra parte, un diritto d'autore più flessibile basato sulle licenze aperte e sulla difesa del diritto di paternità incentiva la concorrenza e il pluralismo dei modelli di business. La legge sul diritto d'autore andrebbe ripensata al fine di favorire maggiore concorrenza e innovazione nel mercato degli e-books.

SOMMARIO

1. Introduzione: navigando nella tempesta perfetta tra zombi, pirati e corsari. – 2. Duellando per il nome, la copia, la macchina. – 3. Navi in guerra nella tempesta perfetta: forze in campo e strategie. – 4. La difesa a oltranza del diritto di riproduzione: a chi conviene (per ora)? – 5. Conclusioni: sotto il fuoco incrociato di pirati e corsari

PAROLE-CHIAVE

Proprietà Intellettuale – Diritto d'Autore – Rivoluzioni Tecnologiche – Libri – E-books

Notizie sull'autore

Roberto Caso - (roberto.caso@unitn.it) Personal Web Page: <http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/people/roberto-caso> - è Professore Associato di Diritto Privato Comparato all'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Gruppo LawTech. Insegna Diritto Civile, Diritto Comparato della Proprietà Intellettuale e Diritto Privato dell'Informatica. È autore di molti libri e articoli in materia di Proprietà Intellettuale, Diritto della Riservatezza e Protezione dei Dati Personali, Diritto dei Contratti.

I libri nella “tempesta perfetta”: dal copyright al controllo delle informazioni digitali*

Roberto Caso

1. Il titolo dato al dibattito «La proprietà (intellettuale) è un furto?»¹ evoca furenti battaglie di taglio teorico e ideologico che riecheggiano da secoli nelle voci di autorevoli pensatori trovando oggi riflesso persino in movimenti di massa come il Partito Pirata².

* In corso di pubblicazione sulla Rivista Critica del Diritto Privato, anno 2013. Questo testo si basa sul discorso mirato a dare un innesco giuridico al dibattito pubblico del 17 novembre 2012 nell'ambito della manifestazione Book City di Milano intitolato «La proprietà (intellettuale) è un furto?». Il tono è colloquiale e divulgativo, i riferimenti bibliografici sono essenziali. La metafora della «tempesta perfetta» non è mia, l'ho presa «a prestito» dallo scritto *La proprietà intellettuale è un furto? Qualche appunto di introduzione a un dibattito*, all'URL: http://www.leggere.net/images/Proprietà_intellettuale_-_appunti_per_un_dibattito.pdf, con il quale Gino Roncaglia ha aperto il confronto pubblico. Ringrazio tutti coloro i quali sono intervenuti nel dibattito e che hanno mosso osservazioni o rilievi critici a margine del mio ragionamento. Un ringraziamento particolare va a Marco Ferrario, Luca Ferrieri, Giuseppe Laterza, Piergaetano Marchetti, Lilla Montagnani, Stefano Parise, Gino Roncaglia, Antonio Scurati. Ringrazio altresì David Lametti e Matteo Ferrari per i commenti, come sempre incisivi, alla versione preliminare di questo scritto. Di alcuni rilievi e spunti ho cercato di tener conto. La responsabilità di eventuali omissioni ed errori è solo mia.

¹ Il titolo del dibattito ricalca quello di un interessante volume *La proprietà (intellettuale) è un furto?: riflessioni su un diritto per il futuro*, Rubettino, Treviglio, 2006, con introduzione di Cesare Galli e contributi di James V. DeLong, Richard A. Epstein, Henri Lepage, Tom Palmer.

² La proprietà intellettuale, com'è noto, fronteggia schiere di fieri oppositori provenienti non solo dal pensiero anarchico e da quello di sinistra. I liberisti hanno scritto tra le pagine più feroci contro la proprietà intellettuale. Per una mappa di questo territorio argomentativo v. C. Lottieri, *Diritti di proprietà e diritti di proprietà intellettuale - Un'analisi teorico-politica*, in R. Caso e F. Puppò (a cura di), *Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca*, Università degli

Tuttavia, non credo che l'obiettivo di un dibattito, saggiamente e sapientemente guidato dalla penna di Gino Roncaglia verso la concretezza (e la pacatezza), sia quello di confrontarsi a colpi di argomentazioni tratte da grandi affreschi ideologici.

Piuttosto vale la pena interrogarsi, nella prospettiva di «Law & Technology», sull'adeguatezza del copyright/diritto d'autore allo scenario tecnologico, economico e sociale odierno³.

