

Analisi dell'EUCD

Alceste Scalas <alceste@softwarelibero.it>
Associazione Software Libero

29 agosto 2002

NOTA: questa stesura del documento non è ancora definitiva. L'ultima versione aggiornata è disponibile all'indirizzo
<http://www.softwarelibero.it/progetti/eucd/analisi.shtml>.

Indice

1	Introduzione	3
1.1	Struttura del documento	4
2	Nota di copyright	5
3	In apertura...	6
4	Decompilazione e reverse-engineering	10
4.1	Le conseguenze	14
4.1.1	Il caso dei DVD	15
4.1.2	Le conseguenze sul software libero	15
5	Libertà di ricerca e di espressione	17
5.1	Le conseguenze	18
6	La “clausola di rimozione” e la direttiva 2000/31/CE	21
6.1	Le conseguenze	23
7	La “prima vendita”	28
7.1	Le conseguenze	30
8	I diritti degli utenti	32
8.1	Le conseguenze	37
9	Confronto tra EUCD e DMCA	40
9.1	Reverse-engineering	40
9.1.1	Il caso Sklyarov	41

<i>INDICE</i>	2
9.2 La libertà di ricerca	42
9.2.1 Il caso Felten	43
9.3 La “clausola di rimozione”	44
9.3.1 Il caso bnetd	46
9.4 Altri casi	48
10 Conclusioni	49
11 Link utili	51
12 Ringraziamenti	52

1 Introduzione

Questo documento contiene un'analisi della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo data 22 maggio 2001 e riguardante «l'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione»; tale direttiva è oggi meglio conosciuta come *European Union Copyright Directive* (o con l'acronimo "EUCD" con il quale verrà sempre indicata in questo testo).

Verranno esaminati i passaggi più importanti, e illustrate le conseguenze legate ad una sua integrazione nelle legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea (integrazione che nella stessa EUCD è prevista entro il 22 dicembre 2002).

Una legislazione equilibrata nel campo della protezione del diritto d'autore dovrebbe arrivare ad una mediazione fra gli interessi dei due attori in gioco, ovvero il produttore e il consumatore; l'EUCD invece stabilisce un'enorme disparità di trattamento tra le parti, poichè prevede una serie di modifiche agli ordinamenti giuridici degli Stati membri della Comunità europea destinate esclusivamente ad ampliare le possibilità di sfruttamento economico delle opere ed aumentare gli strumenti legali a disposizione dei colossi dell'editoria e del software.

Questa condotta dell'EUCD non può che risolversi in una chiara posizione di forza degli editori (appoggiati da una normativa favorevole ed estremamente severa) nei confronti degli utenti (privi di garanzie altrettanto chiare a tutela dei propri diritti).

Nel dettaglio, i problemi principali dell'EUCD sono riassumibili in tre punti:

1. il riconoscimento e la rigida tutela legale per i dispositivi di controllo dell'accesso e della copia che proteggono il materiale digitale coperto da diritto d'autore (argomento affrontato nella sezione 4 di questo documento);
2. l'enorme ampliamento dei mezzi legali utilizzabili dai detentori dei diritti sulle opere per colpire e censurare le pubblicazioni su Internet (sezione 6);
3. l'abolizione della possibilità di poter rivendere o cedere il materiale digitale regolarmente acquisito, e l'ampliamento del controllo legale sulla comunicazione delle opere da parte di autori ed editori (sezione 7);

Cercheremo di chiarire come la linea seguita dall'EUCD sia basata sull'imposizione di forti ostacoli ad una serie di esercizi (quali la ricerca sulla crittografia, la libera diffusione di informazioni ed il libero sviluppo di software) considerati pericolosi in quanto *potenzialmente* in grado di agevolare delle violazioni al diritto d'autore. Le restrizioni vengono richieste a tutti gli Stati europei, senza tenere conto delle conseguenze negative a carico di attività oggi perfettamente lecite e necessarie per l'intera società. Da questa condotta derivano dei pericoli sia per i diritti degli utenti, che per i diritti civili più fondamentali: sono infatti messe in discussione la libertà di ricerca ed espressione (sezioni 5 e 6), la garanzia di utilizzo ragionevole di un'opera da parte degli utenti (sezioni 4.1 e 8), la possibilità di sviluppo di nuovo software, in particolare [software libero](#) (sezione 4.1), la futura accessibilità al sapere e la possibilità di conservazione di materiale con rilevanza storica e documentaristica (sezione 7.1), la garanzia di poter difendere i propri diritti in un tribunale (sezione 6). Per quest'ultimo aspetto, in particolare, vedremo come l'EUCD diventi estremamente dannosa se applicata assieme alle innovazioni previste da

un'altra direttiva, la 2000/31/CE sul commercio elettronico [4], che indebolisce enormemente la possibilità per gli utenti di poter difendere la propria libertà di espressione su Internet.

Infine, nonostante la direttiva venga dichiarata necessaria per il raggiungimento di una «armonizzazione del diritto d'autore», chiariremo come l'EUCD non porti alcuna nuova regolamentazione o garanzia nell'ambito dei diritti degli utenti (ovvero, nelle cosiddette “eccezioni al diritto d'autore”), ed anzi spesso introduca nuove incertezze o mantenga le differenze legislative tra i vari Paesi membri dell'Unione europea (sezione 8).

1.1 Struttura del documento

Questo documento sarà organizzato nel modo seguente:

1. nella sezione 3 verranno esaminate le motivazioni che hanno portato alla stesura dell'EUCD, con riferimenti al testo ed ai documenti correlati;
2. nelle sezioni 4, 5, 6, 7, e 8 verranno illustrate le riforme introdotte dalla direttiva e destinate a rivelarsi un pericolo per le libertà ed i diritti di utenti, ricercatori, sviluppatori di software. Nell'affrontare tali argomenti, ogni sezione conterrà una prima parte in cui verranno citati e commentati gli articoli rilevanti dell'EUCD, ed una seconda parte in cui verranno illustrate le conseguenze pratiche della loro entrata in vigore;
3. nella sezione 9 verranno esaminate le analogie tra EUCD e Digital Millennium Copyright Act (DMCA) [5], una legge attualmente in vigore negli Stati Uniti che incarna gli stessi principi e le stesse normative previste dall'EUCD. Verranno illustrati gli articoli del DMCA che presentano le più importanti attinenze con la direttiva europea, assieme ai casi reali in cui tali articoli hanno causato la lesione delle libertà di utenti, ricercatori e sviluppatori (sezioni 9.1.1, 9.2.1, 9.3.1, 9.4);
4. la sezione 10 conterrà le conclusioni finali.

Tutte le citazioni saranno tratte da documenti in lingua italiana, o saranno tradotte quando necessario.

2 Nota di copyright

Copyright © 2002 by Associazione Software Libero (<info@softwarelibero.it>). La copia letterale e la distribuzione di questo documento nella sua integrità sono permesse con qualsiasi mezzo, a condizione che questa nota sia riprodotta e che venga mantenuto il riferimento alla sua versione aggiornata (riportato in apertura accanto al titolo).

3 In apertura...

Come accennato nell'introduzione, l'EUCD nasce con lo scopo di uniformare ed aggiornare la legislazione sul diritto d'autore vigente negli Stati membri dell'Unione europea. Nei 61 punti (i "considerando") che aprono la direttiva ed illustrano le motivazioni alla base della sua creazione vengono sottolineati, in particolare:

- la necessità di evitare le differenze e le incertezze normative in materia di diritto d'autore che sussistono (o potrebbero sorgere) tra vari Paesi membri dell'Unione europea;
- la necessità di prepararsi alle "sfide" alla tutela del diritto d'autore che inevitabilmente nascono con l'avanzare del progresso tecnologico;
- la necessità di uniformare l'Unione europea ai trattati della [World Intellectual Property Organization](#) datati 1996, riguardanti il diritto d'autore [6] e le interpretazioni, le esecuzioni ed i fonogrammi [7].

L'adeguamento ai trattati WIPO è, peraltro, il motivo alla base della creazione del già citato Digital Millennium Copyright Act (DMCA)[5], la legge statunitense che incarna gli stessi principi e le stesse normative dell'EUCD (sezione 9).

Già dal punto 4 è possibile mettere in dubbio le motivazioni che hanno spinto alla stesura dell'EUCD:

- 4 Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro.

Come viene fatto notare nel commento dell'EUCD della Società degli archivisti britannica [8], questo punto viene fornito come un assunto, e non viene presentato nessun elemento che dimostri l'effettiva dannosità dell'attuale normativa europea (considerata "non armonizzata") sugli investimenti nell'ambito del diritto d'autore e della "proprietà intellettuale". Viste le novità legali introdotte dall'EUCD e le relative conseguenze (per lo più negative, come avremo modo di vedere), un solido numero di dati e riferimenti che giustificano l'introduzione della direttiva sarebbe stato certamente auspicabile.

Nel punto 5 della direttiva, inoltre, viene chiaramente illustrata la direzione che verrà intrapresa nel resto dell'EUCD per quanto riguarda l'evoluzione della legislazione sul diritto d'autore alla luce del progresso tecnologico:

- 5 Lo sviluppo tecnologico ha moltiplicato e diversificato i vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento. Anche se non sono necessari nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale, si dovrebbe adattare e integrare le normative attuali sul diritto d'autore e sui diritti connessi per rispondere adeguatamente alle realtà economiche, quali le nuove forme di sfruttamento.

Si può notare come in questo passaggio, oltre a limitare l'ambito della direttiva all'"adattamento ed integrazione" delle normative esistenti, si dichiara che «non sono necessari nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale». Questa affermazione appare una risposta indiretta (e negativa) alle numerose richieste di revisione completa della legislazione sul diritto d'autore, basate proprio su una rivalutazione alla luce dell'avvento dei nuovi media; il passaggio è stato evidentemente inserito nella direttiva allo scopo di escludere le critiche che contestano l'EUCD in quanto completamente basata su una applicazione di costrutti legali ritenuti antiquati e dannosi ¹.

