

**Aspetti del Diritto d'Autore nella
Società dell'Informazione:
Licenze Open Source e Brevettibilità del SW**

Marina Buzzi, Martha Iglesias¹, Rita Rossi

Marina.Buzzi@iit.cnr.it, Martha.Iglesias@tiscali.it, Rita.Rossi@iit.cnr.it

¹*Cultore della Materia in Filosofia del Diritto, Università di Pisa*

IIT-TR 05/2005

Febbraio 2005

INDICE

1	INTRODUZIONE	3
2	IL DIRITTO D’AUTORE NEL CONTESTO DELL’EVOLUZIONE DEI DIRITTI UMANI	5
3	DIRITTO D’AUTORE: CONTENUTO E REQUISITI.....	7
4	LA TUTELA GIURIDICA DEL SOFTWARE.....	11
4.1	L’esigenza di tutelare il software - evoluzione storica e sistemazione della materia	11
4.2	Gli interventi del legislatore comunitario e la tutela giuridica del software in Italia	13
5	LE LICENZE SOFTWARE	18
5.1	Le licenze di software proprietario	20
5.2	Le licenze di software libero o Open Source.....	20
5.3	Le licenze di software protetto da “copyleft”	21
5.4	Le licenze di software libero non protetto da copyleft	21
5.5	Le licenze di software semi-libero.....	21
5.6	Le licenze di software freeware.....	22
5.7	Le licenze di software shareware.....	22
5.8	Il software “Public Domain”	22
5.9	Le licenze di software commerciale	22
6	FREE SOFTWARE E OPEN SOURCE: EVOLUZIONE E COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO D’AUTORE	24
6.1	La Free Software Foundation	25
6.2	Il Movimento Open Source	28
6.3	Compatibilità ed evoluzione nel rapporto fra tutela del diritto d'autore ed elaborazione del software, con specifico riferimento al software "open source"	30
7	LA NATURA TECNICA DEL SOFTWARE: PROBLEMI E PROSPETTIVE	35
7.1	Caratterizzazione del Software	35
7.2	La proposta di direttiva sulla brevettabilità del software	37
8	CONCLUSIONI	43
9	RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	46

1 INTRODUZIONE

Il secolo scorso è stato caratterizzato da un grandioso sviluppo scientifico e tecnologico che ha modificato radicalmente le nostre vite, ed è stato reso possibile dall'impetuosa evoluzione dei computer e dell'informatica. Il concitato sviluppo delle nuove tecnologie in generale e dell'informatica in particolare, che è alla base della moderna Società dell'Informazione, ha causato profondi e duraturi cambiamenti in tutti gli aspetti della società. Naturalmente anche il Diritto e la Giurisprudenza non sono rimasti indenne da tale evoluzione: in particolare la diffusione del software ha reso necessario un adeguamento delle disposizioni legislative per la tutela dei diritti morali e patrimoniali delle opere d'ingegno.

Apparsi agli inizi degli anni cinquanta, i primi calcolatori a valvole e successivamente a transistor avevano dimensioni mastodontiche e funzioni limitate. Operanti esclusivamente negli ambiti universitari o militari essi corrispondono ad una fase semi-sperimentale dell'informatica. In questa fase il *software*, cioè la componente logica e immateriale dei computer costituita dall'insieme dei programmi e dei dati, era indissolubilmente legata all'*hardware*, cioè alla parte fisica ed elettronica.

Infatti, rispetto ad una tradizionale e ben assodata classificazione delle opere d'ingegno che separava in modo chiaro quelle di tipo artistico-letterario da quelle di tipo tecnico-industriale, tutelando le prime con il diritto d'autore e le seconde con il brevetto, con il diffondersi del software a livello di bene di consumo tale nitida separazione è venuta meno, essendo riscontrabili nel software elementi caratterizzanti di entrambe le categorie.

In questa relazione affronteremo alcune delle problematiche relative alla tutela giuridica del software, evidenziando come l'orientamento per lungo tempo predominante, favorevole alla tutela del software con il diritto d'autore, sia messo in discussione a livello europeo da coloro che sono favorevoli alla sua brevettabilità. Parleremo inoltre diffusamente della forma contrattuale della *licenza d'uso* del software, evidenziando come lo sviluppo dei movimenti del Software Libero e

dell'Open Source abbiano portato alla redazione di licenze decisamente atipiche, che mirano a favorire sia la distribuzione che la modificabilità del software. Diventa perciò decisivo, al di là dell'implementazione di una disciplina sui brevetti, individuare modalità di protezione del software, che da un lato garantiscano la tutela dei creatori e nel contempo lo sviluppo di questa importante forma di comunicazione delle conoscenze e delle idee.

Sotto il profilo sistematico dopo aver inquadrato il diritto d'autore nell'evoluzione storica dei diritti dell'umanità discuteremo gli aspetti legislativi della tutela del software, sia a livello europeo che italiano, ripercorreremo la storia dello sviluppo del software e dei movimenti del Software Libero e dell'Open Source che vincola i successivi utilizzatori del software al rispetto di alcune clausole poste dagli autori, relativamente alla compatibilità fra software open source e tutela del diritto d'autore. Infine particolare attenzione sarà dedicata alla direttiva europea sulla brevettabilità del software.

2 IL DIRITTO D'AUTORE NEL CONTESTO DELL'EVOLUZIONE DEI DIRITTI UMANI

Le moderne carte dei diritti, dalla Dichiarazione d'indipendenza della Virginia del 1776, alla Déclaration du droits de l'homme et du citoyen del 1789, alla Dichiarazione universale del 1948, attribuiscono a tutti gli individui una serie di diritti soggettivi fondamentali. Gli uomini, per il fatto stesso di esistere, godono di diritti personalissimi, inalienabili, indisponibili al potere degli Stati. Merita al riguardo porre l'attenzione sulla posizione storica del diritto d'autore tra i vari diritti che l'uomo ha ottenuto, nella continua evoluzione del vivere sociale fino ad arrivare all'attuale era tecnologica.

Nel percorso della storia dell'umanità, abbiamo assistito allo svilupparsi di una vasta categoria di diritti. I loro contenuti sono vari e complessi e hanno avuto una costante evoluzione. I giuristi tendono a classificarli secondo diversi criteri, il più attendibile dei quali è quello temporale che ordina i diritti in base alla loro successione storica. A questo proposito si parla di "generazioni" dei diritti e se ne indicano di solito tre.¹

I diritti di prima generazione sono i diritti civili e politici, come il diritto alla vita, il diritto di libertà di pensiero e di parola, il diritto di riunione e di associazione, il diritto elettorale attivo e passivo, i diritti della personalità. Sono i diritti nati col sorgere del giusnaturalismo moderno e del costituzionalismo, cui corrisponde la struttura politico-giuridica dello stato di diritto, in particolare dello stato di diritto democratico, che ne rappresenta il referente naturale.

I diritti di seconda generazione sono i diritti sociali, culturali ed economici: il diritto al lavoro, il diritto ad un compenso, i diritti sindacali, il diritto all'assistenza sanitaria, il

¹ F. Bonsignori, *Diritti umani da accogliere, diffondere, tutelare*, Rivista Buddismo e Società n. 98, giugno 2003. Alcune dottrine classificano in maniera più articolata le seguenti categorie di diritti, distinguendo fino a cinque generazioni: ma la sostanza non cambia.

diritto all'educazione, il diritto alla salute, il diritto alla proprietà intellettuale, ecc. Tali diritti si sono cominciati ad affermare verso la fine del XVIII secolo, per poi emergere con forza all'inizio del XX secolo, divenendo oggetto di devastanti lotte sociali e politiche. La struttura giuridico-politica che ne rappresenta il punto di riferimento naturale è lo stato sociale.

I diritti di terza generazione comprendono i diritti ambientali e tecnologici collegati all'imponente sviluppo scientifico del secolo scorso e all'emergere di nuove tecnologie: ad esempio, il diritto ad un ambiente sano, il diritto allo sviluppo, il diritto all'uso corretto delle tecnologie, e più recentemente i diritti legati all'etica e bioetica. A differenza dei precedenti diritti che sono tendenzialmente individuali e riguardano i contesti degli Stati, i diritti di terza generazione sono sia individuali che collettivi e vanno ben oltre gli Stati per i potenziali effetti pervasivi delle nuove tecnologie, come ad esempio la possibilità d'accesso all'informazione che con la rivoluzione informatica e di Internet ha investito il mondo nel giro di pochi anni. Essi hanno in conseguenza di ciò una proiezione internazionale che richiede una collaborazione fra gli Stati per la loro tutela.

La classificazione dei diritti in generazioni ha frequentemente creato una gerarchia di valori fra essi, al vertice della quale sono stati posti i diritti di prima generazione, ritenuti essenziali perché connaturati all'individuo stesso. Oggi si tende invece ad affermare un'idea unitaria dei diritti, in virtù del principio secondo cui essi rappresentano una costellazione di valori interdipendenti che le istituzioni politiche debbono realizzare come un tutto unico e indivisibile. Non ci può essere perciò stato di diritto senza democrazia, senza stato sociale e senza un'ampia rete di relazioni internazionali che consenta la gestione comune del destino di tutti. In questo senso si pronuncia anche un'importante Risoluzione dell'ONU del 1977, sull'universalità dei Diritti Umani².

² <http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resguids/spechrsp.htm>

3 DIRITTO D'AUTORE: CONTENUTO E REQUISITI

Il diritto della proprietà intellettuale si colloca come abbiamo visto tra i diritti di seconda generazione, e tutela la fruizione delle opere d'ingegno da parte del loro autore. Nella sua evoluzione storica, tale diritto è stato adottato in occidente in due distinte forme d'interpretazione: quella Continentale della tutela del diritto d'autore, e quella Anglosassone del *copyright* (*diritto di copia*).