Nella letteratura giuridica sono ricorrenti titoli che celebrano la «morte del copyright»⁴. Personalmente credo sia meglio parlare di uno spettro, un «non morto» o, se si preferisce, di uno zombi. E si sa che gli zombi sono particolarmente aggressivi e voraci.

Fuor di metafora, occorre prendere le mosse da domande diverse da quella posta dal titolo del dibattito: la legge sul copyright/diritto d'autore è obsoleta? Qual è il prezzo (in senso lato) della sua obsolescenza? La legge sul copyright/diritto d'autore promuove il libro e la lettura?

Dopo aver radicalmente mutato il commercio di musica e video, la (molto avvertita) rivoluzione digitale sconvolge anche il mercato dei libri. Il copyright/diritto d'autore ha mosso i suoi primi passi con il mercato dei libri ed è nel mercato degli *e-book* che oggi esprime problematicamente la sua natura di «non morto»⁵.

Studi di Trento, Trento, 2010, p. 15 ss. Da ultimo, v., altresì, M. Boldrin, D.K. Levin, *Abolire la proprietà intellettuale*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

³ G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, III ed., Il Mulino, Bologna, 2010, p. 199 ss.

⁴ Ad es., E. Moglen, *Anarchism Triumphant: Free Software and the Death of Copyright*, «First Monday», Volume 4, Number 8 - 2 August 1999, <http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/684/594>

⁵ In argomento si veda il fondamentale articolo di N. Elkin-Koren, *The Changing Nature of Books and the Uneasy Case for Copyright*, in 79 «George Washington Law Review», 2011, p. 101, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1909176>

Le rivoluzioni tecnologiche mutano le strutture sociali portando al declino di alcuni attori e all'ascesa di altri. Vero è che la stampa a caratteri mobili non segnò l'estinzione degli amanuensi, ma non v'è dubbio che il potere commerciale (e non solo commerciale) passò nelle mani degli stampatori e delle loro corporazioni.

Chi si sta avvantaggiando dell'attuale quadro giuridico? Chi esce vincente dalla rivoluzione digitale? Chi viene divorato dagli zombi o affondato da corsari e pirati?

2. La storia del controllo dei testi e di altri codici espressivi come le arti figurative può essere riletta come l'evoluzione della dialettica tra il controllo del nesso autore/testo e quello della riproduzione dei testi. Il controllo si traduce nel governo della tecnologia che presidia il legame tra nome e testo nonché la riproduzione di quest'ultimo. Le regole per il governo del nome autorale, della riproduzione del testo e delle macchine riproduttive trovano formalizzazione giuridica nel copyright/diritto d'autore (diritto di esclusiva)⁶. Un meccanismo che giunge a maturazione all'inizio del 1700 dopo oltre due secoli di duelli e battaglie sulla regolamentazione dei privilegi librari. Il diritto alla riproduzione - da cui promanano gli altri diritti o facoltà economiche: il diritto di distribuzione, il diritto di elaborazione, il diritto di esecuzione in pubblico etc. - costituisce il centro gravitazionale del modello di business basato su ruoli gerarchici e predefiniti (autore, editore, lettore), che ha dominato per secoli: la

⁶ Sulla rilettura in chiave di «Law & Technology» della storia del copyright e del diritto d'autore v. U. Izzo, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Roma, 2010.

vendita di copie tangibili dell'opera⁷. Il diritto di paternità - formalizzato più tardi, e anticipato, anche prima della nascita della stampa a caratteri mobili, da norme sociali⁸ - è stato per secoli alleato del diritto di riproduzione. Nella misura in cui l'autore trae guadagno dalla vendita delle copie attraverso il meccanismo delle *royalties*, lo stesso autore rimane uno strenuo difensore del diritto di riproduzione⁹. Lo testimonia la stretta connessione che esiste tra sviluppo delle tecnologie riproduttive ed esasperazione delle dispute sul plagio. Il libro è, o prova idealmente a essere, un testo finito, fisso, chiuso nel sigillo del nome dell'autore e dell'editore. Editori e autori difendono l'esclusiva facendo leva sull'apparato rimediabile, cioè sugli strumenti di tutela, dispiegati dalla legge sul copyright/diritto d'autore. All'interno dell'arsenale rimediabile della legge, oltre al risarcimento del danno e alle sanzioni penali spicca la tutela inibitoria. In altre parole, il diritto di riproduzione si difende in primo luogo paralizzando l'attività riproduttiva non autorizzata. Dal rogo delle stamperie «pirata»¹⁰ in poi il copyright/diritto d'autore si risolve in ultima analisi

⁷ Nel mondo del diritto d'autore la vendita di copie tangibili non è l'unico, ma il più importante modello di business.