Dall'esame del resto dei considerando che aprono l'EUCD e ne motivano la creazione è inoltre possibile rilevare come la direttiva ponga decisamente in primo piano la salvaguardia dell'interesse economico dei detentori dei diritti sulle opere (con una particolare predilezione per gli editori più che per i reali autori), e come la regolamentazione delle eccezioni al diritto d'autore (ovvero la tutela dei diritti degli utenti, da sempre il punto legalmente più caldo e complesso) sia trascurata e citata solamente in poche righe. L'interesse del pubblico e degli utenti viene considerato solamente in una dozzina di punti sui 61 totali (in dettaglio, i considerando 14, 31, 32, 34, 35, 38, 40, 42, 43, 44, 46, 51, 52). In tali punti, in generale, non si enunciano delle motivazioni o dei principi chiari, ma si prefigura la totale gestione delle eccezioni al diritto d'autore da parte dei singoli Stati membri, e si sostiene la risoluzione delle controversie tra

¹ Questo punto è decisamente importante, e merita una breve digressione. In tutti gli Stati il concetto di "diritto d'autore" (in alcune legislazioni rappresentato dall'analogo concetto di "copyright") nasce come costrutto legale che concede agli autori particolari privilegi e prerogative, giustificati dalla loro utilità come incentivo alla produzione di nuove opere e quindi dalla spinta fornita alla diffusione della cultura nell'intera società. Tali privilegi sono attualmente incarnati dal monopolio sulla riproduzione dei propri lavori d'intelletto, che permette agli autori di poter contrattare la pubblicazione con gli editori, e garantisce a questi ultimi una esclusiva in grado di incentivare l'investimento editoriale. La moderna legislazione sul diritto d'autore si sviluppò durante il 1600/1700, dopo l'avvento della stampa a caratteri mobili di Gutenberg, quando una limitazione alle riproduzioni di un libro poteva incoraggiare un editore alla pubblicazione (dato che limitava la concorrenza di altri editori). All'epoca, l'offerta di un monopolio sulla stampa non rappresentava, di fatto, un danno diretto per i lettori: essi non potevano permettersi la proprietà dei mezzi di stampa, e dunque copia e diffusione dei libri erano necessariamente limitate a ristretti canali editoriali. Pur essendo passibile di critiche e miglioramenti, questa legislazione sul diritto d'autore non era quindi percepibile come una reale limitazione (almeno per maggior parte delle persone), e favoriva l'aumento del numero di opere pubblicate: il compromesso rappresentato dalla legge (monopolio su una attività comunque accessibile a pochi come incentivo alla diffusione della cultura) era quindi positivo nell'ottica della tutela del pubblico interesse.

Il progresso tecnologico ha tuttavia modificato il contesto che rendeva accettabile tale legislazione: la possibilità di riprodurre opere in formato digitale è oggi disponibile a bassi costi per un ampio numero di persone, attraverso un semplice computer — dunque un monopolio sulla riproduzione limita direttamente una attività accessibile ad una gran parte della società, rivelandosi un impedimento artificioso alla diffusione delle opere al di fuori di angusti e predeterminati canali editoriali. Il "diritto d'autore" che originariamente poteva servire come incentivo agli autori ed alla diffusione della cultura viene quindi trasformato in un freno legale più orientato al preservamento di un monopolio editoriale che alla ricerca del massimo beneficio pubblico. Per questo motivo, da diversi fronti viene richiesta una profonda revisione dell'attuale legislazione sul diritto d'autore che tenga conto del mutamento delle condizioni che ne hanno favorito la definizione (ormai distanti 400 anni), e ne riveda i mezzi giuridici in modo che essi continuino a rappresentare un adeguato compromesso tra l'offerta di incentivi ad autori/editori e la tutela dell'interesse della collettività. Ulteriori approfondimenti su questo tema sono reperibili nei lavori di Richard Stallman [10], Georg Jakob [11] e Philippe Aigrain: [12]. Interessante anche l'articolo di Giancarlo Livraghi [13]. Una analisi storica della legislazione su diritto d'autore e copyright è invece reperibile nei lavori di Giovanni Ramello e Francesco Silva [14], e di Paul Edward Geller [15] (quest'ultimo articolo comprende anche alcuni commenti sul DMCA e sulla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico [4] che verrà citata più avanti, nella sezione 6).

utenti e detentori dei diritti attraverso una generica “mediazione” tra le parti. Inoltre viene incoraggiata una promozione delle non meglio definite “misure volontarie” che dovrebbero essere intraprese dai detentori dei diritti per la tutela degli utenti:

(46) Il ricorso alla mediazione potrebbe aiutare utenti e titolari dei diritti a risolvere le loro controversie. La Commissione dovrebbe, in cooperazione con gli Stati membri, nell’ambito del Comitato di contatto, effettuare uno studio volto a prevedere nuovi mezzi giuridici per la risoluzione delle controversie relative al diritto d’autore e i diritti connessi.

...

(51) ... Gli Stati membri dovrebbero promuovere l’adozione di misure volontarie da parte dei titolari, comprese la conclusione e l’attuazione di accordi fra i titolari e altre parti interessate, per tener conto, a norma della presente direttiva della realizzazione degli obiettivi di determinate eccezioni o limitazioni previste nella normativa nazionale. Se, trascorso un congruo lasso di tempo, tali misure o accordi volontari ancora mancassero, gli Stati membri dovrebbero prendere provvedimenti adeguati affinché i titolari forniscano ai beneficiari di tali eccezioni o limitazioni i mezzi necessari per fruirne, modificando una misura tecnologica già in atto o in altro modo. ...

(52) Nell’applicare un’eccezione o una limitazione per riproduzioni a uso privato conformemente all’articolo 5, paragrafo 2, lettera b), gli Stati membri dovrebbero analogamente promuovere l’adozione di misure volontarie per realizzare gli obiettivi di tali eccezioni o limitazioni. Qualora tali misure volontarie, finalizzate a rendere possibile la riproduzione a uso privato, non siano state adottate entro un periodo di tempo ragionevole, gli Stati membri possono adottare provvedimenti per consentire che i beneficiari delle eccezioni o limitazioni in questione ne fruiscano realmente. ...

Già da questi aspetti si può notare come la “certezza normativa” e l’“armonizzazione legislativa” citate in apertura e ricercate dall’EUCD siano riferite essenzialmente alla salvaguardia dei diritti di sfruttamento economico, e siano assai meno sviluppate (se non inesistenti) nell’ambito della tutela dei diritti degli utenti.

Nell’apertura dell’EUCD, inoltre, viene discusso il rapporto tra tale direttiva e quelle precedenti:

20 La presente direttiva si basa su principi e regole già definiti dalle direttive in vigore in tal campo, tra cui le direttive 91/250/CEE (5), 92/100/CEE (6), 93/83/CEE (7), 93/98/CEE (8) e 96/9/CE (9) e sviluppa detti principi e regole e li integra nella prospettiva della società dell’informazione. Le disposizioni della presente direttiva devono lasciare impregiudicate le disposizioni di dette direttive, salvo quanto diversamente previsto nella presente direttiva.

L’EUCD contiene quindi una sorta di “impegno formale” a non alterare l’effetto di tali direttive, pur lasciando aperta la strada a qualunque modifica.

Le direttive citate sono, nell’ordine:

- (5) Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (GU L 122 del 17.5.1991, pag. 42). Direttiva modificata dalla direttiva 93/98/CE [2].
- (6) Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale (GU L 346 del 27.11.1992, pag. 61). Direttiva modificata dalla direttiva 93/98/CE.
- (7) Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo (GU L 248 del 6.10.1993, pag. 15).
- (8) Direttiva 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi (GU L 290 del 24.11.1993 pag. 9).
- (9) Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (GU L 77 del 27.3.1996, pag. 20) [3].

Le direttive più pertinenti nell'ambito di questa discussione sono sicuramente la 91/250/CEE e la 96/9/CE: oltre a riguardare un campo prettamente informatico (trattando di programmi per elaboratore e basi di dati), entrambi i documenti contengono l'affermazione di alcuni diritti basilari per gli utenti, che non possono essere sacrificati in nome della tutela del diritto d'autore.

Tuttavia, nonostante ciò che viene affermato nel punto 20, nelle prossime sezioni di questo documento sarà facile notare come l'EUCD metta seriamente in discussione quanto sancito da tali direttive.

4 I limiti al diritto di decompilazione e di reverse-engineering del software ²

Il trattato WIPO sul diritto d'autore del 1996 (a cui, lo ricordiamo, l'EUCD mira ad adeguarsi) richiede una tutela legale per le "misure tecnologiche" che impediscono usi non autorizzati del materiale digitale coperto da diritti:

Article 11

Obligations concerning Technological Measures

Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law. ³

Tale richiesta viene soddisfatta in maniera estremamente rigida nell'articolo 6 dell'EUCD: vengono previste delle sanzioni per l'aggiramento delle suddette "misure tecnologiche" indipendentemente dallo scopo dell'elusione stessa (che potrebbe essere effettuata per agevolare un uso legittimo delle opere da parte dell'utente), e viene resa illegale la creazione e la distribuzione di qualunque strumento (hardware o software) in grado di agevolare l'operazione:

Articolo 6

Obblighi relativi alle misure tecnologiche

- 1 Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo.
- 2 Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che:
 - a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o
 - b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o

²La "decompilazione" di un programma consiste nella sua suddivisione in semplici istruzioni eseguibili dal computer, nel tentativo di comprenderne il funzionamento generale; il "reverse-engineering" (letteralmente, "ingegnerizzazione al contrario") invece consiste nello studio del comportamento del software e nell'analisi dei formati dei dati trasmessi o memorizzati da un programma, allo scopo di individuarne i principi di funzionamento

³*Articolo 11 — Impegni riguardanti le misure tecnologiche*

Le parti stipulanti forniranno adeguata protezione legale ed efficaci rimedi legali contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche che sono usate dagli autori in relazione all'esercizio dei propri diritti sotto questo trattato o la Convenzione di Berna e che limitano atti, riguardanti il loro lavoro, che non sono autorizzati dagli autori interessati o consentiti dalla legge

- c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche.

Occorre notare che questi passaggi da soli renderebbero l'EUCD apertamente in contraddizione con la direttiva 91/250/CEE sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, che garantisce agli utenti il diritto di poter studiare il funzionamento interno e di poter decompilare e modificare il software utilizzato, allo scopo di garantire l'interoperabilità con altre applicazioni. Le "efficaci misure tecnologiche," infatti, sono in genere delle semplici porzioni di programma per computer che si occupano di regolare l'utilizzo del materiale coperto da diritti — e come tali dovrebbero essere legalmente decompilabili.