La prima interpretazione, sviluppatasi appunto nei paesi dell'Europa continentale con la Francia in primo piano, si ispira alla tradizione del *civil law* (*droit civil*), e caratterizza la legislazione di molti ordinamenti che con la denominazione di *diritto d'autore* (*droit d'auteur* in Francia e *Urheberrecht* in Germania) hanno voluto sottolineare, almeno formalmente, la centralità dell'autore. In tali ordinamenti il diritto d'autore viene considerato un "diritto naturale" che sancisce un vincolo inscindibile tra i creatori e le loro opere. In questo caso si tratta di un *droit moral*, che protegge l'intimo legame che esiste tra un'opera letteraria o artistica e la personalità del suo autore.

La seconda interpretazione, sviluppatasi in territorio britannico, si ispira invece alla tradizione anglosassone del *common law*, e influenzata dalla rilevanza del commercio nell'impero coloniale inglese, in modo più disincantato si concentra sull'aspetto prettamente economico del diritto alla proprietà intellettuale.³

Per la giurisprudenza italiana, il diritto d'autore è il diritto che tutela quelle opere dell'ingegno di carattere creativo che riguardano la scienza, la letteratura, la musica, le arti figurative, l'architettura, il teatro, la cinematografia, qualsiasi ne sia il modo o la forma di espressione. Sebbene la sua caratterizzazione sia più vicina all'interpretazione

³ Per una storia dei diritti di proprietà intellettuale e del diritto d'autore cfr. Goldstein (1996).

francese, la tutela giuridica italiana del diritto d'autore considera sia l'aspetto morale che quello patrimoniale.

Il Codice Civile (artt. 2575 e ss.) sancisce le linee fondamentali in tema di diritto d'autore che trova invece un' ampia regolamentazione nella legge 22 aprile 1941 n. 633.

Riguardo all'aspetto morale l'art. 2577 afferma che l'autore, senza limiti di tempo, può rivendicare la paternità dell'opera e può opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione che possa essere di pregiudizio alla sua fama. Profilo particolare del diritto morale d'autore è il diritto di inedito col quale si riconosce soltanto all'autore, e dopo la sua morte agli eredi o ai legatari delle opere in questione, di decidere sull'opportunità e convenienza della pubblicazione (art. 24 l.d.a.). Se manca il consenso dell'autore l'opera non può essere pubblicata, neppure per ragioni di pubblica utilità (art. 112 l.d.a.) Rientra sotto l'aspetto morale anche il diritto riconosciuto all'autore di modificare l'opera (art. 18 l.d.a) e, ove ricorrono gravi ragioni morali, ritirarla dal commercio, salvo indennizzo a favore dei soggetti che ne avevano acquistato i diritti di riproduzione e diffusione. Nell'ambito dell'aspetto morale rientra anche il diritto di anonimo riferito al fatto di voler o meno figurare come autore dell'opera con il proprio nome, di utilizzare un soprannome o di non figurare proprio, nonché del controllo dell'utilizzazione concernente il diritto che l'autore ha di vigilare o meno sull'uso che si destina alla propria opera in base agli accordi che egli intenda stipulare.

Nella concezione romantica l'aspetto morale del diritto d'autore è il più importante, poiché connaturato alla persona stessa; in tale prospettiva, il diritto d'autore, è inalienabile, imprescrittibile e intrasmissibile; infatti contro il plagio si può agire sempre, non valendo contrattazioni o rinunce⁴.

⁴ Alberto Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, Cedam Padova, 1974

Sotto il profilo patrimoniale il diritto d'autore trova il suo fondamento giustificativo nella tutela del lavoro sancita dalla Costituzione: "La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni".⁵ Infatti esso tutela la creazione dell'opera d'ingegno, che è considerata dalla legge come particolare espressione del lavoro intellettuale: tale interpretazione è confermata dall'inclusione della disciplina del diritto d'autore nel libro del Lavoro del Codice Civile.

Il Codice Civile, art. 2577, riconosce all'autore il diritto di trarre dall'opera ogni più ampia e lecita utilità economica. La legge 633/41 valorizza l'aspetto patrimoniale connesso al diritto d'autore nel modo seguente: "L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera. Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti."⁶ La gestione e cessione dei diritti patrimoniale è disciplinata facendo specifico riferimento al contratto di edizione (art.12bis l.d.a), al diritto di riproduzione (art. 13 l.d.a) al diritto di trascrizione (art. 14 l.d.a), al diritto di esecuzione, rappresentazione, o recitazione in pubblico (art. 15 l.d.a), al diritto di comunicazione (art. 16 e 16bis), al diritto di distribuzione (art.17 l.d.a), al diritto di traduzione e di elaborazione (art. 18 l.d.a), al diritto di noleggio e di dare in prestito (art. 18-bis). La puntuale previsione di tutti gli aspetti correlati allo sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno costituiscono gli strumenti giuridici predisposti dall'ordinamento per assicurare al titolare la più ampia ed esclusiva tutela di ogni forma di creazione intellettuale.

L'aspetto patrimoniale è riconosciuto per tutta la vita dell'autore, e per i settanta anni successivi alla sua morte a favore degli eredi.⁷ Il diritto patrimoniale d'autore si prescrive ed è trasmissibile mediante il contratto d'edizione. Tale diritto è tutelato da due azioni:

⁵ Costituzione della Repubblica Italiana art. 35 comma 1; art. 4

⁶ *Ibidem*, art. 12.

⁷ Codice Civile spiegato...e leggi complementari. Edizioni La Tribuna Agosto 2002, art. 2575; p. 2047.

- l'azione di accertamento, per prevenire le violazioni;
- l'azione di interdizione delle violazioni, diretta ad impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già verificatasi.

La tutela che la legge conferisce all'autore è la possibilità d'azione (nei confronti dell'opera) preclusa a qualunque altro soggetto, descritta con l'espressione latina "ius excludendi alios", cioè il diritto di escludere gli altri da una determinata sfera d'azione, la possibilità da parte del titolare di tali diritti di vietare condotte da lui non autorizzate.

Come vedremo, nella parte dedicata alla tutela giuridica del software, sono i diritti esclusivi di riproduzione ed i diritti esclusivi di distribuzione ad entrare maggiormente in gioco nell'ambito della specifica disciplina della materia.

4 LA TUTELA GIURIDICA DEL SOFTWARE

4.1 L'esigenza di tutelare il software - evoluzione storica e sistemazione della materia

La funzione centrale di tutti gli apparati giuridici di proprietà intellettuale è quella di creare dei diritti esclusivi di sfruttamento in modo da poter da un lato garantire un profitto al titolare di tali diritti, dall'altro (in una più ampia prospettiva di politica del diritto) incentivare la creatività e l'inventiva in generale. Tutelare un frutto dell'ingegno e della creatività, sia esso un'invenzione o un'opera espressiva, significa soprattutto tutelare ed incoraggiare gli investimenti compiuti per la sua realizzazione.

Se consideriamo l'evoluzione storica dell'informatica, la tutela giuridica del software non si è affermata parallelamente alla diffusione del software stesso; piuttosto, possiamo sostenere che la prassi della tutela giuridica sia stata direttamente proporzionale non tanto allo sviluppo della produzione software, quanto all'interesse che il mercato ha dimostrato con il tempo, verso questo settore.⁸

Fino al momento della comparsa del software, il confine fra opere tecnico-funzionali ed espressive era sempre stato piuttosto nitido. Con la trasformazione tecnologica, però, il mondo del diritto si confronta con degli aspetti difficili da inquadrare giuridicamente, poiché coinvolgono entrambe le forme di tutela delle opere d'ingegno. Per la dottrina, più che a livello pratico, a suscitare dubbi era proprio una caratteristica peculiare del software, cioè la sua funzionalità, ovvero la sua finalità d'opera destinata alla soluzione di problemi tecnici: tale caratteristica lo avvicina inevitabilmente alla categoria delle invenzioni tipiche del campo industriale. D'altra parte, è evidente che il software è carente del requisito della materialità, considerato da alcuni come una *condicio sine qua non* per avere i requisiti del brevetto.

⁸ L.C. Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*. Scritti, Quaderni di AIDA n.5, Giuffrè, Milano, 2000.

L'importanza dei requisiti di creatività e di originalità (tipici del diritto d'autore) tende in generale a predominare sulla tipicità che la funzionalità del software offre; invero, la soluzione tecnica cui un programma è predisposto può essere raggiunta dal programmatore in diversi modi, a seconda del linguaggio prescelto, dell'algoritmo, e di come le istruzioni sono disposte all'interno del codice. Storicamente, inoltre, la tutela del brevetto è stata vista con diffidenza dalle aziende produttrici di hardware, che temevano che tale prospettiva avrebbe attribuito un eccessivo potere alle aziende produttrici di software, e reso il mercato dell'hardware schiavo delle loro scelte di mercato. Così in questa fase, anche tenendo in considerazione la decisione presa pochi anni prima dalle compagnie come IBM o Apple, che preferirono (con grande lungimiranza) non brevettare il PC per non soffocare un business ancora emergente, anche le aziende produttrici di software optarono per questa scelta.

Fu in questo contesto di notevoli e intricati interessi economici che il legislatore statunitense nel 1980 fece la coraggiosa quanto necessaria scelta di politica legislativa di stabilire dall'alto quale disciplina applicare al software, ovvero la tutela per mezzo di copyright (non a caso l'atto legislativo in questione fu chiamato *Software Copyright Act*). Nell'arco di un lustro quasi tutti i principali paesi tecnologicamente avanzati si mossero nella stessa direzione: l'Australia nel 1984 (con il *Copyright Amendment Act*), la Francia e la Germania nel 1985 (entrambe con una legge ordinaria per la riforma della normativa preesistente sul diritto d'autore), la Gran Bretagna anch'essa nel 1985 (con il *Copyright Computer Software Amendment*).⁹ A questi si sono susseguiti gli accordi internazionali dell'*Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights*, firmati a Marrakech nel 1994 nell'ambito dell'Uruguay Round per la costituzione del WTO (*World Trade Organization*) dell'*Agreement on Trade Related Intellectual*

⁹ R. di Cosmo, *Legal Tools to Protect Software: Choosing the Right One*, Upgrade, The European Journal for the Informatics Professional, Giugno 2003, <http://upgrade.tecnoteca.it/>.