⁸ In un'epoca tecnologica ancora molto lontana dalla produzione seriale di testi standardizzati, Marziale si lamenta del fatto che un poetastro gli avrebbe «rubato» i testi e usa una metafora destinata ad avere un successo secolare: egli parla infatti di «plagio». Di sicuro il diritto romano non conosceva niente di paragonabile al copyright/diritto d'autore. Tuttavia, la lamentela di Marziale rappresenta forse il riflesso di una norma informale tesa a preservare pubblicamente il nesso tra autore e opera. Su quel nesso si basano forme di ricompensa diverse da quelle ricavabili dalla vendita massiva di copie. Per maggiori riferimenti v. R. Caso, *Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche*, in R. Caso (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, Università degli studi di Trento, Trento, 2011, p. 5, <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002278/>

⁹ Il punto è sottolineato anche da Roncaglia, *La proprietà intellettuale è un furto? Qualche appunto di introduzione a un dibattito*, cit.

¹⁰ Sulle origini dell'uso metaforico della pirateria v. A. Johns, *Pirateria - Storia della*

in una regolamentazione delle macchine e più in generale della tecnologia.

Nel mondo delle copie tangibili, l'alleanza tra autori ed editori si basa su solide basi economiche: costi fissi elevati di produzione e costi marginali di riproduzione bassi nonché verticalizzazione delle funzioni editoriali con annesse economie di scala. Per pubblicare (produrre) un libro occorre per lo meno selezionare e pagare gli autori migliori, editare il testo, stampare e movimentare le copie per portarle a destinazione, promuovere le vendite del volume. Ma soprattutto occorre sopportare il rischio che l'opera non abbia successo e che i costi fissi sostenuti per produrre la prima copia si tramutino in perdite secche.

Il costo di riproduzione è invece bassissimo (nell'astrazione economica è pari a zero). Chi si limita a riprodurre può appropriarsi dell'investimento effettuato dall'editore. Non deve sopportare molti dei costi fissi iniziali sostenuti per produrre la prima copia. Senza un monopolio – e dunque senza la possibilità di praticare un prezzo superiore al costo marginale - sulla riproduzione delle copie gli editori non avrebbero incentivi sufficienti a impiantare e sostenere l'attività editoriale, in quanto temerebbero l'appropriazione dell'investimento sostenuto¹¹.

proprietà intellettuale da Gutenberg a Google, Bollati Biringhieri, Torino, 2011, p. 38: «si può stabilire senza difficoltà che tale uso [metaforico del termine 'pirateria'] emerse in inglese prima che nelle altre lingue europee. È più complicato determinare il momento preciso in cui fu coniato il termine, ma sembra logico collocarlo verso la metà del XVII secolo. [...]». Secondo Johns (pp. 38-39), però, i primi esempi di utilizzo metaforico del termine si riferiscono al plagio personale e non a una pratica commerciale. Solo alla fine del secolo l'uso in relazione al significato che evoca la stampa non autorizzata da parte degli stampatori dilaga.

¹¹ Ricostruisce e discute la classica argomentazione economica S. Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer*, in 84

La scelta del legislatore è una scelta di equilibrio. Monopolio sì, ma limitato nel tempo e in ampiezza. L'esclusiva non è perpetua, copre solo la forma espressiva e non l'idea, il contenuto, i fatti, i dati alla base dell'opera. Dopo la prima vendita della copia, il titolare dell'esclusiva esaurisce il diritto di controllare l'ulteriore distribuzione di quella medesima copia che quindi può essere così rivenduta, prestata etc. Esistono margini di libertà della fruizione grazie a meccanismi come le libere utilizzazioni e il *fair use*.

La limitazione del copyright/diritto d'autore si basa su una caratteristica fondamentale dell'informazione: il fatto di essere un bene per sua natura cumulativo e incrementale ovvero di essere soggetto al c.d. effetto «sulle spalle dei giganti»¹². In altre parole, l'informazione è allo stesso tempo *input* e *output* della produzione. Un'esclusiva priva di limiti paralizzerebbe l'attività di produzione dell'informazione. Facendo leva sui limiti del copyright/diritto d'autore nascono isole (di conservazione e) di libertà dei testi: le biblioteche pubbliche. Almeno idealmente le biblioteche pubbliche sono «piazze del sape-

«Harvard Law Review», No. 2 (Dec., 1970), p. 281, 294 [note omesse] «A subsequent publisher could copy and sell a particular book at lower costs than those incurred by the initial publisher. If competition immediately forced that book's price down to the copier's costs, the initial publisher could not recover his fixed costs or pay the author. The fear of such a result in a world without copyright would, it is claimed, discourage publishers from publishing and authors from writing». Per una visione d'insieme v. R.A. Posner, W.M. Landes, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Ma)-London (England), 2003, p. 37 ss.