Il testo dell'EUCD contiene alcuni passaggi che cercano di aggirare questa contraddizione. Tali passaggi sono esaminati nelle prossime righe. Chi non fosse interessato può passare direttamente alle conseguenze dell'applicazione dell'articolo 6, illustrate nella sezione 4.1.

I conflitti con la direttiva 91/250/CEE sui programmi per elaboratore

Come accennato, la direttiva 91/250/CEE sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore sancisce il diritto per gli utenti di poter studiare, decompilare e modificare il software utilizzato, in modo da garantire l'interoperabilità con altre applicazioni (incluse quelle sviluppate dagli utenti stessi). Nonostante vi siano alcune parziali (e talora discutibili) limitazioni a questo diritto (qui non trattate per brevità), la direttiva è chiara:

Articolo 4

Attività riservate

Fatte salve le disposizioni degli articoli 5 e 6, i diritti esclusivi del titolare, ai sensi dell'articolo 2, comprendono il diritto di effettuare o autorizzare:

...

- b) la traduzione, l'adattamento, l'adeguamento e ogni altra modifica di un programma per elaboratore e la riproduzione del programma che ne risulti, fatti salvi i diritti della persona che modifica il programma;

...

Articolo 5

Deroghe relative alle attività riservate

...

- 3 La persona che ha il diritto di utilizzare una copia di un programma può, senza chiederne l'autorizzazione al titolare del diritto, osservare, studiare o sperimentare il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee e i principi su cui è basato ogni elemento del programma, quando essa effettua le operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che ha il diritto di effettuare.

*Articolo 6**Decompilazione*

- 1 Per gli atti di riproduzione del codice e di traduzione della sua forma ai sensi dell'articolo 4, lettere a) e b), non è necessaria l'autorizzazione del titolare dei diritti qualora l'esecuzione di tali atti al fine di modificare la forma del codice sia indispensabile per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità con altri programmi di un programma per elaboratore creato autonomamente . . .

...

*Articolo 7**Misure speciali di tutela*

- 1 Fatte salve le disposizioni degli articoli 4, 5 e 6, gli Stati membri stabiliscono, conformemente alle legislazioni nazionali, appropriate misure nei confronti della persona che compie uno degli atti elencati alle seguenti lettere a), b) e c):

...

- c) ogni atto di messa in circolazione, o la detenzione a scopo commerciale, di qualsiasi mezzo unicamente inteso a facilitare la rimozione non autorizzata o l'elusione di dispositivi tecnici eventualmente applicati a protezione di un programma.

Come si può notare, le sanzioni dell'articolo 7 sono definite solamente dopo aver stabilito dei diritti per gli autori e degli analoghi diritti per gli utenti che devono essere garantiti da *tutti* gli Stati membri dell'Unione europea. Questa politica non è certamente condivisa dall'EUCD, che si limita ad introdurre nuove sanzioni per l'utente senza stabilire o chiarificare alcun diritto.

Il punto fondamentale è comunque semplice: poiché le "misure tecnologiche" citate dall'EUCD in genere non sono altro che porzioni di programmi per elaboratore, esse dovrebbero essere legalmente analizzabili e decompilabili dagli utenti in base alle regole stabilite dalla direttiva 91/250/CEE — cosa che l'EUCD dichiara illegale.

La contraddizione viene aggirata in pochi righe. La netta affermazione del diritto al reverse-engineering della direttiva sui programmi per elaboratore viene citata anche nell'apertura dell'EUCD:

- (50) Una protezione giuridica armonizzata [come è considerata l'EUCD, n.d.r.] lascia impregiudicate le disposizioni specifiche di protezione previste dalla direttiva 91/250/CEE. In particolare essa non si dovrebbe applicare alla tutela delle misure tecnologiche usate in relazione ai programmi per elaboratore, disciplinata esclusivamente da detta direttiva. Non dovrebbe inoltre ostacolare né impedire lo sviluppo o l'utilizzo di qualsiasi mezzo atto a eludere una misura tecnologica se necessario per l'esecuzione degli atti da compiere ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, e dell'articolo 6 della direttiva 91/250/CEE. Gli articoli 5 e 6 di tale direttiva si limitano a stabilire le eccezioni ai diritti esclusivi applicabili ai programmi per elaboratore.

Nonostante questo passaggio possa suggerire che l'EUCD non alteri quanto sancito da tale direttiva, in realtà esso fornisce un primo indizio su quanto verrà stabilito nel resto del documento: in queste righe si può infatti leggere che la direttiva 91/250/CEE è valida *solamente* per quanto riguarda le “misure tecnologiche” a protezione del diritto d'autore *applicate al software* (per esempio, nel caso di una “misura tecnologica” che impedisca la copia di un programma per computer). L'EUCD semplicemente ribadisce che questo tipo di “misura tecnologica” può essere legittimamente elusa, ma solo se tale operazione è necessaria per poter usufruire del diritto alla decompilazione di un programma per elaboratore (nei termini della direttiva 91/250/CEE).

Ma allora ci si deve domandare che cosa accada quando le porzioni di programma che implementano le “misure tecnologiche” siano poste a protezione di altro materiale diverso dai programmi per computer, e quindi non tutelato dalla direttiva 91/250/CEE — per esempio, nel caso dei sistemi che impediscono la copia o l'accesso ad un libro in formato digitale (e-book).

La risposta si trova nella definizione di “misura tecnologica” dell'articolo 6 dell'EUCD:

Articolo 6

Obblighi relativi alle misure tecnologiche

...

- 3 Ai fini della presente direttiva, per “misure tecnologiche” si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto sui generis previsto al capitolo III della direttiva 96/9/CE. Le misure tecnologiche sono considerate “efficaci” nel caso in cui l'uso dell'opera o di altro materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un controllo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o di altro materiale protetto, o di un meccanismo di controllo delle copie, che realizza l'obiettivo di protezione.

Qui il concetto di “(efficace) misura tecnologica” viene allontanato dal concetto di “software” e da quanto sancito dalla direttiva 91/250/CEE, per essere ridefinito in un modo molto più generale e vago (che comprenda anche i dispositivi hardware) ed in funzione di un'altra direttiva (la 96/9/CE sulle basi di dati) che *non* si occupa di software. Il capitolo III di tale direttiva, a cui l'EUCD fa riferimento, recita:

CAPITOLO III - DIRITTO «SUI GENERIS»

Articolo 7

Oggetto della tutela

- 1 Gli Stati membri attribuiscono al costituente di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo.

Attraverso questi passaggi diventa possibile instaurare una insuperabile limitazione legale che rende intoccabili le cosiddette “efficaci misure tecnologiche”, in qualunque modo esse siano implementate, e nonostante le evidenti limitazioni ai diritti per gli utenti sanciti dalla direttiva 91/250/CEE.

4.1 Le conseguenze

In sintesi, l’EUCD stabilisce che qualunque dispositivo o programma per elaboratore che si occupi di “vietare le operazioni di estrazione e/o reimpiego” di una “parte sostanziale” di una banca di dati non rientra nel diritto dell’utente allo studio ed al reverse-engineering, e che la sua decompilazione, modifica o aggiramento è illegale in qualunque caso. Anche gli strumenti in grado di agevolare tali operazioni sono considerati illegali.

Più in generale, l’EUCD rende illegale lo studio e la reimplementazione di qualsiasi programma che gestisca un *qualsiasi* formato dati o protocollo, se tale formato o protocollo comprende delle misure di protezione di qualunque tipo. Infatti, la creazione di un nuovo programma che gestisca lo stesso formato dati implica necessariamente l’aggiramento delle misure di protezione presenti nel programma “originario”: con lo sviluppo del nuovo applicativo diventerebbe possibile accedere ai dati senza eseguire le porzioni del software “originali” che regolavano l’utilizzo del formato stesso.

Per esempio, diventerebbe illecito studiare e reimplementare il funzionamento di un programma per la lettura degli e-book (i quali rappresentano delle basi di dati, seppur ridotte a pochi elementi), se il programma “originale” si occupa di regolare la copia o l’accesso ai contenuti, e se il formato di e-book gestito dall’applicazione è protetto da una qualsiasi cifratura o distorsione, anche molto semplice. Lo studio e la reimplementazione diventerebbero punibili, indipendentemente dalla presenza di una *reale* violazione del diritto d’autore (quale potrebbe essere, per esempio, la distribuzione illecita di materiale ottenuto attraverso l’aggiramento delle “misure tecnologiche” contenute nel programma).

Questo genere di divieto si risolve nella creazione di un regime legale in grado di favorire la creazione di monopoli sui formati dei dati (cosa che peraltro la direttiva 91/250/CEE cercava di evitare, garantendo il diritto alla decompilazione per favorire l’interoperabilità).

Si supponga, per esempio, che una software house crei un formato proprietario per la memorizzazione o la trasmissione dei dati, comprendente una qualsiasi (seppur blanda) “efficace misura tecnologica” che limiti in qualche modo la lettura o la copia dei dati stessi: per esempio, il formato potrebbe prevedere una protezione mediante password o un controllo su chi accede ai contenuti, assieme una distorsione dei dati anche molto semplice, come lo scambio delle lettere del testo ⁴.

In un caso come questo, l’EUCD renderebbe illecita la decompilazione del programma “originale”, lo studio del formato tramite reverse-engineering, e la creazione e pubblicazione di applicativi che, indipendentemente dalla software house originaria, siano in grado di gestire il

⁴Per quanto possa sembrare incredibile, delle “efficaci misure tecnologiche” basate sul banale scambio delle lettere (o su accorgimenti poco più sofisticati) esistono realmente, e vengono utilizzate per la “protezione” degli e-book. L’aggiramento di queste “misure tecnologiche” ha causato l’incarcerazione di un programmatore e ricercatore russo, accusato di aver violato la legge statunitense affine all’EUCD — ovvero il DMCA [5]. L’argomento verrà trattato nella sezione 9.1.1. Qualche dettaglio sulle debolezze di questi triviali sistemi di protezione e sulle paradossali e preoccupanti conseguenze del loro aggiramento è illustrato nell’articolo di Bruce Perens in [17].

formato stesso. Il risultato sarebbe una completa dipendenza di tutti gli utenti da un solo produttore di software: esso sarebbe l'unico legalmente autorizzato a produrre programmi in grado di accedere ai dati memorizzati o trasferiti usando il formato dati da esso sviluppato.