4.2 Gli interventi del legislatore comunitario e la tutela giuridica del software in Italia

Anche l'Unione Europea accordava ai programmi per elaboratore la protezione riconosciuta alle opere già tutelate dal diritto d'autore attraverso l'emanazione della Direttiva 91/250/CE; nel quadro di un più generale interesse a proteggere il diritto d'autore l'Unione Europea riteneva opportuno emanare disposizioni che disciplinavano e accordavano le legislazioni in materia dei paesi che la compongono. Le direttive dell'Unione Europea sul Diritto d'Autore (vedi anche: Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001) contengono criteri che non solo uniformano le legislazioni dei paesi comunitari in questo settore, ma anche armonizzano tali legislazioni alle obbligazioni internazionali essenziali che provengono da due fonti: il Copyright, e la relativa legislazione adottata all'interno della World Intellectual Property Organization (WIPO) del Dicembre 1996. Inoltre, la Direttive dispongono di adattare la legislazione sul diritto d'autore e i relativi diritti per riflettere lo sviluppo tecnologico e in particolare l'informazione sociale.¹⁰

Con la direttiva CE 91/250 recepita dal nostro ordinamento col decreto legislativo 518/1992 che ha introdotto profonde modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633, Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (di seguito l.a.) la applicabilità della tutela del diritto d'autore al software è sancita nei modi e forme attualmente vigente; In particolare: (art. 1 l.a.) “Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione. Sono altresì protetti i programmi per 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,

¹⁰ M. Iglesias e M. Buzzi: *Il progetto BiblioMIME nel contesto della nuova normativa sul diritto d'autore*, Technical Report-CNR IIT TR-08/2003.

n. 399, nonché le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore".¹¹

Ancor più esplicitamente, nell'articolo successivo, la legge recita: "In particolare sono comprese nella protezione: [omissis] 8) i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato di creazione intellettuale dell'autore. 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. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso".¹² Analizzando l'elenco delle tipologie di opere cui si applica il diritto d'autore, è opportuno notare che l'interesse del legislatore è di ampliare la tutela del diritto d'autore (quale normativa di carattere generale), comprendendo anche opere che per certe caratteristiche in precedenza erano state considerate vincolate alla sola forma di tutela del brevetto. Quest'ultima è indicata come tutela speciale rispetto a quella generale del diritto d'autore.

I diritti di tipo patrimoniale connessi al diritto d'autore sono sanciti nella Legge 633/41 nel modo seguente: "L'autore ha il diritto esclusivo di pubblicare l'opera. Ha altresì il diritto esclusivo di utilizzare economicamente l'opera in ogni forma e modo, originale o derivato, nei limiti fissati da questa legge, ed in particolare con l'esercizio dei diritti esclusivi indicati negli articoli seguenti."¹³ È palese il reiterato riferimento al concetto di diritto esclusivo, che successivamente viene ribadito per esempio nell'art. 13 (*diritto esclusivo di riproduzione*) e nell'art. 17 (*diritto esclusivo di distribuzione*). Naturalmente sono proprio questi diritti ad entrare maggiormente in gioco nell'ambito della tutela del software e della sua distribuzione.

¹¹ Legge 22 aprile 1941 n. 633, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, http://www.interlex.it/testi/141_633.htm, art. 1.

¹² *Ibidem*, art. 2.

¹³ *Ibidem*, art. 12.

Per quanto riguarda il diritto esclusivo di distribuzione, detenuto dall'autore, esso ha per oggetto "la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa e comprende, altresì, il diritto esclusivo di introdurre nel territorio degli Stati della Comunità europea, a fini di distribuzione, le riproduzioni fatte negli Stati extracomunitari".¹⁴ Inoltre, "Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso". In questo caso si fa presente la capacità di extraterritorialità che la normativa contiene. Infine, è rilevante l'eccezione per cui non costituisce esercizio del diritto esclusivo di distribuzione "la consegna gratuita di esemplari delle opere, effettuata o consentita dal titolare a fini promozionali, ovvero di insegnamento o di ricerca scientifica".¹⁵

Con l'accoglimento della Direttiva Europea 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, recepita col decreto legislativo n. 68/2003 è di grande importanza capire i criteri attuali contenuti nel concetto di riproduzione. Infatti la formulazione originale della legge contemplava le sole forme di riproduzione conosciute allora, non prevedendo che lo sviluppo tecnologico avrebbe ampliato tale nozione. A tale proposito, la legge recita ora: "Il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione".¹⁶ Con questa nuova definizione del concetto di riproduzione la direttiva ha cercato di armonizzare tutti gli ordinamenti europei, e, almeno in Italia, ha chiuso una serie di

¹⁴ *Ibidem*, art. 17, comma 1.

¹⁵ *Ibidem*, art. 17, comma 2 e 4.

¹⁶ *Ibidem*, art.13, sostituito in base all'art. 1 del D.L. 68/2003.

controversie relative all'interpretazione del concetto di riproduzione,¹⁷ essendo tale principio di carattere vincolante.

Riferita a tale disposizione, il concetto di riproduzione del software va individuato nell'aspetto formale degli elementi che stanno alla sua base, vale a dire:

- **L'aspetto soggettivo**, con il quale viene evidenziato l'animus del diritto concesso per la riproduzione del software, che va visto anche nella sua possibilità concreta di realizzazione. Essa può avvenire in maniera diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera stessa, in qualunque modo o forma, e con qualunque procedimento. Questi criteri evidenziano le caratteristiche intrinseche della riproduzione riguardo alla sua forma. In tal senso, la Direttiva Europea 2001/29/CE amplia il concetto d'esteriorità che la riproduzione potrebbe avere riguardo alla propria composizione materiale. Ed evidenzia il fatto che la riproduzione possa essere realizzata con qualunque tipo di tecnologia esistente allo status quo o futura, come ad esempio, nel nostro caso, con i supporti informatici.
- **L'aspetto oggettivo**, che è identificabile nella fase d'utilizzazione della riproduzione, e riguarda quindi le modalità dello sfruttamento della riproduzione sulla base dei diritti concessi.

L'altro aspetto interessante del diritto d'autore riguarda **il quantum** che specifica il suo aspetto sostanziale, riferito all'estensione dell'applicabilità della tutela della proprietà intellettuale non solo a una determinata e specifica opera con uno o più autori, ma anche alle opere collettive. "Le opere collettive, costituite dalla riunione di opere o di parti di opere, che hanno carattere di creazione autonoma, come risultato della scelta e del coordinamento ad un determinato fine letterario, scientifico didattico, religioso, politico od artistico, quali le enciclopedie, i dizionari, le antologie, le riviste e i giornali sono protette come opere originali, indipendentemente e senza pregiudizio

¹⁷ M. Iglesias e M. Buzzi, IIT TR-08/2003.

dei diritti di autore sulle opere o sulle parti di opere di cui sono composte”.¹⁸ E ancora: “Senza pregiudizio dei diritti esistenti sull’opera originaria, sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo dell’opera stessa, quali le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell’opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale”.¹⁹

Vedremo nel capitolo successivo le modalità di cessione e di utilizzo collegate all’utilizzo dei diritti patrimoniali sul software.

¹⁸ Legge 633/41, art. 3.

¹⁹ *Ibidem*, art. 4.

5 LE LICENZE SOFTWARE

Allo stato attuale della legislazione in materia di tutela del software, data la sussistenza dei diritti esclusivi derivanti dalla predetta tutela nella forma del diritto d'autore, in base ai cardini del diritto privato è necessario che l'autore del software stipuli un contratto con l'utente, nel quale definisca di quali prerogative si privi e di quali quindi possa essere pervaso l'utente, ovviamente per contro di un corrispettivo (stante la patrimonialità di tali diritti).

Una prassi di questo tipo, basata cioè su contratti stipulati ad hoc per ogni situazione o soggetto, poteva aver ragion d'essere solo nell'era "primordiale" dell'informatica, quando la figura del programmatore era assimilabile ad un libero professionista chiamato alla progettazione di un sistema informatico specifico, ad esempio per un centro di ricerca. Dal momento dell'ingresso del software nella schiera dei beni di consumo, gli autori iniziarono a stilare dei contratti di portata generale in cui esprimevano i termini della distribuzione e della riproduzione del software su cui essi vantavano i suddetti diritti esclusivi: nacque così il tipo contrattuale della *licenza d'uso di software*.

Normalmente queste licenze non consentono, di fatto, la libera riproduzione del programma, né la sua modifica. Ad esempio, se il software fosse installato sul computer di casa, una comune licenza proprietaria potrebbe impedire di installarlo sul proprio portatile per poterlo utilizzare fuori casa; altresì, se il programma è utilizzato in uno studio professionale, potrebbe non essere consentito di installarlo su un computer di riserva, come precauzione nel caso che il principale si guasti.²⁰ Normalmente, inoltre, la licenza software esime il produttore o distributore da responsabilità per danni provocati dal software.

²⁰ *Abusiva duplicazione del software*: è reato anche la copia parziale. Sentenza Cass. n. 15509, 24.IV.2002. http://www.giurdanella.it/dir_aut.php. Sebbene a tale proposito ci siano ancora diverse sentenze della Corte d'Appello: Diritto & Diritti. Rivista giuridica on line, <http://www.diritto.it/>.

Quindi il software ha un proprietario (salvo il caso del software di dominio pubblico), che è tale in quanto “detiene i diritti di autore”. Questo proprietario può essere l’autore a titolo originale, oppure un altro detentore che ne ha acquisito i diritti in conformità ad un contratto, a titolo derivato. Il detentore dei diritti di autore è colui che possiede il copyright. L’utilizzo del software può essere concesso gratuitamente o a pagamento, per le operazioni stabilite nel contratto di licenza, o in sua mancanza per quanto stabilito dalla legge. Il pagamento per l’acquisto di software non si riferisce all’acquisizione dei diritti d’autore, ma solo delle facoltà stabilite dalla legge, ovvero da quanto indicato nella licenza. In generale, quindi, non si può utilizzare liberamente un software proprietario di cui si abbia licenza d’uso, ad esempio inglobandolo in un proprio programma applicativo.