¹² L'etichetta fa riferimento al celebre aforisma «di» Newton. Sull'effetto «sulle spalle dei giganti» v. Y. Benkler, *La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà*, Egea – Università Bocconi Editore, p. 48; D. Foray, *L'economia della conoscenza*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 84; sull'aforisma attribuito a Newton v. R.K. Merton, *Sulle spalle dei giganti. Poscritto shandiano*, Il Mulino, Bologna, 1991.

re»¹³, luoghi in cui si può accedere gratuitamente non solo alla conoscenza caduta in pubblico dominio, ma anche al sapere coperto dall'esclusiva autorale e ci si può scambiare conoscenza.

3. Cosa accade in un mondo in cui la copia (perfetta) non è più tangibile, i costi fissi di produzione non sono più elevati¹⁴ e le funzioni autorali, editoriali, bibliotecarie sono deverticalizzate, decentrate, disperse? Cosa accade in una dimensione in cui tutti possono fruire contemporaneamente dell'oggetto digitale e scompare la rivalità legata al consumo di copie tangibili¹⁵? Cosa accade quando il rischio dell'insuccesso è legato dai costi di stampa¹⁶? Cosa accade quando il libro così come le funzioni editoriali vengono *unbundled*, disarticolate¹⁷? Cosa accade se vengono meno le economie di scala e una serie di funzioni editoriali (*editing*, distribuzione, promozione) possono essere comprate separatamente da attori diversi che operano sul

¹³ Il riferimento è al libro, davvero bello, di A. Agnoli, *Le piazze del sapere - Biblioteche e libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

¹⁴ Benkler, *La ricchezza della rete*, cit., p. 65.

¹⁵ Nel mondo della tangibilità una biblioteca che possiede solo una copia di un libro può darlo in prestito a un solo lettore. Nel mondo digitale infiniti lettori possono fruire dell'oggetto digitale. In termini economici: la copia tangibile è un bene rivale, l'oggetto digitale è un bene non rivale: la fruizione di un consumatore non riduce la disponibilità del medesimo bene da parte di altri consumatori. Per una spiegazione più tecnica e completa v. Foray, *L'economia della conoscenza*, cit., p. 82 ss.

¹⁶ Elkin-Koren, *The Changing Nature of Books*, cit., p. 15: «[...] are publishers still necessary for managing risk? In the world of printed books, publishers were required to make risky investments in printing large editions of books, without being certain in advance of the commercial potential of a particular title. Publishers had to develop expertise in assessing the risk involved, as well as in acquiring the funding for financing the book production. eBooks, by contrast, can be offered indefinitely, without ever going —out of print and without risking the expenditure of overprinting and not adequately selling».

¹⁷ Elkin-Koren, *ibidem*, p. 10 ss.

mercato digitale¹⁸? Cosa accade se la stessa preziosa funzione di filtro della qualità svolta verticalmente dall'editore rischia di subire la concorrenza di altre forme orizzontali di selezione della qualità¹⁹?

In altre parole cosa accade quando il mercato delle copie tangibili viene investito dalla «tempesta perfetta» usualmente definita «rivoluzione digitale»?

In tempi di rivoluzioni si muovono armate. Non è un caso che nella letteratura sul copyright/diritto d'autore la metafora più ricorrente sia quella della «guerra»²⁰.

Oggi l'attenzione è tutta concentrata su Internet, ma per capire quali siano le forze in campo e le strategie occorre non dimenticare che l'attuale guerra per il controllo dell'informazione è iniziata nel campo del software.

Sebbene il software sia spesso descritto come contenuto, la sua natura è molto più complessa. Il software è una macchina espressa in

¹⁸ Elkin-Koren, ibidem, p. 15: «Currently, publishers offer a one-stop shop for all of these services. Yet, as search costs in the online environment go down, authors may seek to acquire these services for a competitive price from independent providers. It is difficult to see why a single publisher would have a particular advantage in providing all these services».

¹⁹ Elkin-Koren, ibidem, p. 16, «The quality of books is still a valid consideration in the eBook era. Although it may be costless to post online, it nevertheless might be expensive to select what to read. Publishers in the print world provided a signaling function, indicating a certain quality that was tied to the reputation of the publishing house. Potential readers, who had often relied on the publishing house as a proxy for quality, may now seek alternative mechanisms to assist them in making their reading selection. The online environment offers several peer-based alternatives to publishers' selection, such as ratings by peers, recommendations on social networks, book reviews, or fee-based rating and review services».