Già adesso si verifica continuamente la difficoltà ad accedere ai propri dati memorizzati, quando si utilizzano programmi differenti rispetto a quelli utilizzati originariamente; l'EUCD complica ulteriormente la situazione imponendo uno sbarramento legale alla possibilità di studio e reimplementazione — e questo rappresenta, come già detto, un vero e proprio monopolio legale sui formati e sui protocolli di trasmissione dei dati, in grado di impedire qualunque interoperabilità tra i programmi di diversi produttori.

4.1.1 Il caso dei DVD

Questa ipotesi di monopolio legale, tutt'altro che remota, troverebbe immediata applicazione nel caso dei film in DVD: essi sono criptati con un algoritmo (CSS, Content Scrambling System) che può essere decifrato solamente mediante l'uso di opportune chiavi numeriche di decodifica. Tali chiavi sono possedute dai promotori del sistema CSS, e sono fornite solamente alle aziende produttrici di player DVD che si impegnano a rispettare, per esempio, il "DVD zoning" (un semplice codice numerico inciso sul DVD, che varia in base alle zone geografiche del pianeta): gli applicativi prodotti devono impedire agli utenti di guardare in Europa la copia di un film acquistata in Giappone o negli USA [18].

In base all'articolo 6 dell'EUCD, un utente che cercasse di aggirare questa limitazione per poter guardare liberamente un film contenuto in un DVD regolarmente acquistato in un altro Paese diventerebbe legalmente perseguibile; egli sarebbe costretto ad affidarsi solamente ai programmi "autorizzati" a visualizzare i film in DVD, ed a sottostare alle condizioni da essi imposte. Parallelamente, qualunque programmatore cercasse di creare un player DVD "non autorizzato" rischierebbe il carcere. Cosa ancora più paradossale, queste attività diventerebbero punibili anche in assenza di *reali* violazioni del diritto d'autore ad esse associate: il responsabile dell'elusione verrebbe punito in ogni caso, anche se egli non avesse mai distribuito del materiale ottenuto attraverso l'elusione stessa. Tale scenario è già oggi realtà in alcuni Paesi (specie negli USA in cui è in vigore il DMCA, vedi sezione 9), e si estenderebbe a tutta l'Europa con l'entrata in vigore dell'EUCD.

4.1.2 Le conseguenze sul software libero

L'articolo 6 dell'EUCD finirebbe inoltre per porre forti restrizioni alla creazione di [software libero](#) che sia in grado di interoperare con sistemi non liberi. Lo sviluppo di programmi liberi interoperanti, infatti, ha da sempre usufruito della possibilità di reverse-engineering per poter garantire una compatibilità con i formati ed i sistemi operativi proprietari più diffusi — e d'altronde il diritto di reverse-engineering previsto dalla direttiva 91/250/CE mirava proprio a garantire questa possibilità a qualunque sviluppatore. A questo proposito si possono fare gli esempi del progetto [Samba](#), che permette di integrare nelle reti Microsoft™ dei sistemi operativi differenti da Microsoft Windows™, o del progetto [Jabber](#)™, che offre un protocollo libero di messaggistica istantanea in grado di essere interfacciato ai più noti sistemi di instant-messaging proprietari (per esempio ICQ™, MSN Messenger™, Yahoo! Messenger™).

Le limitazioni imposte dall'articolo 6 dell'EUCD potrebbero rendere impossibile lo sviluppo di questo genere di applicazioni: l'azienda creatrice di un certo formato potrebbe accusare gli sviluppatori da essa indipendenti di avere violato delle "misure tecnologiche" proprie del formato stesso — e come già visto la definizione di "misura tecnologica" contenuta nell'EUCD è estremamente ampia e vaga. Questi non possono che essere degli ostacoli insormontabili alla libertà di produrre software interoperante, in particolare se libero — cosa che si traduce nell'annullamento della possibilità per gli utenti di poter scegliere quale software utilizzare per la gestione dei propri dati.

5 I limiti alla libertà di ricerca ed espressione

Oltre ad introdurre degli impedimenti alla possibilità di sviluppo di software libero e non, il riconoscimento e la severa tutela legale delle “misure tecnologiche” a protezione del diritto d’autore (vedi sezione 4) pongono dei seri ostacoli alla libertà di espressione e di ricerca scientifica, specialmente nei campi della crittografia e della sicurezza informatica: come vedremo in questa sezione, viene impedita la libera circolazione di informazioni riguardanti tecniche, sperimentazioni o falle (bug) che possano in qualunque modo riguardare le suddette “misure tecnologiche”.

In apertura, l’EUCD accenna al fatto che la libertà di ricerca in campo crittografico dovrebbe essere tutelata, evitando che i divieti imposti dall’articolo 6 possano rivelarsi dannosi:

- (48) Una siffatta protezione giuridica dovrebbe essere accordata alle misure tecnologiche che limitano in modo efficace atti non autorizzati dai titolari del diritto d’autore, dei diritti connessi o del diritto sui generis sulle banche dati, senza tuttavia impedire il normale funzionamento delle attrezzature elettroniche ed il loro sviluppo tecnologico. Tale protezione giuridica non implica alcuna obbligazione di adeguare i dispositivi, i prodotti, le componenti o i servizi a tali misure tecnologiche, purché detti dispositivi, prodotti, componenti o servizi non rientrino nel divieto di cui all’articolo 6. Tale protezione giuridica dovrebbe rispettare il principio della proporzionalità e non dovrebbe vietare i dispositivi o le attività che hanno una finalità commerciale significativa o un’utilizzazione diversa dall’elusione della protezione tecnica. Segnatamente, questa protezione non dovrebbe costituire un ostacolo alla ricerca sulla crittografia.

Il resto della direttiva, tuttavia, non contiene alcun riferimento né regolamentazione che possa scongiurare le interferenze tra il divieto di elusione delle “misure tecnologiche” e la libertà di ricerca sulla crittografia. Al contrario, la forma dell’articolo 6 pone insormontabili problemi in tal senso:

Articolo 6

Obblighi relativi alle misure tecnologiche

...

- 2 Gli Stati membri prevedono un’adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l’importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che:
- a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o
 - b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o
 - c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l’elusione di efficaci misure tecnologiche.

5.1 Le conseguenze

Gli studi sulla crittografia consistono essenzialmente nello sviluppo di nuovi sistemi di cifratura, e nella ricerca di nuovi metodi in grado di decifrare o aggirare quelli esistenti. Si tratta di uno specifico settore della scienza, identificato dal termine “crittologia,” che comprende una intera branca (la crittoanalisi) incentrata sullo studio dei sistemi di elusione degli algoritmi crittografici. Questa materia di studio non può avere una “finalità o uso commercialmente rilevante” diverso dalla ricerca e sviluppo di tecniche di elusione: tale ricerca costituisce il cuore della stessa materia di studio.

La maggior parte delle “misure tecnologiche” che regolano l’accesso a materiale digitale è implementata attraverso sistemi crittografici più o meno affidabili (come il già citato caso del DVD, vedi la sezione 4.1.1). Un lavoro crittoanalitico di studio e ricerca su tali algoritmi dovrebbe essere necessariamente finalizzato all’elusione — cosa che l’EUCD dichiara illegale. Le limitazioni imposte dall’articolo 6 diventano quindi evidenti ed inevitabili: impedire per legge lo studio dei sistemi di elusione significa di fatto bloccare la ricerca sulla crittografia, poiché qualunque progresso nella materia finirebbe per rappresentare una “facilitazione” all’aggiramento di “efficaci misure tecnologiche”.

Con lo stesso principio verrebbero bloccate tutte le attività di ricerca relative alla sicurezza informatica, che come la crittoanalisi sono basate sullo studio e superamento degli attuali sistemi di protezione. Il funzionamento di queste materie di studio è chiaramente illustrato da Bruce Schneier, nel suo intervento nella causa RIAA vs. Felten [29] (l’argomento è trattato nella sezione 9.2.1):

- 9 Unlike many academic disciplines, security is inherently adversarial. Researchers who invent security systems are always competing with those who break security systems. Due to the nature of how security works, it is impossible to categorically state that a security system is secure. It may be secure against all known attacks, but there is no guarantee that a successful attack will not be invented tomorrow. Despite not being able to prove security, it is quite possible to definitively show insecurity, by explaining how to break a system, or by publicly demonstrating one’s ability to do so. Since the presence of a negative result (break-in) shows that a security system is insecure, security can only be demonstrated by the lack of such results ⁵.

Con l’applicazione dell’EUCD, lo studio e l’analisi della resistenza alla compromissione di un sistema informatico diventerebbero illegali, poiché potrebbero agevolare l’aggiramento di “misure tecnologiche” a difesa del diritto d’autore implementate con strumenti insicuri o obsoleti. La diretta conseguenza di queste restrizioni sarebbe che, invece di avvenire alla luce del sole ed essere utile per tutto l’ambiente informatico come accade attualmente, lo studio dei

⁵A differenza di molte discipline accademiche, la sicurezza (informatica, n.d.t.) è intrinsecamente antagonista: i ricercatori che inventano sistemi di sicurezza sono sempre in competizione con quelli che infrangono sistemi di sicurezza. A causa della natura del funzionamento della sicurezza, è impossibile stabilire categoricamente che un sistema di sicurezza sia sicuro: esso potrebbe essere sicuro contro tutti gli attacchi conosciuti, ma non c’è garanzia che un attacco efficace non possa essere inventato domani. Nonostante non sia possibile provare la sicurezza, è sicuramente possibile dimostrare l’insicurezza, spiegando come infrangere un sistema, o dimostrando pubblicamente la propria abilità nel farlo. Dato che la presenza di un risultato negativo (break-in) dimostra che un sistema di sicurezza è insicuro, la sicurezza può essere dimostrata solamente dalla mancanza di tali risultati.

problemi di sicurezza del software diventerebbe uno argomento sviluppato “sotterraneamente” e segretamente, utile solamente per le attività illegali che l’EUCD tenta di ostacolare.

Queste limitazioni alla libertà di ricerca derivano direttamente dall’approccio dell’EUCD, che nel caso delle “misure tecnologiche” rende illegale l’elusione “in sè”, indipendentemente dal fine per cui essa è svolta. Una legislazione equilibrata dovrebbe prevedere delle sanzioni per le *effettive* violazioni del diritto d’autore, e non per qualunque mezzo o azione *potenzialmente* in grado di agevolarle.