Anche se la legge sul diritto di autore stabilisce già quali sono i diritti di chi produce l’opera e di chi la utilizza, per il software si è introdotto nella pratica un contratto, spesso non firmato, il contratto di licenza software, il cui scopo, è quello di regolamentare i rapporti fra il proprietario e l’utilizzatore del software nonché di limitare ulteriormente i diritti di quest’ultimo.

Da un punto di vista terminologico, c’è da notare che la scelta del termine *licenza* per il tipo di contratto sopra descritto è dovuta probabilmente alla funzione del permesso che viene acconsentito nel contratto, sebbene molti giuristi fanno notare che non sarebbe pienamente appropriata. In realtà la definizione autentica di “licenza” implicherebbe un contratto di concessione da parte di un soggetto (licenziante) ad un altro soggetto (licenziatario) non solo della facoltà di godere di una certa idea creativa, ma anche di sfruttarla economicamente. Ma nella maggior parte dei casi l’oggetto del contratto si limita al solo godimento personale del bene software, non estendendosi ai diritti di sfruttamento economico che restano invece in capo all’autore originario.

In considerazione di tale rapporto giuridico un gran numero di giuristi qualifica la relazione fra autore e utente del software come una *locazione*, giacché con il tipo contrattuale che si usa chiamare impropriamente *licenza d’uso* non si cede alcun diritto di sfruttamento economico sul bene, ma ci si limita a concedere il solo godimento personale del programma.

Anche se la legge sul diritto di autore stabilisce già quali sono i diritti di chi produce l'opera e di chi la utilizza, per il software si è introdotto nella pratica un contratto, non firmato, il contratto di licenza software, il cui scopo, come s'è visto, è stato anche quello di limitare ulteriormente i diritti di chi ne fruisce. (Vedi capitolo precedente)

Di seguito una breve rassegna dei vari tipi di licenze d'uso di software, identificando per ognuna di esse le caratteristiche salienti.

5.1 Le licenze di software proprietario

Il *software proprietario* è così denominato poiché i relativi diritti d'autore sono detenuti (ed esercitati) dal proprietario. Il detentore può essere l'autore originale, oppure un altro soggetto che ne ha acquisito i diritti in conformità ad un contratto. Il detentore dei diritti d'autore è colui che possiede il copyright.

Di solito una licenza d'uso di software proprietario consente un utilizzo molto vincolato del software in oggetto, ad esempio su di un solo computer (o su un gruppo ben determinato di computer). Tale software non è modificabile: infatti normalmente viene distribuito nella sola forma eseguibile.

5.2 Le licenze di software libero o Open Source

Una *licenza Open Source* garantisce all'utente non solo la possibilità di utilizzare il relativo software senza restrizioni (ad esempio sul numero di copie, o sul tipo di uso), ma anche la facoltà di modificarlo, migliorarlo, adattarlo alle proprie esigenze, e ridistribuirlo modificato. Una condizione è che l'utente renda pubbliche le modifiche apportate, ad esempio attraverso Internet.

È bene ricordare che il software libero non è necessariamente gratuito: la *libertà* non si riferisce al prezzo, ma all'uso che se ne può fare. Altri tipi di licenze, come vedremo più avanti, impongono la gratuità del software.

Al giorno d'oggi esistono all'incirca cinquanta diverse licenze riconosciute come Open Source. Un elenco aggiornato si può trovare alla URL <http://a2.swlibero.org/>.

5.3 Le licenze di software protetto da “copyleft”

Il concetto di *copyleft* (gioco di parole che si può tradurre come “*permesso d’autore*”) costituisce un contributo originale ed innovativo alla disciplina del diritto d’autore, proveniente dall’ideologia del Software Libero. Il copyleft può essere usato da chi intende avvalersi della tutela del diritto d’autore per difendere la libertà della sua opera, imponendo che questa e tutte le sue derivazioni restino libere. In pratica, una licenza appartenente alla categoria copyleft impedisce a chi ridistribuisce il software (originale o modificato che sia) di aggiungere delle restrizioni rispetto alla licenza ricevuta. Il classico esempio di licenza di questo tipo è la licenza pubblica GNU-GPL.²¹

5.4 Le licenze di software libero non protetto da copyleft

Non sempre il software libero è necessariamente di tipo copyleft, e ciò accade quando la licenza non vieta espressamente l’aggiunta di restrizioni da parte di chi lo ridistribuisce. In generale sarebbe opportuno, se si utilizza del software distribuito con questo tipo di licenza, accertarsi con cura dei termini del contratto, in particolare per quanto riguarda la specifica copia della quale si è venuti in possesso.

5.5 Le licenze di software semi-libero

Questi tipi di licenze permettono di usare il software in oggetto, di copiarlo, modificarlo e distribuirlo anche modificato, per qualunque scopo, escluso quello di trarne profitto. In altri termini, si tratta di licenze per software libero a cui è stato aggiunto un vincolo che ne impedisce l’uso e la distribuzione a scopo di lucro.

²¹ Vedasi: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.ko.html>.

5.6 Le licenze di software freeware

Il termine *freeware* non è abbinato a una definizione precisa, ma viene inteso generalmente come *software gratuito*, che può essere usato e copiato liberamente, ma che non può essere modificato. Infatti tipicamente il codice sorgente non viene reso pubblico. In questo senso, il prefisso *free* serve solo a evidenziare la gratuità della cosa, ma non la libertà che invece richiede altri requisiti.

5.7 Le licenze di software shareware

Con il termine *shareware* si fa riferimento a software proprietario che può essere ridistribuito, ma per il quale viene richiesto espressamente il pagamento dopo un periodo di prova.

5.8 Il software “Public Domain”

Il software di dominio pubblico (o *Public Domain*) è il software non protetto da copyright. Questo tipo di software è completamente libero, nel senso che chiunque può usarlo, riprodurlo, modificarlo, e ridistribuirlo. Tuttavia, non essendo soggetto ad alcuna forma di tutela, chiunque può appropriarsene ridistribuendolo come proprio, e limitandone in questo modo la libertà.

5.9 Le licenze di software commerciale

In base alle classificazioni viste in questo capitolo, il software commerciale è tale solo poiché è venduto per profitto. Lo sviluppo e la diffusione del Software Libero dipendono anche dalla possibilità di venderne delle copie, originali o modificate, per trarne profitto. Pertanto, il software che pur offrendo le quattro libertà fondamentali di cui al capitolo successivo, non consente la commercializzazione per trarne profitto, non viene considerato *libero* in modo completo. In questo senso, è importante evitare di confondere il software proprietario con il software commerciale, perché non sono la stessa cosa.

Si osservi che può esistere anche del software non-libero, che non è nemmeno commerciale.

6 FREE SOFTWARE E OPEN SOURCE: EVOLUZIONE E COMPATIBILITÀ CON IL DIRITTO D'AUTORE

Alla fine degli anni sessanta, una ristretta comunità di esperti programmatori, che fino ad allora avevano lavorato esclusivamente nei centri di ricerca e nelle università degli Stati Uniti, portarono all'attenzione mondiale il sistema operativo UNIX. Ken Thompson, il suo creatore, scrisse questo sistema operativo in un linguaggio di programmazione chiamato "C" che permise di sviluppare l'idea di portabilità e compatibilità del software: grazie a questi sviluppi, il ruolo del software si fece più dinamico e più facilmente gestibile. Negli stessi anni furono collegate in rete quattro grandi università degli Stati Uniti (Los Angeles, Santa Barbara, Stanford e Utah) dando origine al primo embrione della comunicazione Internet in ambito scientifico. Le conseguenze di questo continuo perfezionamento tecnologico portarono ad uno espandersi a macchia d'olio dello sviluppo economico in questo settore. Nei primi anni ottanta, con l'arrivo del personal computer l'utenza divenne sempre più numerosa e quindi non più corrispondente ad una ristretta nicchia di operatori.

Di pari passo lo sviluppo del software, ormai in larga misura slegato dallo sviluppo dell'hardware, rese necessaria, come s'è visto, la formalizzazione degli strumenti per la sua tutela con l'estensione al software delle leggi sul diritto d'autore che, in questa accezione è inquadrabile tra i diritti di terza generazione, vale a dire, i diritti tecnologici. Tuttavia il software si distingue dalle altre opere d'ingegno per la sua particolare natura. Infatti, esso è composto da due parti fondamentali: il codice sorgente e il codice eseguibile: il primo è intelligibile, il secondo è adatto all'esecuzione su computer e non è intelligibile. Dal momento che per funzionare è sufficiente il codice eseguibile, le leggi di vari paesi che tutelano il diritto di autore per il software spesso permettono la distribuzione del solo codice eseguibile, lasciando all'autore il diritto di mantenere nascosto il codice sorgente. Inoltre, le leggi di molti

paesi considerano illecita la decodificazione, in altre parole lo studio del codice eseguibile volto a scoprirne il funzionamento.

Le forme di tutela del software basate sul diritto d'autore e su licenze tradizionali erano inive a diversi operatori del settore, in particolare a programmatori esperti che ritenevano frustrante dover utilizzare programmi prodotti da altri senza poterne conoscere il funzionamento e senza poterli modificare.

Nei primi anni ottanta si colloca l'attività di Richard M. Stallman, considerato il padre del *Software Libero*. In quegli anni Stallman, in aperta contrapposizione con le comuni prassi dei produttori di software, aveva iniziato a distribuire gratuitamente e liberamente i propri programmi, incoraggiando chiunque a modificarli e migliorarli. Ad esempio, un diffusissimo programma per l'editing di testi da lui creato, *Emacs*, portò alla formazione di una comunità di utenti che avevano il solo vincolo di diffondere a loro volta liberamente le modifiche apportate. Sulla base di questa ideologia, Stallman diede vita al progetto *GNU*, acronimo ricorsivo che sta per *GNU's Not UNIX (GNU non è UNIX)*, con lo scopo di tradurre in pratica il concetto di Software Libero.