²⁰ V., fra i tanti, P.K. Yu, *The Escalating Copyright Wars*, in 32 «Hofstra Law Review», 2004, p. 907-951, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=436693> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.436693>

un codice. Non a caso gli informatici ripetono: «tutto quello che si può fare con il software si può fare con l'hardware e viceversa». Insomma, più che nell'era analogica, nell'era binaria la questione centrale è rappresentata dal controllo delle macchine, della tecnologia. La prima armata si identifica nella difesa a oltranza del diritto di riproduzione. L'armata schiera in campo diverse navi da guerra: il cambiamento a proprio favore della legge (estensione in durata e ampiezza del copyright/diritto d'autore), l'utilizzo di nuovi contratti chiamati «licenze d'uso»²¹ finalizzati a paralizzare il principio di esaurimento del copyright/diritto d'autore²² («questo contratto non è una vendita ma una licenza d'uso, tu licenziatario non puoi rivendere, non puoi noleggiare, non puoi prestare senza la mia autorizzazione») e le misure tecnologiche di protezione (e il Digital Rights Management). La logica economica che fonda la strategia giuridica è in termini estremamente semplificati la seguente: se, differentemente dal passato, la tecnologia rende possibile a costi di transazione bassi o inesistenti il controllo di ogni fruizione, a ogni medesima fruizione deve corrispondere un prezzo; se posso chiedere un prezzo per la fruizione di un numero predeterminato di letture devo avere il controllo giuridico di questo *business model*²³.

²¹ M.J. Madison, *Reconstructing the Software License*, in 35 «Loyola University Chicago Law Journal», No. 275, 2003. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=502102>

²² A. Perzanowski, J. Schultz, *Digital Exhaustion*, in 58 «UCLA Law Review»; Wayne State University Law School Research Paper No. 10-10; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1669562, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1669562>

²³ R.P. Merges, *The End of Friction? Property Rights and Contract in the 'Newtonian' World of On-Line Commerce*, in 12 «Berkeley Technology Law Journal», No. 1 (1997).

La seconda armata si identifica nella negazione del diritto di riproduzione e in una diversa concezione del diritto di paternità. Si tratta invero di diverse armate che si muovono in base alla stessa strategia di fondo: il cambiamento radicale del copyright/diritto d'autore. Una parte si schiera frontalmente contro la legge e passa sotto il nome (ambiguo e decettivo) di «pirateria» e un'altra cerca soluzioni di compromesso basate sulla legge. Le navi in campo sono: le norme sociali, i contratti e la tecnologia.

Rimanendo nell'ambito dei successi della parte che si mantiene nell'ambito della legalità, le licenze del software libero e le licenze Creative Commons provano che si può fare business²⁴ e si può fare scienza – che, occorre ricordare, è cosa diversa dal business – senza il controllo spasmodico del diritto riproduzione e con un controllo flessibile del diritto di paternità. L'Open Source e l'Open Access sono fenomeni che non possono essere liquidati come utopie, sono realtà oramai molto radicate nella nostra società²⁵.

Un diverso modo di guardare all'Open Source e all'Open Access è però quello di definirli come un *second best*²⁶. Sono la reazione *bottom-up* – la reazione degli ordini privati, spontanei – in termini di rispetto della legalità a quello che la legge nega per essere stata cattu-

²⁴ «Thus, 'free software' is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of 'free' as in 'free speech,' not as in 'free beer'» sono le famose parole riportate sul sito gnu.org all'URL: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html>

²⁵ V., per tutti, C. Hess, E. Ostrom (a cura di), *La conoscenza come bene comune – Dalla teoria alla pratica*, dd. it. a cura di P. Ferri, Bruno Mondadori, Milano, 2007.

²⁶ C'è chi discute criticamente l'effetto sistemico di un sistema come quello delle licenze Creative Commons. V., in questo senso, N. Elkin-Koren, *What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, in 74 «Fordham Law Review», 2005, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=760906>

rata solo da alcuni interessi privati²⁷. Il saggio equilibrio dello Statute of Anne sembra smarrito per sempre²⁸. L'ideale sarebbe una riforma organica della legge (per meglio dire: prima della normativa internazionale e poi della legge nazionale), ma le voci dell'apertura non hanno ingresso (o hanno limitato accesso) nei corridoi dei parlamenti e negli uffici della burocrazia. Allora non rimane che far leva sulle norme sociali, i contratti e la tecnologia.