Inoltre, l’ambito dei divieti del succitato articolo 6 dell’EUCD comprende una espressione («prestazione di servizi . . . con la finalità di rendere possibile o di facilitare l’elusione di efficaci misure tecnologiche») che resta indefinita in tutto il corpo della direttiva. Da una lettura globale dell’EUCD e dal suo ambito di applicazione si può presumere che come “prestazione di servizi” si intendano per lo meno i “servizi della società dell’informazione” definiti in varie direttive (tra cui la 2000/31/CE [4] che citeremo più avanti) — ovvero «qualsiasi servizio prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione . . . e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». È tuttavia difficile giungere ad un ulteriore approfondimento e chiarimento riguardo l’ambito dei “servizi”, che restano generici.

Al di là delle ambiguità interpretative, l’EUCD rende sicuramente illecita la descrizione di un procedimento di elusione, o l’offerta di informazioni che possano facilitare tale operazione, attraverso Internet. Una interpretazione più vasta dell’articolo 6 (resa valida dalla genericità dei termini utilizzati) renderebbe inoltre illegale *qualunque* tipo di diffusione di informazioni, tramite qualunque mezzo, che possa essere in grado di agevolare l’elusione di una “efficace misura tecnologica”: infatti la diffusione di notizie in generale (per esempio mediante seminari, convegni, stampa...) rappresenta necessariamente l’offerta di un “servizio”.

Questo tipo di limitazione colpisce nuovamente la possibilità di ricerca sulla crittografia e sulla sicurezza informatica: il processo che spinge all’aumento della sicurezza dei programmi, dei dati e dei servizi, oggi basato sulla libera diffusione e condivisione di dati e notizie, verrebbe di fatto bloccato, a causa del rischio che una informazione su una falla di un programma possa in qualche modo agevolare l’elusione di una qualsiasi “misura tecnologica”. La circolazione di informazioni su crittografia e sicurezza è stata fino ad ora pratica comune su mailing-list, newsgroup, siti web ecc. da parte di ricercatori, studiosi, sperimentatori, sviluppatori o semplici appassionati impegnati in attività accademiche o hobbistiche, e rappresenta un efficacissimo strumento di confronto e avanzamento di consocenze in campo informatico.

Anche la produzione di software libero subirebbe delle conseguenze negative, dato che la libertà di comunicazione e collaborazione in materia di sicurezza informatica è stata fino ad oggi fondamentale per il suo sviluppo.

Inoltre, la censura delle informazioni si ripercuoterebbe necessariamente sulle garanzie per gli utenti: impedendo la diffusione di dati riguardanti i problemi di sicurezza del software si rimuoverebbe la spinta al suo miglioramento, con grande vantaggio delle aziende non più costrette alla correzione dei problemi dei propri programmi. Invece di essere ampiamente documentati ed analizzati come avviene attualmente, i difetti dei programmi sul mercato diventerebbero semplicemente sconosciuti per la maggioranza delle persone.

Infine, il punto più importante: le limitazioni alla diffusione di informazioni non possono che costituire una restrizione alla libertà di espressione. L’EUCD prevede che notizie o dati che *potrebbero* agevolare un comportamento ritenuto illegale vengano di fatto censurati, e che

chiunque li diffonda venga punito. Questo renderebbe perseguibile, per esempio, l'autore di un articolo che critichi la condotta di una azienda produttrice di software elencando i problemi di sicurezza dei programmi prodotti: tali informazioni *potrebbero* infatti agevolare l'aggiramento delle "efficaci misure tecnologiche" implementate nei programmi stessi. Oppure diventerebbe perseguibile chiunque fornisca qualunque istruzione sull'aggiramento di una "misura tecnologica" ritenuta lesiva dei diritti degli utenti (si veda l'esempio dei DVD nella sezione 4.1.1). In tutti questi casi, i "colpevoli" verrebbero puniti anche se essi non avessero mai compiuto una *effettiva* violazione dei diritti d'autore su una qualsiasi opera.

Lo scenario diventa ancora più inquietante se si considera che, oltre a permettere questo tipo di intimidazione legale, le norme dell'EUCD finora illustrate possono essere utilizzate dai colossi dell'editoria o del software per censurare articoli e documenti considerati "scomodi," attraverso una semplice comunicazione privata, e senza neppure dover richiedere l'intervento di un tribunale. Questo argomento verrà affrontato nella sezione 6.

Queste conseguenze della messa in pratica dell'EUCD derivano dalla linea intrapresa nella stesura della direttiva, che come già detto prevede la restrizione di attività oggi perfettamente lecite e considerate diritti basilari, solo sulla base di alcune loro *possibili* conseguenze. Un principio di questo tipo applicato alla regolamentazione della libertà di parola e stampa non può che essere in conflitto con i più elementari diritti civili: è ben difficile immaginare un qualsiasi tipo di informazione che non possa essere potenzialmente sfruttata per agevolare delle pratiche ritenute illecite, e l'EUCD prevede che tale ipotesi venga legalmente utilizzata come strumento di censura.

6 Le possibilità di rimozione dei siti Internet e la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico

Tra le norme create per agevolare gli investimenti nel mercato del diritto d'autore, l'EUCD prevede la concessione di nuove possibilità di azione legale contro la violazione dei diritti sulle opere.

Nei considerando introduttivi, l'EUCD recita:

- (58) Gli Stati membri dovrebbero prevedere mezzi di ricorso e sanzioni efficaci contro le violazioni dei diritti e degli obblighi sanciti nella presente direttiva. Dovrebbero adottare tutte le misure necessarie a garantire l'utilizzazione dei mezzi di ricorso e l'applicazione delle sanzioni. Le sanzioni dovrebbero essere efficaci, proporzionate e dissuasive e includere la possibilità del risarcimento e/o di un provvedimento ingiuntivo e, se necessario, di procedere al sequestro del materiale all'origine della violazione.
- (59) In particolare in ambito digitale, i servizi degli intermediari possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite. In molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti. Questa possibilità dovrebbe essere disponibile anche ove gli atti svolti dall'intermediario siano soggetti a eccezione ai sensi dell'articolo 5. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento ingiuntivo dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri.

Queste linee di condotta sono poi formalizzate nell'articolo 8:

Articolo 8

Sanzioni e mezzi di ricorso

...

- 3 Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi.

Quest'ultimo paragrafo dell'EUCD si lega direttamente a quanto introdotto da un'altra direttiva europea che diventa estremamente importante in questo contesto: la direttiva 2000/31/CE riguardante «taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico» [4]. Il considerando 16 dell'EUCD infatti recita:

- (16) La responsabilità per le attività in rete riguarda, oltre al diritto d'autore e ai diritti connessi, una serie di altri ambiti, come la diffamazione, la pubblicità menzognera o il mancato rispetto dei marchi depositati, ed è trattata in modo orizzontale nella direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico)(4) che chiarisce ed armonizza vari

aspetti giuridici riguardanti i servizi della società dell'informazione, compresi quelli riguardanti il commercio elettronico. La presente direttiva dovrebbe essere attuata in tempi analoghi a quelli previsti per l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, in quanto tale direttiva fornisce un quadro armonizzato di principi e regole che riguardano tra l'altro alcune parti importanti della presente direttiva. Questa direttiva lascia impregiudicate le regole relative alla responsabilità della direttiva suddetta.

La direttiva 2000/31/CE, come l'EUCD, prevede l'introduzione di alcune nuove norme che, perseguendo l'obiettivo di tutelare forti interessi economici, finiscono per danneggiare i diritti e le libertà dei comuni utenti della rete Internet.

In particolare, gli articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE rendono gli "intermediari" che offrono servizi di accesso alle informazioni su Internet (per esempio gli Internet Service Provider, ISP, ma non solo) responsabili dei contenuti pubblicati dagli utenti, costringendoli di fatto alla rimozione delle pagine di questi ultimi non appena fosse segnalata una qualsiasi presunta illegalità (inclusa una possibile violazione del diritto d'autore):

Articolo 12

Semplice trasporto (mere conduit)

- 1 Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli:
 - a) non dia origine alla trasmissione;
 - b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e
 - c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

...

Articolo 13

Memorizzazione temporanea detta caching

- 1 Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli:
 - a) non modifichi le informazioni;...
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.

...

Articolo 14
Hosting

- 1 Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:
- a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o
 - b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

...

Occorre notare che questi ultimi articoli richiedono che l'ISP (o chiunque fornisca servizi di accesso alle informazioni su Internet) rimuova i contenuti pubblicati dagli utenti “non appena al corrente” di un (presunto) illecito. Non è previsto che la segnalazione di illecito (e la richiesta di rimozione) provenga necessariamente da un tribunale (come accade attualmente): essa potrebbe giungere da qualunque fonte più o meno attendibile, ed un ISP potrebbe essere incriminato per non aver «agito immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso».

L'articolo 8, paragrafo 3 dell'EUCD e agli articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico incarnano, di fatto, la cosiddetta “clausola di rimozione” (“takedown clause”) dal nome dell'analogia norma presente nel DMCA (si veda la sezione 9): essi permettono ai detentori dei diritti sulle opere di prendere provvedimenti legali non solo contro chi diffonde illecitamente del materiale attraverso Internet, ma anche contro gli “intermediari” che forniscono i mezzi per la pubblicazione e la diffusione di informazioni. La maggiore responsabilità legale di questi soggetti diventa quindi utilizzabile come mezzo intimidatorio per ottenere il rapido oscuramento dei siti Internet — tanto che nei considerando introduttivi dell'EUCD citati poco sopra si dichiara esplicitamente che tale norma è stata voluta proprio per facilitare la rimozione delle pagine Web contenenti materiale considerato lesivo del diritto d'autore.

6.1 Le conseguenze

Il primo punto notevole di queste norme dell'EUCD e della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico è senza dubbio lo spirito per lo meno discutibile: in sintesi gli ISP (e, più in generale, coloro che offrono servizi di accesso alle informazioni su Internet) vengono resi responsabili dei contenuti pubblicati degli utenti, qualora si rifiutino di rimuoverli non appena a conoscenza della loro “manifesta illegalità”. Non viene tuttavia spiegato come valutare in quali casi l'illegalità sia “manifesta,” o da chi debba provenire la segnalazione che rende “al corrente dei fatti.” La mancanza di dettagli per la procedura di “notifica e rimozione” (“notice and takedown”) lascia ampio spazio all'incertezza legale, alle differenze legislative tra i vari Paesi ed alla possibilità

che un ISP venga perseguito legalmente per una pubblicazione non sua, essendosi rifiutato di censurare uno o più siti su richiesta di terzi.