6.1 La Free Software Foundation

Nel 1984 Richard M. Stallman creò la *Free Software Foundation* (Fondazione del Software Libero) per dare supporto logistico, legale ed economico al progetto GNU.

Il software sviluppato nell'ambito del progetto GNU, nonostante fosse ampio e funzionante, non era sufficientemente completo, poiché non aveva disponibile un vero e proprio *kernel*, vale a dire, il nucleo del sistema operativo che è un insieme di programmi e dati che permettono al computer di eseguire correttamente tutte le applicazioni che compongono l'intero sistema operativo. Solo nel 1992, il giovane studente dell'Università di Helsinki Linus Torvalds sviluppò un kernel compatibile con UNIX utilizzando gli strumenti software forniti dalla Free Software Foundation. Tale combinazione diede origine al sistema operativo chiamato LINUX.

A Stallman, che formalizzò per la prima volta il concetto che sta alla base del Software Libero, si attribuisce anche la paternità della *Definizione di Stallman*, che comprende quattro principi di libertà:

- La libertà di eseguire il programma per qualunque scopo, senza vincoli sul suo utilizzo, sulla base della semplificazione sia a livello tecnico che burocratico tenendo conto dei presupposti di cooperazione ed unità nella realizzazione dei progetti utili alla comunità.
- La libertà di studiare il funzionamento del programma, e di adattarlo alle proprie esigenze. La progettazione e la conoscenza dei sistemi informatici è considerata un'arte, quindi ogni operazione deve essere compiuta con stile e originalità.
- La libertà di ridistribuire copie del programma, in base al principio della condivisione delle conoscenze e degli strumenti.
- La libertà di migliorare il programma, e di distribuirne i miglioramenti, vale a dire la libertà di accesso alle risorse, siano esse intese come accesso alle informazioni, ai dati, oppure come accesso alle macchine e ai relativi componenti tecnologici necessari al loro miglior funzionamento.

Il software distribuito con una licenza che rispetti questi principi è detto *Software Libero* (in inglese *Free Software*).

Il concetto di Software Libero discende dalla cultura di libertà di scambio d'idee e d'informazioni. Negli ambienti scientifici, quest'ultimo principio è tenuto in alta considerazione per la fecondità che ha dimostrato; ad esso, infatti, è generalmente attribuita gran parte dell'eccezionale ed inimmaginabile crescita del sapere negli ultimi decenni.

Per la Free Software Foundation, la libertà di scambio di nozioni non è quindi una questione puramente pratica: essa è alla base dei concetti di libertà di pensiero e di espressione. Analogamente alle idee, il software è immateriale, e può essere riprodotto e trasmesso facilmente. In modo simile a quanto avviene per le idee, parte essenziale del processo che sostiene la crescita e l'evoluzione del software è la sua libera

diffusione. Ai nostri giorni, come le idee, il software permea il tessuto sociale e lo influenza, produce effetti etici, economici, politici e, in un senso più generale, culturali.

È importante tenere presente che lavorare nell'ambito del Software Libero non significa fare solo del volontariato o rifiutare anticipatamente ogni forma di commercializzazione. Il primo a confermarlo è il proprio Stallman.²² Naturalmente, il profitto derivato dalla vendita delle licenze proprietarie è nettamente superiore a quello derivabile dal Software Libero. Tuttavia, i servizi collegati a quest'ultima forma di distribuzione prospettavano dei guadagni che, sebbene meno consistenti delle licenze di pacchetti chiusi, erano più elastici, duraturi e coadiuvati da investimenti ragionevoli sulle spese di produzione e distribuzione. L'effetto di questo fenomeno si estese velocemente grazie all'utilizzo di Internet. Il risultato è stato che il Software Libero, come modello di business, si è presentato al mondo degli affari non solo come un potenziale nemico per i detentori delle licenze proprietarie, ma anche come un'allettante valvola di sfogo per un nuovo orizzonte di sviluppo [9].

La figura di Stallman è importante anche per essere stato il primo in assoluto a servirsi della stessa tutela giuridica del copyright per tutelare questa forma anomala di distribuzione del software, che prevede per chiunque la possibilità di utilizzarlo, copiarlo e distribuirlo, nella forma originale o anche dopo averlo modificato, sia gratuitamente sia a pagamento.²³ Il Software Libero può essere tale solo se viene messo a disposizione assieme al codice sorgente, da cui il detto: *se non è sorgente, non è software (if it's not source, it's not software)*.

È importante sottolineare che la *libertà* del Software Libero non sta tanto nel prezzo, che eventualmente può anche essere richiesto per il servizio di distribuzione, ma nella possibilità di usarlo senza vincoli, di copiarlo come e quanto si vuole, di poterne

²² A.R. Meo, *Software Libero e Open Source*, Mondo Digitale n. 2, 2002.

²³ F. Potorti, *Cos'è il software libero?*, <http://softwarelibero.it/documentazione/softwarelibero.shtml>.

distribuire le copie, di poterlo modificare e di poterne distribuire anche le copie modificate. Il software che non può essere commercializzato, pur soddisfacendo i punti elencati qui, viene considerato *software semi-libero*.

L'enfasi ideologica che conteneva in sé il pensiero della Free Software Foundation darà origine a una serie di spaccature all'interno della loro organizzazione, che come conseguenza porterà alla costituzione del movimento Open Source.

6.2 Il Movimento Open Source

Nel 1998 Bruce Perens, Eric Raymond e altre personalità nel settore del Software Libero si convinsero che i principi di libertà associati ad esso fossero malvisti nel mondo degli affari, a causa della loro carica ideologica. Decisero perciò di evitare accuratamente ogni riferimento a considerazioni politiche o di principio, e di lanciare una campagna di promozione del Software Libero che ne mettesse in luce i numerosi vantaggi pratici, come la facilità di adattamento, l'affidabilità, la sicurezza, la conformità agli standard, l'indipendenza dai singoli fornitori.

A tal fine scrissero la **Open Source Definition**, il documento fondamentale del loro movimento, che può essere considerata una sorta di carta dei diritti dell'utente di computer. La Open Source Definition stabilisce quali diritti una licenza software deve garantire per poter essere certificata come Open Source.

Il movimento Open Source è stato un successo, e ha contribuito a sdoganare il concetto di Software Libero in campo aziendale, dove era spesso guardato con sospetto. Un esempio di questo successo è la posizione dell'IBM, l'azienda che ha fatto di gran lunga i maggiori investimenti nel campo del Software Libero, la quale parla esclusivamente di Open Source, mai di Software Libero (abbiamo qualche fonte da citare: sentire Martha). La voluta neutralità del movimento Open Source nei confronti degli aspetti etici e politici del Software Libero è la caratteristica sostanziale che lo distingue dalla filosofia del Software Libero, che al contrario pone l'accento sulle motivazioni ideali e ideologiche. Parlare di Software Libero piuttosto che di Open

Source è una questione politica piuttosto che pratica; i due movimenti concordano infatti sulle licenze considerate accettabili, ed hanno obiettivi e mezzi comuni.

A differenza del software proprietario, dove l'utente dispone soltanto della licenza d'uso del programma, l'utente di un pacchetto software Open Source può migliorarlo o adattarlo alle proprie esigenze, purché renda le modifiche disponibili ad altri (tipicamente attraverso Internet). Questo ha creato una forte concorrenza ai produttori di software con licenze proprietarie, poiché molti utenti hanno imparato ad apprezzare le facilità offerte dalle licenze Open Source. Di conseguenza la vendita in questo settore di distribuzione è sempre più proficua. Ad esempio, ci sono programmi come il sistema operativo LINUX e il browser Netscape che sono diventati molto popolari, godendo di un'ottima diffusione malgrado non siano stati supportati da campagne pubblicitarie.

La filosofia che sta alla base dell'Open Source è quella di mettere l'utente finale al centro dello sviluppo della tecnologia informatica e dell'interazione uomo-computer. I volontari che hanno sviluppato prodotti come LINUX cooperano con i singoli e le aziende del settore, grazie ai diritti garantiti dall'Open Source. Queste interazioni sono apprezzate perché l'Open Source garantisce:

- Il diritto di fare copie del programma e di distribuirle.
- Il diritto d'accesso al codice sorgente del software, condizione necessaria per poterlo modificare.
- Il diritto di apportare migliorie al programma.

La rilevanza economica di questo settore dell'informatica è ancora abbastanza limitata, ma è in fortissima crescita ormai da alcuni anni, e tutto lascia supporre che tale crescita continui nel prossimo futuro, anche grazie ai vantaggi tecnici ed economici di questa forma di distribuzione. Ad oggi, la distribuzione Open Source è ampiamente diffusa in ambito accademico, industriale e fra gli appassionati di calcolatori, soprattutto grazie ai sistemi che sono riusciti a realizzare. Questi sistemi sono disponibili a costi molto bassi, ben inferiori a quelli di analoghi sistemi proprietari. Tuttavia, a causa delle loro caratteristiche, il loro uso richiede una buona cultura di base di tipo informatico. In

ambito accademico viene molto apprezzata la possibilità di personalizzare i programmi; in ambito industriale, si apprezza l'affidabilità dei sistemi aperti, dovuta al fatto che quando un utente corregge un errore in un programma solitamente rende disponibile la correzione a tutta la comunità degli utenti Internet.

6.3 Compatibilità ed evoluzione nel rapporto fra tutela del diritto d'autore ed elaborazione del software, con specifico riferimento al software "open source"

La titolarità dei diritti d'autore derivanti dallo sviluppo e dalle elaborazioni del software in generale e di quello con connotazione "open source" in particolare, pone un problema essenziale che riguarda l'individuazione della migliore protezione da adottare per l'opera derivata a favore degli autori delle predette elaborazioni.

La questione dei miglioramenti apportati alle varie opere non è certamente un problema nuovo, nuovo è la forma e l'estensione del fenomeno. Probabilmente molto più di qualsiasi altra opera dell'ingegno un software vale quanto più è possibile adattarlo, modificarlo, aggiornarlo alle realtà industriali, commerciali, pubbliche nelle quali è utilizzato. L'aspetto è tanto più rilevante se teniamo conto della semplicità con cui l'utente esperto può modificare, trasformare, migliorare il software ed immetterlo in commercio. A differenza delle altre opere dell'ingegno, inoltre, dove l'integrità costituisce un valore, nel software la possibilità di successive elaborazioni rende ancora più conveniente e funzionale ciò che è stato creato.