4. - 4.1. La storia di Google Books è, per tanti versi, emblematica²⁹. Ma ce n'è uno che risalta più di altri. La capacità di un nuovo intermediario del mercato dei libri di cannibalizzare gli altri attori del medesimo mercato grazie alle storture del copyright/diritto d'autore. La parte più problematica dal punto di vista giuridico è il tentativo attraverso il Google Books Settlement di monopolizzare il mercato delle opere orfane. Ma le opere orfane non sono un effetto

²⁷ J. Litman, *Digital copyright. Protecting intellectual property on the Internet*, Prometheus Books, Amherst (Ma), 2001.

²⁸ A proposito dell'estensione della durata del copyright negli USA e della relativa decisione della Corte suprema del caso *Eldred vs Ashcroft*, Y. Benkler, *La ricchezza della rete*, cit., p. 49 rileva «La memoria presentata alla Corte suprema durante il caso [...] è forse la prova più sorprendente del consenso diffuso tra gli economisti riguardo al fatto che l'eccessiva protezione della 'proprietà intellettuale' è economicamente dannosa a causa della combinazione dell'effetto di non rivalità con l'effetto 'sulle spalle dei giganti'. [...] Se l'informazione fosse uguale alla terra o al ferro, dal punto di vista di un economista la durata ideale dei diritti di proprietà sarebbe infinita. In quel caso però, dove 'diritto di proprietà' significava copyright, più di due dozzine di insigni economisti si offrirono di firmare una memoria che si opponeva alla legge. Tra di loro c'erano cinque premi Nobel, fra cui quel famoso scettico dell'economia di mercato di nome Milton Friedman».

²⁹ R. Pardolesi, *Tramonti americani: il rigetto del Google Books Settlement*, in «Foro it.», 2011, IV, 277; A. De Robbio, *2010 Odissea Google Libri. Il Google Book Search Project e la nuova proposta di accordo transattivo*, in XXVIII «Biblioteche oggi», N. 3 aprile 2010, <http://www.bibliotecheoggi.it/content/20100304401.pdf>

collaterale imprevedibile della normativa, sono invece il frutto ineluttabile della sua perversione. Una durata esasperata e la mancanza di un sistema affidante di registrazione delle opere produce inevitabilmente opere orfane³⁰.

Google aveva ben compreso le storture della legge e ha messo in pratica il suo modello di business basato essenzialmente su immense disponibilità finanziarie.

Nella celebre *opinion* del 2011, in cui il giudice Chin rigetta l'accordo di transazione, si prende le mosse da quello che è l'essenza del *business model* di Google: «so, sue me», cioè io intanto scannerizzo milioni di libri e poi voi editori decidete cosa fare, se non siete d'accordo «allora, fatemi causa!»³¹. Se fate causa, troveremo un accordo i cui termini essenziali sono da me concepiti e scritti. Poco importa che anche gli editori guadagnino dall'accordo. Il mondo oramai è cambiato e non sono più loro a dettare le regole.

In altri termini, nella dimensione di Internet, chi domina, grazie agli standard e alle esternalità di rete, i mercati dell'era digitale fa il gioco, stabilisce le regole, impone la sua logica.

4.2. Nell'era digitale la difesa a oltranza del diritto di riproduzione avvantaggia davvero i proprietari dei c.d. contenuti?

³⁰ L. Lessig, *Cultura libera. Un equilibrio tra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Apogeo, Milano, 2003, p. 263 ss. Sul problema delle opere orfane cerca (debolmente) di intervenire la recente dir. 2012/28/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane, in GUCE L 299/5 del 27 ottobre 2012.

³¹ L'*opinion* del 22 marzo del 2011 si legge all'URL: <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/971/>

Cosa può imparare il mercato dei libri da quello della musica e degli apparecchi di fruizione della stessa?

La tempesta perfetta è arrivata prima sulla musica e mentre le armate del diritto di riproduzione affrontavano quelle della pirateria, c'era qualcuno che in sordina conquistava lo standard della piattaforma per la fruizione della musica.

Non so se si possa dire di Steve Jobs che era un «affamato, folle», di certo era lucido e intuitivo.

Nel periodo di espansione degli iPod quanta musica legalmente scaricata era presente nella memoria dei dispositivi?

Chi si è avvantaggiato della nascita di iTunes? Le case discografiche?

O chi vendeva l'apparecchio per la fruizione?

Si ravvisano analogie con quello che sta succedendo con l'ascesa di Amazon?