La spinta che ha portato alla stesura di una simile norma ed all'aumento della perseguibilità legale dei fornitori di servizi su Internet è sicuramente l'interesse economico dei detentori dei diritti sulle opere, alla ricerca di nuovi mezzi di indennizzo di fronte all'enorme aumento di violazioni al diritto d'autore (specialmente attraverso la rete) favorite dal progresso tecnologico e dall'evoluzione dei sistemi di comunicazione digitale. Attualmente, infatti, la maggior parte delle violazioni avviene per opera di semplici privati e senza alcun fine di lucro (si pensi ai sistemi di condivisione di file MP3, come Napster) — e dunque il costo delle cause legali necessarie per perseguire ogni attività di copia illecita sarebbe incalcolabile e probabilmente non ripagato dal denaro effettivamente ottenibile come indennizzo in caso di vittoria. L'articolo 8 dell'EUCD e le norme della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, tuttavia, permettono ad autori/editori di procedere legalmente, per esempio, anche contro gli ISP che offrono l'accesso ad Internet, o contro i gestori di servizi usati da terzi per attività lesive del diritto d'autore. Poiché tali fornitori di servizi sono numericamente assai inferiori rispetto agli utenti teoricamente denunciabili, e sono generalmente dotati di risorse finanziarie sufficienti a fornire un indennizzo adeguato in caso di vittoria in tribunale, questa legge non può che essere un vantaggio per i detentori dei diritti sulle opere.

Il risultato di questa condotta dell'EUCD e della direttiva 2000/31/CE è chiaramente sintetizzato in un articolo pubblicato dalla [Associazione per la libertà nella comunicazione elettronica interattiva](#) (ALCEI) [19]:

Dietro le formule ... contenute nelle direttive europee 2000/31/CE e 2001/29/CE ... si nasconde il pericoloso mutamento dei principi giuridici sulla responsabilità dell'internet provider e, più in generale, dei fornitori di servizi internet. Il provider viene, di fatto, trasformato in un giudice-poliziotto, che per evitare di essere chiamato a rispondere in prima persona del comportamento illecito degli utenti, sarà costretto ad esercitare censure, filtraggi e controlli più o meno palesi su quanto accade nei propri server. E questo quando oramai, almeno in Italia, sembrava un dato acquisito (anche dalla giurisprudenza) che l'unica responsabilità ipotizzabile a carico del provider fosse quella fondata sul concorso nell'illecito (per concorso, lo ricordiamo a chi non fosse un esperto del diritto, si intende la partecipazione attiva nella commissione di un reato).

La “clausola di rimozione” implica dunque delle conseguenze assai preoccupanti per quanto riguarda la libertà di espressione su Internet. L'articolo 8 dell'EUCD e gli articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE, una volta integrati nelle legislazioni degli Stati dell'Unione europea, potrebbero permettere ai detentori dei diritti sulle opere (e non solo) di far oscurare del materiale “scomodo” ma non necessariamente illegale senza passare per un tribunale, e senza che la persona responsabile della pubblicazione sia in grado di far valere le proprie ragioni per evitare la censura. Il numero di accuse utilizzabili per giustificare la richiesta di oscuramento di siti non graditi è estremamente ampio, e, come riportato nel già citato considerando 16, comprende la presunta diffamazione, la presunta violazione del diritto d'autore o di marchi registrati, la presunta pubblicità menzognera.

Si supponga, per esempio, che un utente pubblici del materiale satirico/parodistico sul proprio sito Internet ospitato da un ISP (ricordiamo che la citazione a scopo di parodia rientra tra le

eccezioni al diritto d'autore — ovvero, tra i diritti degli utenti). In condizioni normali, il detentore dei diritti che si ritenga danneggiato dalla pubblicazione dovrebbe procedere direttamente contro l'utente, il quale avrebbe la garanzia di vedere il suo caso esaminato da un tribunale che giudichi l'effettiva punibilità delle sue azioni. Solo dopo questo esame il materiale incriminato potrebbe essere eventualmente rimosso da Internet.

L'EUCD e la direttiva 2000/31/CE, tuttavia, stabiliscono che anche gli ISP sono responsabili dei contenuti delle pubblicazioni dell'utente. Questo implica che, con una semplice telefonata, i detentori dei diritti sul materiale oggetto di parodia potrebbero richiedere all'ISP di rendere inaccessibili le pagine Web di uno o più utenti, minacciando azioni legali in caso di rifiuto; a questo punto l'ISP, poco interessato ai contenuti pubblicati, posto di fronte al rischio di una causa contro un colosso dell'editoria potrebbe decidere di provvedere immediatamente alla censura. In tal modo il detentore dei diritti avrebbe ottenuto il suo scopo (la rimozione almeno temporanea del sito) senza alcun passaggio in tribunale, mentre chi ha pubblicato il materiale si ritroverebbe privato della libertà di espressione, e con ben pochi mezzi legali a tutela dei propri diritti — anche perché il contratto stipulato con l'ISP, in genere, non esclude la possibilità di rimozione del sito in caso di lamentele.

L'EUCD e direttiva 2000/31/CE potrebbero essere quindi utilizzate come strumento di censura anche in situazioni in cui un procedimento legale teso a limitare la libertà di espressione avrebbe ben poche possibilità di successo. A questo proposito, Martin Keegan scrive in [25]:

The rightholder may be able to prevail in his aim of having the offending material removed from the Internet without even having to fight a court action. He may be able to thwart several infringers with a single action if they are all customers of the same ISP, and were the case to reach a court, may recover much more in damages than he could from the actual infringers.

This may seem to be an excellent remedy for the problems faced by the rightholder on the Internet, until one considers the following small matter: the rightholder may succeed in contriving to avoid fighting a court action which he would have had no chance of winning, and still achieve the desired outcome. This outcome may effectively involve silencing (at least temporarily) some individual or group. Such silencing may in fact be the rightholder's sole motivation (as opposed to enforcing his copyright) ⁶.

La possibilità che un utente che si vede oscurare un sito sia poi in grado di intraprendere un procedimento legale contro l'azienda o la società che ne ha preteso la censura appare poi molto

⁶Il detentore dei diritti sulle opere potrebbe essere in grado di avere la meglio nel suo tentativo di ottenere la rimozione da Internet del materiale incriminato senza neppure dover intraprendere un procedimento legale. Potrebbe essere in grado di ostacolare diversi trasgressori con una singola azione se essi sono tutti clienti dello stesso ISP, e qualora il caso dovesse arrivare ad un tribunale, potrebbe recuperare molto più [denaro, n.d.t.] in danni di quanto ottenibile dagli effettivi trasgressori.

Questo potrebbe apparire un eccellente rimedio ai problemi affrontati dai detentori dei diritti su Internet, finché non si considera il seguente piccolo problema: il detentore dei diritti potrebbe essere in grado di evitare di intraprendere una azione legale che egli non avrebbe avuto alcuna possibilità di vincere, ottenendo tuttavia il risultato desiderato. Questo risultato potrebbe effettivamente comprendere la riduzione al silenzio (almeno temporanea) di alcuni individui o gruppi. Tale riduzione al silenzio potrebbe essere infatti la sola motivazione del detentore dei diritti (invece dell'applicazione del proprio diritto d'autore).

remota. In due documenti pubblicati dalla WIPO e riguardanti gli effetti della “clausola di rimozione” [20] [21] si rileva che i siti di cui viene richiesto l’oscuramento, in genere, non tornano mai attivi: nessun service provider corre il rischio di opporsi alla richiesta di censura, gli utenti non si sentono in grado di sostenere una battaglia legale contro una azienda dai mezzi finanziari enormemente superiori, e in questo modo il procedimento di “notifica e rimozione” finisce per essere una potente arma nelle mani dei detentori dei diritti sulle opere, sempre efficace al di là della fondatezza delle richieste di rimozione o dei diritti degli utenti. Le parti salienti di questi documenti WIPO saranno citate più avanti, quando verranno esaminati i rapporti tra EUCD e DMCA, nella sezione 9.3.

Bisogna aggiungere che l’ambito dei soggetti colpiti dall’articolo 8 dell’EUCD e dagli articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE non si limita ai soli fornitori di accesso ad Internet o di spazio web. Per esempio, come viene fatto notare nel già citato documento di ALCEI [19], secondo le definizioni della direttiva 2000/31/CE anche un motore di ricerca può essere considerato responsabile del pagine indicizzate, dato che il servizio, pur essendo simile ad un “semplice trasporto” di informazioni (“mere conduit”), comprende in genere una selezione ed un filtraggio dei collegamenti ipertestuali raccolti. Dunque diventa possibile esigere la rimozione dei link a siti ritenuti “illegali” tramite una semplice telefonata alla società che gestisce il servizio di ricerca, dietro la minaccia di denuncia per corresponsabilità in base a quanto stabilito da EUCD e direttiva 2000/31/CE. Casi come questi (riguardanti sia gli ISP, che i motori di ricerca) sono già realtà negli USA, a causa dell’applicazione del DMCA (si veda la sezione 9).

Occorre inoltre notare che le novità legali introdotte nell’articolo 6 dell’EUCD e riguardanti le “efficaci misure tecnologiche” permettono ai detentori dei diritti sulle opere di poter richiedere l’oscuramento di siti in cui non siano ravvisata nè supposta *alcuna* reale violazione del diritto d’autore. Come illustrato nella sezione 5, l’articolo 6 dichiara illegale l’offerta di servizi o informazioni che possano agevolare l’elusione di “efficaci misure tecnologiche”. Di conseguenza, un articolo o un documento (per esempio scientifico) che possa anche marginalmente fornire informazioni in tal senso (o che sia accusato di farlo, anche in mancanza di prove reali) potrebbe essere reso inaccessibile con una semplice telefonata, senza peraltro che nel contenuto si rilevi un *effettivo* uso illecito di materiale coperto da diritto d’autore. Lo stesso dicasi per un sito che distribuisca del software (magari libero) ritenuto in grado di agevolare delle elusioni a “efficaci misure tecnologiche”. In tutti questi casi, in base all’EUCD ed alla direttiva sul commercio elettronico la persona oggetto di censura dovrebbe subire la lesione delle proprie libertà, e solo a fatto compiuto potrebbe cercare di stabilire se e come sia possibile ottenere una tutela.