La direttiva CEE 91/250 del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, nell'articolo 2, "Titolarietà dei programmi" dispone che: *"L'autore di un programma per elaboratore è la persona fisica o il gruppo di persone fisiche che ha creato il programma o, qualora la legislazione degli Stati membri lo permetta, la persona giuridica designata da tale legislazione come titolare del diritto. Qualora la legislazione di uno Stato membro riconosca le opere collettive, la persona considerata creatrice dell'opera dalla legislazione di tale Stato"*

ne è ritenuto l'autore. Allorchè un programma per elaboratore è creato congiuntamente da un gruppo di persone fisiche, esse sono congiuntamente titolari dei diritti esclusivi. Qualora i programmi siano creati da un lavoratore dipendente nell'esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni del suo datore di lavoro il datore di lavoro gode dell'esercizio esclusivo di tutti i diritti economici sul programma creato, salvo disposizioni contrattuali contrarie”.

Il legislatore europeo indica chi deve considerarsi autore, rispettivamente dell'opera singola, di quella collettiva, di quella in comunione e nel caso in cui i programmi siano creati dai lavoratori dipendenti. Non emerge, invece, dalla lettura dell'art. 2, sopra indicato, in maniera congrua alla frequenza del fenomeno, la disciplina della titolarità e/o contitolarità del software nell'ipotesi, tutt'altro che rara in questa materia, dell'opera derivata. In tale ultimo caso deve perciò farsi ricorso alle normative nazionali di riferimento.

Nell'ordinamento italiano i diritti patrimoniali e morali d'autore spettano a titolo originario innanzitutto alla persona fisica che ha creato l'opera. La partecipazione invece di più soggetti all'attività creativa può dar luogo a seconda dei casi a un'opera in comunione, collettiva, composta o ad un'elaborazione creativa in cui la titolarità originaria dei diritti è diversamente ripartita fra i vari coautori a seconda delle modalità del contributo. Nelle opere in comunione si presume che i diritti appartengano in parti uguali a tutti i coautori, salvo prova contraria (art. 10 l.a.). Nelle opere collettive i diritti sulla raccolta nel suo complesso spettano a chi ne abbia organizzato e diretto la creazione (art. 7 l.a.) mentre quelli sulle singole parti appartengono ai diversi collaboratori. Nelle opere composte i diritti d'autore appartengono secondo alcuni separatamente ai diversi autori, secondo altri invece in comunione ex art. 10. Nelle creazioni derivate i diritti sull'opera derivata spetterebbero soltanto all'autore

dell'elaborazione, secondo la tesi che sembra prevalere, o in comunione con l'autore dell'opera base, secondo un diverso orientamento²⁴.

L'art. 4 l.a., dedicato all'opera derivata, dispone che: *“Senza pregiudizio dei diritti esistenti sull'opera originaria, sono altresì protette le elaborazioni di carattere creativo dell'opera stessa, quali le traduzioni in altra lingua, le trasformazioni da una in altra forma letteraria od artistica, le modificazioni ed aggiunte che costituiscono un rifacimento sostanziale dell'opera originaria, gli adattamenti, le riduzioni, i compendi, le variazioni non costituenti opera originale”* Si intende per elaborazioni creative le opere protette in cui insieme al contributo creativo dell'autore sono presenti gli elementi espressivi dell'opera originaria. Le predette elaborazioni si distinguono anche per la minore o maggiore caratterizzazione rispetto all'opera base: secondo l'opinione espressa in dottrina, nel primo caso l'opera derivata beneficia di una protezione autonoma ma il suo sfruttamento economico può essere sottoposto al veto dell'autore; se invece l'elaborazione ha assunto un suo valore autonomo, ben distinguibile, la stessa beneficerebbe di una protezione autonoma ma l'esercizio delle corrispondenti facoltà patrimoniali non sarebbe neppure esposto al veto dell'autore dell'opera base.

Peraltro, in materia, la legge, all'art. 7, co. 2 l.a. stabilisce che i diritti patrimoniali e morali sull'elaborazione creativa spettano all'autore di quest'ultima *“nei limiti del suo lavoro”* mentre l'art. 18 l.a. subordina la liceità del suo sfruttamento economico al consenso dell'autore dell'opera base. Si discute in dottrina se per effetto del consenso prestato tra gli autori delle due opere, base e derivata, si costituisca una comunione di diritti regolata dall'art. 10 l.da.

Con specifico riferimento agli articoli 64-bis e 64-quinquies introdotti nell'ordinamento italiano col d.lgs. 518/92 di recepimento della direttiva CEE 91/250, una parte della dottrina ha invece ritenuto che il titolare dei diritti esclusivi sul software e banche dati può in effetti impedire (non soltanto lo sfruttamento ma anche)

²⁴ Commentario breve al diritto della concorrenza, Marchetti – Ubertazzi, CEDAM Padova 2004

la realizzazione stessa di un'opera derivata dalla sua²⁵. Si tratta di un'orientamento non condivisibile, posto che anche per il software deve certamente farsi riferimento ai principi di ordine generale sanciti nell'ordinamento Italiano.

Tuttavia, in materia di software, l'incertezza di una precisa determinazione nei rapporti fra opera originale e derivata, nonché della conseguente titolarità dei diritti connessi, può costituire un freno alla richiesta di un riconoscimento dei diritti patrimoniali e morali degli elaboratori ed alimentare pratiche illecite di utilizzo e sviluppo del software stesso, preso atto dell'impraticabilità della via contrattuale e dell'impossibilità di colpire l'utilizzatore finale attraverso la disciplina del segreto.

Di fronte alla sistematica attività di riadattamento, modifica, sviluppo, aggiornamento del software, realizzata in tutti i settori produttivi, alla necessità di dare certezza ai titolari dei diritti, nonché a coloro che apportano miglioramenti di natura consistente, è necessario, a livello comunitario, predisporre una specifica normativa di armonizzazione relativa alla disciplina dell'opera derivata. Tale disciplina dovrebbe avere ad oggetto, e quindi definire, nei contenuti essenziali, in quali casi possa parlarsi di elaborazioni creative e quindi l'opera derivata assume un carattere autonomo, meritevole di una tutela, non subordinata all'autore dell'opera stessa, e quando invece le predette elaborazioni creative costituiscono un semplice aggiornamento ed evoluzione, di carattere tecnico o commerciale, meritevole di tutela, ma non sganciato dall'opera originale e perciò imprescindibile dal consenso del titolare dei diritti sulla relativa opera.

Nel settore "Open Source" l'indicazione di una specifica normativa che protegga gli autori degli aggiornamenti del software potrebbe spingere verso un ulteriore sviluppo di tale forma di utilizzo, i cui effetti benefici sono ormai noti in tutti gli ambiti, specialmente nelle pubbliche amministrazioni. E' certo che nel caso del software Open Source si possono prospettare molteplici situazioni di conflitto. Occorre tuttavia porsi

²⁵ Commentario breve al diritto della concorrenza, Marchetti – Ubertazzi, CEDAM Padova 2004

il problema di come gestire il diritto d'autore in un contesto di manifesta e continua modifica di un determinato prodotto che normalmente, per la sua stessa natura, ha già come creatori diversi coautori. Tale considerazione sottolinea, da un lato, l'importanza di un'accordo armonioso da parte di tutti i coautori, che hanno i diritti a titolo originario, nella concessione dei diritti che vengono estesi agli utenti quali titoli derivati e dall'altro la necessità di normative ad hoc per questa particolare forma dell'ingegno.

Pertanto, indipendentemente da quello che sarà l'esito della proposta di direttiva sulla "brevettabilità del software", di cui tratteremo più ampiamente nel capitolo successivo, l'approntamento, da parte del legislatore comunitario, di una normativa ad hoc per l'opera derivata in materia di software, e specialmente di software Open source, appare opportuna, valorizzando in tale stesura normativa, oltrechè il concetto di libertà, anche quello di convenienza economica.

7 LA NATURA TECNICA DEL SOFTWARE: PROBLEMI E PROSPETTIVE

Come s'è accennato più volte, nell'Unione Europea è oggetto di dibattito e di profondi contrasti la "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici"(2002/0047 (COD) fondata tecnicamente proprio sul difficile confine fra opera dell'ingegno tutelata dal diritto d'autore, come in linea di principio è stato ritenuto il software, almeno all'intero dell'Unione Europea, ed opera tecnicamente idonea ad inserirsi in un procedimento industriale e perciò protetta dal brevetto. Peraltro, nonostante i consistenti interventi legislativi in ambito internazionale e comunitario che sancivano la tutela del software per mezzo del diritto d'autore, di fatto, anche in ambito comunitario, sulla scia di quanto già avveniva in maniera consistente negli Stati Uniti si è continuato a concedere brevetti per la protezione del software.

Prima di addentrarci nell'esame della direttiva sulla c.d. "brevettabilità del software" occorre svolgere alcune riflessioni sulle peculiarità tecniche del software, caratteristiche che sono alla base dell'attuale dibattito vertente sulle motivazioni adottate dal legislatore europeo in ordine alla proposta di direttiva in argomento.

7.1 Caratterizzazione del Software

Con il termine software viene genericamente indicato qualsiasi programma per elaboratore indipendentemente dalle sue funzionalità, interfacce e caratteristiche. In termini pratici, un programma è dunque una sequenza di istruzioni (o comandi) scritto in qualsiasi linguaggio di programmazione (Java, C, VisualBasic, etc.) finalizzato a risolvere un certo problema e/o ad effettuare certe funzioni. Una volta eseguito su elaboratore, produce gli effetti desiderati. Fino a quando rimane su carta o anche su supporto elettronico (per. es. su dischetto, CD, etc.) non si percepisce la differenza tra un programma e l'altro. Questa è una caratteristica peculiare, un programma di per sé, anche se scritto correttamente, non ha alcun effetto se non quando viene eseguito su

computer. Per questo il termine computer-implemented, riportato nella direttiva, a sottolineare l'indissolubile legame tra l'invenzione e il computer.