Indubbiamente il potere di mercato appare ancora saldamente legato al controllo dell'hardware. Di più, chi domina il mercato delle piattaforme hardware prova a estendere il proprio potere sul mercato dei beni complementari³². Tutta la strategia commerciale di Apple si basa sulla compatibilità forzata tra l'hardware, il software e i contenuti dell'ecosistema della casa di Cupertino.

Paradossalmente, è a questo scopo che viene oggi utilizzato il braccio violento del copyright/diritto d'autore ovvero la tutela delle mi-

³² Per una spiegazione semplificata v. H. Varian, *New chips can keep a tight rein on consumers, even after they buy a product*, in «New York Times»; New York, N.Y.; Jul 4, 2002.

sure tecnologiche di protezione³³. Cosa a che fare tutto questo con il plagio letterario e le stamperie pirata?

4.3. La difesa a oltranza del diritto di riproduzione ha senso in un mondo che è destinato a diventare *cloud*?

In altre parole, se i modelli commerciali si stanno spostando verso la fruizione «da remoto» dei contenuti e se la fornitura di contenuti (copie digitali) sta virando verso la fornitura di servizi, quale senso giuridico rimane al diritto di riproduzione?

Ma soprattutto quale ruolo hanno gli editori e le biblioteche in un mondo *cloud*?

L'ascesa del *cloud* pone problemi giuridici che vanno molto oltre la proprietà intellettuale e non possono essere dibattuti in questa sede³⁴.

Il diritto d'autore europeo ha provato a disciplinare alcuni aspetti dello sfruttamento on-line delle opere dell'ingegno, facendo leva sulla nozione di diritto di comunicazione al pubblico nella sua forma di «diritto di mettere a disposizione del pubblico»³⁵. Ma questa nozione risale a più di dieci anni fa. E' sufficiente a governare i problemi innescati dal *cloud*?

³³ D.L. Burk, *Anti-Circumvention Misuse* (July 31, 2002) «Minnesota Public Law Research Paper» No. 02-10, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320961> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320961>

³⁴ D. Lametti, *Cloud computing: verso il terzo Enclosures Movement?* [trad. it. a cura di G. Capuzzo], in «Riv. critica dir. privato», 2012, p. 363.

³⁵ Art. 3 della dir. 2001/29/CE del Parlamento e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in GUCE L 167/10 del 22 giugno 2001.

5. Gli intermediari tradizionali del mercato dei libri, in particolare gli editori e le biblioteche rischiano di finire sotto il fuoco incrociato di pirati e corsari. Da una parte, la pirateria ovvero la diffusione non autorizzata di copie (soprattutto digitali) dei volumi, e dall'altra i nuovi giganti del mondo digitale fatto di standard e di concentrazione di potere di mercato: Google, Apple, Amazon etc. La domanda forse più importante da porsi rimane: a chi conviene l'attuale quadro giuridico?

Modifiche marginali della legge sul copyright/diritto d'autore (le uniche possibili a livello nazionale) possono apportare benefici (o causare danni) rilevanti. Ma in mezzo a una tempesta perfetta non basta ammainare qualche vela per sopravvivere, è necessario cambiare totalmente rotta e avere una mappa che offra la visione d'insieme e porti lontano. Altrimenti si è destinati a essere inghiottiti dai flutti, affondati da pirati e corsari o, peggio, a essere divorati dagli zombi.

Piaccia o no, oggi il copyright/diritto d'autore è solo un piccolo tassello della regolamentazione complessa del controllo delle informazioni digitali che è fatta (quantomeno) di diritto della concorrenza, di diritto dei contratti, di diritto della privacy oltre che di una complessa dimensione costituzionale nell'ambito della quale il diritto d'autore, come altre forme di proprietà intellettuale, necessita di essere bilanciato con altri diritti fondamentali.

Soprattutto il copyright/diritto d'autore è soggetto al ruolo pervasivo dell'etica e delle norme sociali. Ho forti dubbi che campagne aggressive che fanno leva su slogan come «piracy is a crime» o «com-

plimenti hai ucciso un libro!» stiano sortendo gli effetti sperati³⁶. Piuttosto l'exasperazione del copyright/diritto d'autore sta scavando un solco tra generazioni con effetti che è difficile prevedere, ma che di certo non sono positivi³⁷.

Invocare la repressione a tutti a costi – una prospettiva insostenibile anche sul piano economico - non fa parte della mappa che ci guida fuori dall'uragano.

Occorre ricominciare a parlare ai più giovani di etica, giustizia e legalità³⁸. Per farlo, è necessario ripensare alle fondamenta il copyright/diritto d'autore ridandogli quell'equilibrio smarrito nel tempo e conferendogli quella mitezza che non ha mai avuto.