L’articolo 8 dell’EUCD e gli articoli 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE implicano quindi che chiunque sia semplicemente accusato di aver compiuto una azione ritenuta illecita possa subire delle restrizioni ai propri diritti da fonti esterne al sistema giudiziario, e *prima ancora* di poter eventualmente avere una audizione in tribunale. È ben difficile trovare una compatibilità tra queste conseguenze e la Convenzione europea sui diritti umani [26], che nell’articolo 6, paragrafo 1 afferma:

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law ⁷.

⁷Nella determinazione dei propri doveri e diritti civili o di qualunque imputazione a proprio carico, ognuno

Inoltre, come effetto secondario, l'aumento della perseguibilità legale degli ISP e dei soggetti che offrono l'accesso alle informazioni su Internet potrebbe risolversi in un aumento dei costi di accesso ai servizi: tali costi devono infatti coprire anche i rischi che le aziende affrontano nella loro attività, ed un aumento di questi ultimi sarebbe necessariamente pagato da tutti i semplici clienti. Diventa quindi ragionevole supporre, per esempio, che gli ISP saranno costretti a differenziare le condizioni di utilizzo dei propri servizi: potrebbero essere offerti dei contratti più costosi che assicurano il mantenimento on-line del materiale pubblicato anche in caso di lamentele, e dei contratti più economici privi di tali garanzie. Questo fornirebbe una effettiva libertà di espressione solamente ai clienti in grado di permettersi il primo tipo di servizio.

Una trattazione esaustiva delle conseguenze dell'articolo 8 dell'EUCD è contenuta “EUCD: the Takedown Clause” [25], pubblicato su openrevolt.org (sebbene in questo documento non sia citata la direttiva 2000/31/CE). I punti brevemente illustrati, tuttavia, descrivono adeguatamente lo strapotere legale fornito ai detentori dei diritti sulle opere, la condizione di inferiorità degli utenti e, più in generale, le profonde ingiustizie derivanti dalla combinazione degli articoli 12, 13 e 14 della direttiva sul commercio elettronico e degli articoli 6 e 8 dell'EUCD.

ha il diritto ad una giusta e pubblica udienza entro un tempo ragionevole da parte di un tribunale imparziale ed indipendente istituito dalla legge.

7 L’abolizione della “prima vendita” per i documenti elettronici

Le riproduzioni di un lavoro soggetto a diritto d’autore (per esempio, i libri ed i dischi) sono soggette alla “disciplina della prima vendita”, che limita la possibilità per il detentore dei diritti di poter controllare la diffusione di una copia dell’opera dal momento in cui essa viene ceduta per la prima volta con il suo consenso. Questa normativa permette agli acquirenti di poter rivendere, per esempio, i libri ed i dischi regolarmente acquisiti, purchè non ne venga conservata alcuna copia dopo la cessione.

Anche la direttiva 96/9/CE sulle basi di dati enuncia tale principio a livello europeo:

Articolo 5

Atti soggetti a restrizioni

L’autore di una banca di dati gode, per quanto concerne la forma espressiva di tale banca tutelabile mediante il diritto d’autore, del diritto esclusivo di eseguire o autorizzare:

...

- c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell’originale o di copie della banca di dati. La prima vendita di una copia di una banca di dati nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di controllare all’interno della Comunità le vendite successive della copia;

L’EUCD sembra riaffermare questa disciplina:

- (28) La protezione del diritto d’autore nel quadro della presente direttiva include il diritto esclusivo di controllare la distribuzione dell’opera incorporata in un supporto tangibile. La prima vendita nella Comunità dell’originale di un’opera o di sue copie da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il contenuto del diritto di controllare la rivendita di tale oggetto nella Comunità. Tale diritto non dovrebbe ritenersi esaurito in caso di vendita dell’originale o di sue copie da parte del titolare del diritto o con il suo consenso al di fuori della Comunità. I diritti di noleggio e i diritti di prestito per gli autori sono stati stabiliti nella direttiva 92/100/CEE. Il diritto di distribuzione di cui alla presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni relative ai diritti di noleggio e ai diritti di prestito di cui al capitolo I della direttiva suddetta.

...

Articolo 4

Diritto di distribuzione

- 1 Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell’originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo.
- 2 Il diritto di distribuzione dell’originale o di copie dell’opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso.

Tuttavia si può notare come il punto 28, nell’enunciare la disciplina della prima vendita, faccia esplicito riferimento alle «opere incorporate su supporti *tangibili*». Questo dettaglio introduce una nuova distinzione tra le opere rappresentate su supporti “tangibili” e quelle rappresentate su supporti “non tangibili” — distinzione che appare più chiara nell’articolo 3:

Articolo 3

Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti

- 1 Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.
- 2 Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente:
 - a) gli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche;
 - b) ai produttori di fonogrammi, per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche;
 - c) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l’originale e le copie delle loro pellicole;
 - d) agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite.
- 3 I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo.

L’articolo 3 dell’EUCD sancisce quindi una nuova prerogativa per i detentori dei diritti: quella di poter controllare qualunque comunicazione delle opere basata su metodi “intangibili”, come per esempio la trasmissione attraverso Internet. Questo implica per esempio che, a differenza di un libro, un e-book legalmente acquistato ed ottenuto mediante la rete non può essere rivenduto o ceduto a terzi se non dietro concessione dell’autore o dell’editore.

La stessa restrizione si applica ai programmi per elaboratore, che a partire dalla direttiva 91/250/CEE sono tutelati come “opere” in modo analogo ai lavori artistici e letterari.

La riduzione dell’ambito della disciplina della “prima vendita” presente nell’EUCD deriva direttamente dai requisiti del trattato WIPO sul diritto d’autore, il quale afferma:

Article 8

Right of Communication to the Public

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works

shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them (8) ⁸.

7.1 Le conseguenze

La restrizione dell’ambito della disciplina della “prima vendita” previste dall’EUCD e dai trattati WIPO sul diritto d’autore non possono che rivelarsi delle limitazioni per la libera circolazione dell’informazione e della cultura, con effetti negativi difficilmente giustificabili dalla necessità di tutelare autori o editori.

La prima conseguenza di questa norma è l’impossibilità della nascita di un mercato del materiale digitale “di seconda mano” che possa favorire una riduzione, per esempio, del prezzo degli e-book — alla stregua di quanto avvenuto nel mercato del libro tradizionale grazie alla concorrenza del mercato dell’usato. L’evoluzione tecnologica tenderà a spostare i mezzi di diffusione del sapere verso i supporti digitali, ed una simile limitazione al movimento delle opere non può che essere pericolosa e preoccupante: i documenti digitali diventerebbero reperibili sempre e comunque da una unica fonte (l’autore o l’editore), in una forma di monopolio assoluto che ben difficilmente permetterebbe un abbassamento dei prezzi in grado di favorire la diffusione della cultura (e quest’ultimo, lo ricordiamo, dovrebbe essere il motivo fondamentale che giustifica l’esistenza di una normativa sul diritto d’autore — si veda la nota 1).

Allo stesso modo, agli utenti sarà proibito cedere o rivendere i programmi per elaboratore legalmente ottenuti (gratuitamente o a pagamento) mediante download via Internet, a meno di non ricevere l’esplicita concessione del detentore dei diritti. Mentre per il software libero i diritti di rivendita e ridistribuzione verranno preservati (dato che le licenze considerate “libere” permettono la libera condivisione del codice sorgente), gli utenti di software proprietario saranno sicuramente costretti a rinunciare a queste possibilità: il privilegio di potere impedire la cessione del “software usato” rappresenta un’ottima occasione di aumento degli introiti per i colossi del settore.

Inoltre la norma secondo cui un documento, un filmato o un brano audio distribuito attraverso mezzi “non tangibili” non possa essere in alcun modo ridiffuso se non secondo le volontà dell’autore/editore rappresenta un mezzo di controllo del sapere che potrebbe avere gravi conseguenze nel medio/lungo termine: il materiale storico, giornalistico o documentaristico tenderà ad essere pubblicato sempre di più attraverso Internet, e con l’applicazione dell’EUCD solamente una fonte (l’autore/editore) avrà l’esclusivo diritto di renderlo disponibile a chiunque, in qualunque caso (almeno finché esso non verrà legalmente pubblicato su supporti “tangibili”). Nel momento in cui tale fonte dovesse cessare la diffusione (per esempio a causa di una perdita del materiale originale, o per un deliberato gesto di censura di informazioni “scomode”), nessuna copia dello stesso materiale sarebbe legalmente ricomunicabile. Allo stesso modo, se il materiale venisse modificato e diffuso in forma alterata dallo stesso detentore dei diritti, nessuno

⁸Articolo 8 — *Diritto di comunicazione al pubblico*

Salvo quanto stabilito negli articoli 11(1)(ii), 11bis(1)(i) e (ii), 11ter(1)(i), 14(1)(i) e 14bis(1) della Convenzione di Berna, gli autori di lavori letterari ed artistici godranno del diritto esclusivo di autorizzare qualunque comunicazione al pubblico dei propri lavori, attraverso mezzi con o senza filo, inclusa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

potrebbe legalmente renderne nota la versione precedente le modifiche. L’articolo 3 dell’EUCD mette quindi seriamente in discussione la possibilità di conservazione nel tempo di materiale informativo, e la futura possibilità di accesso a documentazione storica senza il consenso o il “filtro” di particolari persone o autorità [24].

8 Le incertezze sui diritti degli utenti, ovvero sulle “eccezioni” al diritto d’autore

Come accennato in apertura, uno dei punti caldi nella legislazione sul diritto d’autore è rappresentato dalla regolamentazione delle eccezioni al monopolio sulla riproduzione delle opere. Con “eccezioni al diritto d’autore” si intendono tutte le attività che, sebbene in contrasto con le prerogative concesse in esclusiva agli autori ed editori, vengono ammesse in quanto indispensabili per la diffusione della cultura e la tutela dell’interesse pubblico. Si possono fare gli esempi della copia privata, della possibilità di citazione di porzioni di opere letterarie, delle deroghe al divieto di copia fornite per fini didattici ad istituzioni quali scuole o biblioteche, della possibilità di riproduzione in diverso formato di opere altrimenti non fruibili a persone portatrici di handicap.

Come già illustrato nella sezione 3, i considerando in apertura dell’EUCD contengono per la maggior parte considerazioni di carattere strettamente economico, ed ignorano completamente la necessità di una chiara regolamentazione dei diritti degli utenti.