Esistono vari modi di classificare il SW, comunque una prima distinzione può essere fatta tra il SW "di sistema" che permette di controllare il funzionamento del computer stesso, di cui fanno parte il sistema operativo (ad es. Windows, Linux, MacOS, etc.), i programmi di controllo del mouse, della tastiera, del video, etc. rispetto al SW "applicativo", utilizzato dall'utente per le sue attività, che include ad esempio i programmi per navigare in Internet (browser), per scrivere e gestire messaggi di posta elettronica (mail agent), per scrivere documenti e fogli di lavoro, etc.

Rispetto alle altre opere dell'ingegno un SW è caratterizzato dalle seguenti proprietà:

- Scarsa materialità. Letteralmente il termine SW indica le componenti di un computer che sono "soft" cioè "leggere" cioè i programmi, in contrapposizione a quelle "hard", "pesanti", che sono le componenti fisiche, ben visibili e tangibili, come il processore, la memoria (RAM), i dischi, le schede di rete, etc.
- Natura intrinsecamente tecnica. In tale contesto, la finalità dell'opera è la soluzione di problemi. Un programma, quando viene attivato, esegue delle azioni (istruzioni specificate nel programma) e produce dei risultati. Nel gergo informatico viene detto che un programma implementa un algoritmo, cioè esegue una sequenza di passi che compiono una determinata azione, compito o funzione. L'aspetto interessante è che, come nella matematica, un certo risultato può essere ottenuto con procedimenti diversi, cioè con algoritmi diversi. Questo vuol dire che un certo problema può essere risolto con più metodi o algoritmi ottenendo lo stesso risultato. Di conseguenza programmi diversi (in termini di algoritmi che implementano) possono risolvere lo stesso problema. Questa caratteristica è molto importante nella discussione in atto dato che gli algoritmi astratti non sono brevettabili.
- Assume forme diverse. Per poter essere eseguito su un computer la forma del SW cambia. Il programma di solito viene scritto in un linguaggio di programmazione detto di "alto livello" cioè facilmente comprensibile dagli

esseri umani (detto sorgente) e poi viene tradotto in un formato intermedio (codice oggetto, bytecode, ...) e/o in forma direttamente interpretabile dal computer (eseguibile).

- Dualità del SW. Questa caratteristica è veramente importante dal punto di vista normativo. Difatti un programma di per sè è un file di testo e perciò da un lato sarebbe assimilabile ad un'opera letteraria soggetta dunque alla normativa sul diritto d'autore, ma d'altro canto una volta in esecuzione il SW cambia completamente natura: esegue dei passi produce dei risultati e difatti nel gergo informatico assume persino un nome diverso (viene chiamato processo). Da questo punto di vista un programma diventa quindi, per certi versi, assimilabile ad un processo industriale.

Le peculiarità del software, la sua versatilità a soddisfare le caratteristiche di entrambi gli strumenti di tutela della proprietà intellettuale: diritto d'autore o brevetto, gli interessi economici che sottintendono le scelte di politica legislativa mettono al centro del dibattito la questione dell'eventuale diversa tutela da accordare al software. La scelta dell'una o dell'altra forma od anche la prevalenza dell'una o dell'altra comporta riflessi di ordine economico e sociologico di cui, almeno nell'Unione Europea, dovremo tenere conto.

7.2 La proposta di direttiva sulla brevettabilità del software

Nel Febbraio 2002 l'Unione Europea ha pubblicato una "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici comprensiva di introduzione, motivazioni e commenti. Dopo due anni di dibattiti, consultazioni e analisi, nel Maggio 2004, è stato raggiunto un accordo politico sulla necessità di una Direttiva. La Commissione ha approvato il testo adottato dal Consiglio, che restaura un bilanciamento globale tra gli interessi dei detentori dei diritti e le altre parti (concorrenza e consumatori) che in prima istanza era stato eliminato dalla proposta originale, presentata dalla Commissione nel Febbraio 2002 [7]. Comunque perchè la Direttiva possa diventare legge Europea è necessario che il Consiglio e il Parlamento Europeo raggiungano un

accordo anche a livello di contenuti, su cui permangono ancora posizioni differenti principalmente correlate alle “eccezioni” (ad es. possibilità di utilizzo delle tecnologia brevettata a scopo di interoperabilità e gestione dei dati).

Il brevetto nella sua concezione classica, rafforza il concetto di copyright, proteggendo anche l’idea oltre che il procedimento alla base dell’invenzione. Comunque, una sua applicazione a livello di SW se non opportunamente vincolata, potrebbe portare ad una frenata nella sviluppo tecnologico. Proteggere l’idea alla base del programma va al di là della protezione del diritto d’autore, già accordata al SW sviluppato, e impedisce di fatto ad altre compagnie di sviluppare sistemi con analoghe finalità, sebbene completamente indipendenti, sia nel funzionamento (cioè che utilizzano algoritmi diversi), sia nelle interfacce.

Nella Relazione alla proposta di Direttiva²⁶ si legge: **“Il titolare di un brevetto per una invenzione attuata per mezzo di elaboratori elettronici ha quindi il diritto d'impedire ai terzi di utilizzare un software che metta in atto la sua invenzione (quale definita dalla rivendicazione di brevetto). Questo principio vale anche se si possono trovare vari modi di ottenere questo utilizzando programmi il cui codice fonte od oggetto differisce da quello di ciascun altro e che possono parallelamente essere protetti da diritti d'autore indipendenti che non si violano reciprocamente”**. A nostro avviso, la forte contraddizione che si presenta a livello giuridico è dovuta al fatto che un algoritmo di per sé non sarebbe brevettabile ma in realtà, brevettando un SW, si rende un algoritmo brevettabile, sebbene all’interno di un certo settore. Infatti la relazione sulla Direttiva specifica: “un algoritmo astratto in quanto tale non può essere oggetto di monopolio. Secondo le regole usuali della brevettabilità, il brevetto concesso per un’invenzione basata su un determinato

²⁶ RELAZIONE, sezione “Complementarità di brevetto e tutela del diritto d'autore”

algoritmo non può essere esteso ad altre applicazioni di tale algoritmo”. Comunque la applicabilità ad un intero settore è già sufficiente per provocare chiusure nello sviluppo del mercato che potrebbero penalizzare soprattutto le piccole aziende che dispongono di limitati mezzi economici e basano il loro lavoro sulla “personalizzazione” e assistenza di SW disponibile nel pubblico dominio.

Per fare un esempio facilmente comprensibile, se la prima azienda che ha sviluppato il primo browser commerciale (Netscape) avesse ottenuto un brevetto SW, le altre compagnie non avrebbero potuto sviluppare altri browser (come ad esempio Internet Explorer) e questo da un lato avrebbe tutelato l’azienda che sicuramente avrebbe prosperato ma d’altro lato avrebbe frenato lo sviluppo del browser stesso non essendoci situazioni di concorrenza e quindi legando le nuove versioni del SW alle possibilità di assorbimento da parte del mercato piuttosto che al miglioramento nella qualità del prodotto stesso. In effetti tutto l’enorme e rapidissimo sviluppo della Società dell’Informazione e della New Economy, esploso negli ultimi 10 anni, che ha avuto effetti benefici su tutta la società, è nato dall’incredibile sviluppo della rete Internet reso possibile grazie al fatto che questa tecnologia non era brevettata! Prima della rete Internet infatti esistevano già reti proprietarie (come SNA o DECNET) ma l’interoperabilità tra reti di costruttori diversi era piuttosto onerosa da raggiungere e la loro applicazione era limitata a specifici settori (militare, università e grandi aziende). D’altro lato, che quanto proposto in ordine alla brevettabilità del software non esaurisca affatto il problema è dimostrato dal considerando (18) della direttiva stessa, laddove si è costretti a precisare che: *“La protezione conferita dai brevetti per le invenzioni che rientrano nel campo d’applicazione della presente direttiva lascia impregiudicate le facoltà riconosciute dalla direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore mediante il diritto d’autore, in particolare le disposizioni relative alla decompilazione e all’interoperabilità delle topografie e dei semiconduttori o ai marchi commerciali”* riconoscendo una volta di più che il software è un prodotto speciale la cui maggiore caratteristica è forse proprio quella della sua possibilità di aggiornamenti ed evoluzioni.

Nel campo normativo occorre quindi molta cautela perchè il rischio effettivo di un rallentamento nello sviluppo tecnologico può esistere. L'Unione Europea, consapevole dell'esperienza americana che ha presentato problemi per i cosiddetti "brevetti manifestamente privi di validità" che non presentano un carattere di novità o alcuna attività inventiva ma bloccano lo sviluppo di altre aziende operanti nello stesso settore intende assicurare in Europa un'alta qualità dei brevetti rilasciati. Senza trascurare il problema derivante dalle diverse modalità con cui le legislazioni nazionali dovrebbero recepire modifiche ed integrazioni derivanti dalla predetta direttiva. Integrazioni e modifiche che potrebbero divergere nei vari ambiti nazionali e perciò creare sperequazioni ed disuguaglianze fra i cittadini comunitari.

Altri problemi ravvisati dall'Unione Europea sono il possibile consolidamento della posizione di mercato delle grandi imprese e i costi economici richiesti per l'innovazione incrementale (cioè per passi successivi), tipica dell'industria del software, che comportano l'identificazione dei titolari dei brevetti e la negoziazione delle licenze. Questo fattore, come già discusso in precedenza potrebbe frenare lo sviluppo tecnologico e comunque escludere le PMI che non dispongano di adeguati mezzi economici.