Forse di questo conviene iniziare a discutere (seriamente) anche in Italia, anche nel mondo dei libri.

³⁶ A chi si ostina a pensare che campagne pubblicitarie di questo genere possano avere effetti deterrenti sulla pirateria gioverebbe l'attenta lettura di chi si dedica allo studio delle norme sociali nel campo del copyright. V. M.F. Schultz, *Copynorms: Copyright and Social Norms* (September 27, 2006), SSRN: <http://ssrn.com/abstract=933656> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.933656>

³⁷ L. Lessig, *Remix – Il futuro del copyright (e delle nuove generazioni)*, Etas, Milano, 2009.

³⁸ Il riferimento all'etica e alle norme sociali è frequente nei miei scritti, ma in questo caso devo l'enfasi posta sul risvolto etico del problema alle osservazioni di Giuseppe Laterza. Il file sharing può essere visto come una virtù piuttosto che come un vizio: è la prospettiva esplorata da D. Lametti, *The Virtuous P(eer): Reflections on the Ethics of File Sharing*, in A. Lever (ed.), *New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2011, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1889165>

The Trento Lawtech Research Paper Series is published since Fall 2010

1. **Giovanni Pascuzzi**, L'insegnamento del diritto comparato nelle università italiane (aggiornamento dati: dicembre 2009) - The Teaching of Comparative Law in Italian Universities (data updated: December 2009), Trento Law and Technology Research Group Research Papers, October 2010.

2. **Roberto Caso**, Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia - The Origins of Copyright and Droit d'Auteur: Some Insights in the Law and Technology Perspective, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

3. **Umberto Izzo, Paolo Guarda**, Sanità elettronica, tutela dei dati personali e digital divide generazionale: ruolo e criticità giuridica della delega alla gestione dei servizi di sanità elettronica da parte dell'interessato - E-health, Data Protection and Generational Digital Divide: Empowering the Interested Party with the Faculty of Nominating a Trusted Person Acting as a Proxy when Processing Personal Health Data within an Electronic PHR, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

4. **Rossana Ducato**, "Lost in Legislation": il diritto multilivello delle biobanche di ricerca nel sistema delle fonti del diritto (convenzioni internazionali, leggi europee, nazionali e regionali, softlaw) - "Lost in legislation": The Multilevel Governance of Research Biobanks and the Sources of Law (International Conventions, European, National and Regional legislations, Softlaw), Trento Law and Technology Research Group Research Papers; December 2010.

5. **Giuseppe Bellantuono**, The Regulatory Anticommons of Green Infrastructures, Trento Law and Technology Research Group Re-

search Papers; February 2011.

6. **Francesco Planchenstainer**, La regolamentazione dell'acqua destinata ad impiego alimentare: analisi storico comparativa dei differenti approcci sviluppati negli USA e nella UE - The Regulation Of Water For Nutritional Use: A Comparative and Historical Analysis of the Different Approaches Developed in US and EU Law, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; April 2011.

7. **Roberto Caso, Giovanni Pascuzzi**, Valutazione dei prodotti scientifici nell'area giuridica e ruolo delle tecnologie digitali – Evaluation of Scientific Products in the Legal Field and the Role of Digital Technologies, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; May 2011.

8. **Paolo Guarda**, L'Open Access per la dottrina giuridica e gli Open Archives: verso un futuro migliore? - Open Access to legal scholarship and Open Archives: toward a Better Future?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2011.

9. **Thomas Margoni**, Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet - Exceptions and Limitations to Copyright Law in the Internet, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; January 2012.

10. **Roberto Caso**, Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche - Plagiarism, copyright and technological revolutions. Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2012.

11. **Giovanni Pascuzzi**, Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame

narrative - How to become lawyers and able to do so: teaching the ethics of the legal profession through narrative, Trento Law and Technology Research Group. Research Papers; July 2012.

12 **Umberto Izzo**, IL 'CONTRATTO SULLA NEVE' PRESO SUL SERIO: due modelli di contratto (per la fruizione delle aree sciabili e per l'insegnamento sciistico) - TAKING THE "CONTRACT ON THE SNOW" SERIOUSLY: Two Model Contracts (For Accessing and Using the Ski Area, and For the Teaching of Skiing), Trento Law and Technology Research Group Research Paper; 2012.

13. **Francesco Planchestainer**, "They Collected What Was Left of the Scraps": Food Surplus as an Opportunity and Its Legal Incentives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; February 2013.