A queste considerazioni di carattere generale sulle quali, in parte, conviene la relazione alla direttiva, già citata, si possono aggiungere le seguenti osservazioni:

- La difficoltà intrinseca legata al processo di validazione della invenzione da brevettare (compito dell'Ufficio Europeo dei Brevetti), considerando l'estensione del dominio di applicazione del SW (che può coprire tutti i settori tecnico-scientifici) rischia di rendere l'obiettivo "qualità" difficile da raggiungere.
- La normativa sul copyright si applica anche nell'ambito del SW e permette di proteggere lo specifico programma, cioè il suo codice nelle varie forme (sorgente, oggetto ed eseguibile) cioè quella specifica implementazione in quel linguaggio, per quel sistema operativo. Questo ha consentito lo sviluppo di SW con le stesse funzionalità in ambienti diversi come ad esempio OpenOffice su Linux (vs MS Office). Con il brevetto questo tipo di sviluppo non sarà più possibile, perchè viene

assicurata la copertura nell'intero settore tecnico o scientifico dichiarato nel brevetto e questo renderà difficile una segmentazione del mercato, come ad oggi avviene. Un tale scenario vanificherebbe gli sforzi fatti negli ultimi 15 anni per permettere libera concorrenza e possibilità di sviluppo delle piccole medie aziende.

- Il mero brevetto potrebbe diventare l'oggetto di commercializzazione (per essere rivenduto a ditte più grosse) senza più stimolare l'interesse degli sviluppatori per migliorare le funzionalità, le tecnologie o l'implementazione, lasciando in pratica le grosse società a guidare l'orientamento del mercato.

D'altra parte si ravvisa la necessità dell'Unione Europea di uniformare la legislazione a quella degli altri Paesi industrializzati allo scopo di proteggere i SW creati in Europa rispetto alla concorrenza internazionale, ed anche l'esigenza di armonizzare le legislazioni degli Stati Membri allo scopo di evitare sbilanciamenti interni.

A nostro avviso un eventuale bilanciamento tra la necessità di protezione delle invenzioni SW e l'esigenza di una ampia apertura per favorire lo sviluppo scientifico-tecnologico potrebbe essere ottenuto limitando il campo di applicazione del brevetto sul SW, per esempio, circoscrivendo la tutela allo specifico programma (algoritmo), interfacce ed ambiente di sviluppo (sistema operativo). La protezione dovrebbe garantire che non sia possibile "copiare" quella specifica invenzione, cioè scrivere un programma che sostanzialmente esegue le stesse funzioni dell'invenzione protetta e quindi produce gli stessi effetti, anche se utilizza un linguaggio di programmazione diverso e/o fornisce interfacce con un differente layout grafico. La protezione dell'invenzione dovrebbe essere sostanziale, ma non dovrebbe proteggere l'idea, perchè da una stessa idea possono nascere prodotti con diverse funzionalità. Per fare un esempio pratico, nel campo industriale con oggetti materiali, sarebbe come dire che se qualcuno avesse brevettato un cavatappi, nessuna altra azienda potrebbe brevettare altri modelli di cavatappi con design e/o funzionamento diverso da quello protetto, perchè viene protetta l'idea di levare un tappo da una bottiglia non lo specifico oggetto che fa questa funzione! Questa limitazione nel campo industriale non viene posta proprio per favorire lo sviluppo e il progresso tecnico scientifico. Per questo pur ravvisando la necessità di proteggere le invenzioni attuate per mezzo di elaboratore, il

legislatore dovrebbe porre molta attenzione nel definire il campo di applicazione del brevetto nel contesto dello sviluppo del SW proprio alla luce di quanto il considerando (4) della già citata direttiva ricorda affermando che: *“Il costante aumento della diffusione e dell’uso dei programmi per elaboratori in tutti i campi della tecnologia e della loro diffusione in tutto il mondo tramite Internet è un fattore decisivo dell’innovazione tecnologica. E’ quindi necessario fare in modo che i creatori e gli utilizzatori di programmi per elaboratore possano beneficiare nella Comunità delle migliori condizioni possibili”*. E le migliori condizioni possibili richiedono studi approfonditi, bilanciamento degli interessi in gioco e scelte coerente con i sentimenti diffusi nell’utenza europea.

8 CONCLUSIONI

In questo lavoro abbiamo presentato alcune problematiche relative al software, quale opera dell'ingegno, tutelata dal diritto d'autore. Inquadrando preliminarmente tale diritto nell'evoluzione storica dei diritti dell'umanità, e ripercorrendo la storia dello sviluppo del software e dei movimenti del software libero e dell'open source, abbiamo discusso gli aspetti legislativi della tutela dei programmi per elaboratore, sia a livello europeo che italiano con particolare riferimento allo studio di nuove modalità di tutela del software quale opera derivata.

La scelta di estendere al software la normativa in materia di diritto d'autore ha facilitato la comunicazione, la diffusione delle idee e della tecnologia alla base dei programmi stessi. Probabilmente la tutela attraverso il diritto di brevetto non avrebbe prodotto gli stessi sviluppi del settore, assicurando forse solo un incerto vantaggio alle società produttrici.

Storicamente, nel settore dei programmi per elaboratore il tipo di tutela più utilizzato è stato quello del diritto d'autore, e solo in forma minore, e in alcuni paesi, quello del brevetto. Si assiste al momento ad un'inversione di tendenza; è infatti in discussione da parte dell'Europarlamento la "Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici"(2002/0047 (COD) attraverso cui si intenderebbe riconoscere al software la tutela accordata ai brevetti, armonizzandone la normativa in tutti i paesi dell'Unione Europea. Peraltro, nonostante il software fosse protetto dal diritto d'autore, vi sono stati, anche in Europa, numerosi esempi di brevetti software. Attualmente, per quanto la legislazione Europea vieti i brevetti software, l'EPO (l'Ufficio Europeo dei Brevetti

(EPO), istituito con la Convenzione di Monaco, composto da 19 membri) ha riconosciuto più di 10.000 brevetti che hanno relazione con software.²⁷

La direttiva sopra citata sta originando aspri dibattiti fra i sostenitori della brevettabilità del software e coloro invece che sono sfavorevoli all'introduzione di tale diritto di esclusiva. I primi spiegano che la mancanza di brevettabilità del software in ambito europeo potrà, a lungo andare, generare uno svantaggio tecnologico dell'industria europea nei confronti del mercato statunitense che riconosce al software la protezione attraverso il brevetto, a danno dell'economia comunitaria. I secondi ritengono che non sia auspicabile introdurre normative che riconoscano ai produttori di software il diritto di esclusiva del brevetto, poiché questo significa escludere molti dalla possibilità di accesso alle idee ed alla loro comunicazione e diffusione. Si teme, fra l'altro, che la direttiva una volta approvata, possa causare una generalizzazione nel sistema di protezione del software estendendo l'esclusiva a qualsiasi tipo di software indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia in associazione con un inedito processo fisico e meccanico, finendo anche per banalizzare il prodotto. Va considerato inoltre che probabilmente la direttiva non sarà attuata univocamente dagli uffici brevetti dei paesi dell'Unione e ciò potrebbe essere causa di ineguaglianze di trattamento per i cittadini comunitari operanti all'interno di realtà economiche, politiche e legislative, spesso molto divergenti, col rischio di approfondire il divario tecnologico fra i Paesi stessi a discapito dell'economia Europea.

A questo stadio dello sviluppo tecnologico è necessario che il legislatore rifletta adeguatamente su nuove forme di tutela del software che non ne penalizzino l'espansione. Il software, più delle altre opere dell'ingegno, consente ed agevola, attraverso l'apporto intellettuale di altri autori, modifiche, integrazioni ed aggiornamenti all'opera originaria; l'attività di tutti gli autori necessita di essere riconosciuta e tutelata. Di fronte a questa realtà, ponendosi nel solco della legislazione

²⁷ Per maggiori approfondimenti si veda il potere sui brevetti in materia di proprietà intellettuale, al sito web: <http://www.autistici.org/loa/web/progetti/brevetti/13942.html>.

sul diritto d'autore, il legislatore europeo dovrebbe promuovere leggi e prassi che tutelino l'opera software derivata ed incentivino gli autori a metterne a disposizione i risultati, anche con specifico riferimento al lavoro dipendente.

Uno sforzo in questa direzione non potrebbe che avere effetti positivi in ambito comunitario, facilitando l'accesso alle idee, alle informazioni, alla conoscenza e quindi allo sviluppo della nuova Europa.

9 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- [1] S. Aliprandi, *L'altra faccia del copyright - diritto d'autore e copyleft nella cultura opencontent*, <http://creativismo.openlabs.it/copyleft/document/saggio-ali/copyleft-right.htm>.
- [2] F. Bonsignori, *Diritti umani da accogliere, diffondere, tutelare*, Rivista Buddismo e Società n. 98, giugno 2003.
- [3] Commissione delle Comunità Europee. Proposta di Direttiva del parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici.
http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/com02-92it.pdf
- [4] R. di Cosmo, *Legal Tools to Protect Software: Choosing the Right One*, Upgrade, The European Journal for the Informatics Professional, Giugno 2003, <http://upgrade.tecnoteca.it/>.
- [5] D. Giacomini, *Appunti di informatica libera 2000-2002*: <http://a2.swlibero.org/>.
- [6] P. Goldstein, *Copyright's Highway: from gutemberg to the celestia jukebox*. New York, 1996.
- [7] EU Press Releases. Patents: Commission welcomes Council agreement on Directive on computer-implemented inventions (18.5.2004).
http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/index.htm
- [8] M. Iglesias e M. Buzzi: *Il progetto BiblioMIME nel contesto della nuova normativa sul diritto d'autore*, Technical Report-CNR IIT TR-08/2003.
- [9] A.R. Meo, *Software Libero e Open Source*, Mondo Digitale n. 2, 2002.
- [10] F. Potorti, *Cos'è il software libero?*, <http://softwarelibero.it/documentazione/softwarelibero.shtml>.
- [11] L.C. Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*. Scritti, Quaderni di AIDA n.5, Giuffrè Editore, Milano, 2000
- [12] A. Sirotti, Gaudenzi – *Il nuovo diritto d'autore – La proprietà intellettuale nella società dell'informazione – II edizione* Maggiori Editore 2003
- [13] Ubertazzi – *Commentario breve al Diritto della Concorrenza – terza edizione – Cedam Padova, 2004*