Anche nel resto della direttiva si può rilevare come, nella pratica, non venga portata nessuna novità legale nell’ambito delle eccezioni al diritto d’autore. Tutte le indicazioni in questo senso sono opzionali, e lasciate alla decisione dei singoli Stati. A tal proposito è emblematico l’articolo 5, che arriva al punto di elencare una ventina di possibili eccezioni al diritto d’autore concedibili dai singoli Paesi, senza che nessuna di esse venga richiesta all’intera Unione Europea.

La maggior parte delle eccezioni elencate, peraltro, è attualmente riconosciuta a livello mondiale. Si può fare l’esempio della possibilità di citazione, sancita anche dall’articolo 10 della convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche [16]):

Articolo 10

- 1 Sono lecite le citazioni tratte da un’opera già resa lecitamente accessibile al pubblico, nonché le citazioni di articoli di giornali e riviste periodiche nella forma di rassegne di stampe, a condizione che dette citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e nella misura giustificata dallo scopo.
- ...
- 3 Le citazioni e utilizzazioni contemplate negli articoli precedenti dovranno menzionare la fonte e, se vi compare, il nome dell’autore.

Ma nonostante questo, e nonostante la ricerca di una “certezza normativa,” l’EUCD non fornisce alcuna base e regolamentazione europea per il diritto di citazione, limitandosi a considerarla come una possibile concessione dei singoli Stati membri:

Articolo 5

Eccezioni e limitazioni

...

- 3 Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti:

...

- d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico;

L'unico caso in cui viene stabilita una deroga "europea" all'esclusività del diritto di copia riguarda un caso in cui l'eccezione porta dei diretti vantaggi anche agli stessi detentori dei diritti sulle opere. La deroga riguarda infatti la creazione di copie temporanee effettuate, per esempio, dal meccanismo di "caching" di un browser Web, che rende possibile l'accesso a materiale pubblicato via Internet:

Articolo 5

Eccezioni e limitazioni

- 1 Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire:
 - a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o
 - b) un utilizzo legittimo
 di un'opera o di altri materiali.

Un livello di innovazione tanto ristretto in un ambito tutt'ora privo di chiarezza legislativa è sicuramente insufficiente per una direttiva che punta ad "armonizzare" la legislazione europea sul diritto d'autore.

Anche per quanto riguarda la regolamentazione degli effetti delle già citate "misure tecnologiche" a protezione delle opere, non si dovrebbe ignorare il fatto che i dispositivi di controllo della copia e dell'accesso potrebbero imporre delle condizioni di uso troppo severe per gli utenti. Eppure, anche in questo campo la direttiva mantiene la sua vaghezza, basandosi su indefinite "misure volontarie" che, come detto nella sezione 3, dovrebbero essere intraprese dai detentori dei diritti per la tutela degli utenti:

Articolo 6

Obblighi relativi alle misure tecnologiche

...

- 4 In deroga alla tutela giuridica di cui al paragrafo 1, in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accordi fra titolari e altre parti interessate, gli Stati membri prendono provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione, prevista dalla normativa nazionale in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettere a), c), d), e), o dell'articolo 5, paragrafo 3, lettere a), b) o e), i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione

e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al materiale protetto in questione.

Uno Stato membro può inoltre adottare siffatte misure nei confronti del beneficiario di un'eccezione di una limitazione prevista in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), a meno che i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato nella misura necessaria per poter beneficiare dell'eccezione o limitazione in questione e in conformità delle disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 5, senza impedire ai titolari di adottare misure adeguate relativamente al numero di riproduzioni conformemente alle presenti disposizioni.

In questo passaggio non vi è alcuna indicazione che stabilisca come valutare se le “misure volontarie” intraprese dai detentori dei diritti sulle opere siano o meno soddisfacenti. Inoltre leggendo poche righe più avanti (comma 4) si vede come le generiche garanzie per gli utenti stabilite sopra vengono di fatto annullate qualora l'opera protetta da “efficaci misure tecnologiche” sia fornita, per esempio, attraverso un servizio on-line:

Articolo 6

Obblighi relativi alle misure tecnologiche

...

4 ...

Le disposizioni di cui al primo e secondo comma del presente paragrafo non si applicano a opere o altri materiali a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente.

Un altro aspetto interessante è la pressante richiesta di un “equo compenso” che i detentori dei diritti sulle opere dovrebbero ricevere per un gran numero di eccezioni al diritto d'autore — ovvero, per ogni messa in pratica dei diritti degli utenti.

(35) In taluni casi di eccezioni o limitazioni i titolari di diritti dovrebbero ricevere un equo compenso affinché siano adeguatamente indennizzati per l'uso delle loro opere o dei materiali protetti. ...

(36) Gli Stati membri possono prevedere l'equo compenso dei titolari anche allorchè si applicano le disposizioni facoltative sulle eccezioni o limitazioni che non lo comportano.

...

(38) Si dovrebbe consentire agli Stati membri di prevedere un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione per taluni tipi di riproduzione di materiale sonoro, visivo e audiovisivo ad uso privato con un equo compenso. ...

...

(45) Le eccezioni e limitazioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 3 e 4 non dovrebbero tuttavia ostacolare la definizione delle relazioni contrattuali volte ad assicurare un equo compenso ai titolari dei diritti, nella misura consentita dalla legislazione nazionale.

...

...

Articolo 5

Eccezioni e limitazioni

...

2. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda:
- a) le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso;
 - b) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini nè direttamente, nè indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati;
- ...
- e) le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale, quali ospedali o prigioni, purchè i titolari dei diritti ricevano un equo compenso.

Come si vede, le richieste di “equo compenso” sono estremamente ampie e vaghe, dato che riguardano praticamente qualunque copia personale e vari casi di utilizzo per fini non commerciali; inoltre, come si vede nel punto 36, gli Stati membri possono anche decidere di applicarle in casi non previsti dalla direttiva. Per lo meno, il punto 35 contiene alcune righe in cui si prevede che l’“equo compenso” possa, in certi casi, essere nullo:

- 36 . . . In talune situazioni, allorchè il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo, non può sussistere alcun obbligo di pagamento.

Anche in questo caso, il possibile “danno” a carico del detentore dei diritti viene anteposto all’interesse degli utenti — e, in ogni caso, non vengono chiariti i parametri con cui tale “danno” dovrebbe essere quantificato. Una direttiva orientata all’“armonizzazione legislativa” del diritto d’autore potrebbe essere più precisa, e definire più chiaramente i casi in cui utenti o istituzioni abbiano diritto ad una “eccezione al diritto d’autore” che non preveda obbligo di pagamento. Data la vaghezza delle norme previste dall’EUCD, i vari Stati europei potrebbero adottare legislazioni in materia completamente diverse tra loro. Ma, come già detto, i diritti degli utenti non sembrano essere l’obiettivo dell’“armonizzazione” ricercata dall’EUCD.

L’incertezza legale sui diritti degli utenti è rilevabile anche in altri passaggi meno macroscopici. È il caso dei paragrafi nei quali l’EUCD prevede una tutela legale per le informazioni che, allegate alle opere, possono essere utilizzate per l’identificazione e la determinazione dei diritti d’autore annessi. Questa tutela è richiesta dal già citato trattato WIPO sul diritto d’autore, e a questo proposito, nei considerando che aprono la direttiva si può leggere:

- (55) Lo sviluppo tecnologico agevolerà la distribuzione delle opere, in particolare in rete, il che comporterà la necessità per i titolari dei diritti di identificare meglio l'opera o i materiali protetti, l'autore dell'opera o qualunque altro titolare di diritti e di fornire informazioni sui termini e sulle condizioni di utilizzo dell'opera o di altro materiale protetto, così da rendere più facile la gestione dei diritti ad essi connessi. Si dovrebbero incoraggiare i titolari, quando mettono in rete opere o altri materiali protetti, a usare contrassegni indicanti, tra l'altro, la loro autorizzazione, oltre alle informazioni di cui sopra.
- (56) Sussiste tuttavia il rischio di attività illegali intese a rimuovere o alterare le informazioni elettroniche sul regime del diritto d'autore, apposte sull'opera ovvero a distribuire, importare a fini di distribuzione, diffondere per radio o televisione, comunicare o mettere a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state eliminate senza autorizzazione tali informazioni. Per evitare soluzioni legislative frammentarie che potrebbero ostacolare il funzionamento del mercato interno, è necessario prevedere una protezione giuridica armonizzata contro tutte queste attività.

Il tema viene poi affrontato nell'articolo 7 (che peraltro rispecchia in modo quasi letterale l'articolo 12 del trattato WIPO sul diritto d'autore):

Articolo 7

Obblighi relativi alle informazioni sul regime dei diritti

- 1 Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro chiunque compia consapevolmente senza averne diritto i seguenti atti:
- a) rimuovere o alterare qualsiasi informazione elettronica sul regime dei diritti;
 - b) distribuire, importare a fini di distribuzione, diffondere per radio o televisione, comunicare o mettere a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti ai sensi della presente direttiva o del capitolo III della direttiva 96/9/CE, dalle quali siano state rimosse o alterate senza averne diritto le informazioni elettroniche sul regime dei diritti;
- ove chi compie tali atti sia consapevole, o si possa ragionevolmente presumere che sia consapevole, che con essi induce, rende possibile, agevola o dissimula una violazione di diritti d'autore o diritti connessi previsti dalla legge o del diritto sui generis di cui al capitolo III della direttiva 96/9/CE.
- 2 Ai fini della presente direttiva, per "informazioni sul regime dei diritti" s'intende qualunque informazione fornita dai titolari dei diritti che identifichi l'opera o i materiali protetti di cui alla presente direttiva o coperti dal diritto sui generis di cui al capitolo III della direttiva 96/9/CE, l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti, o qualunque informazione circa i termini e le condizioni di uso dell'opera o di altri materiali nonché qualunque numero o codice che rappresenti tali informazioni.

La disposizione di cui al primo comma si applica quando uno qualsiasi degli elementi suddetti figuri su una copia o appaia nella comunicazione al pubblico di un'opera o di uno dei materiali protetti di cui alla presente direttiva o coperti dal diritto sui generis di cui al capitolo III della direttiva 96/9/CE.

Sebbene l'ambito di applicazione di questa norma sia ben definito e peraltro comprensibile (si tratta in effetti della tutela di semplici informazioni che accompagnano la distribuzione delle opere), si deve notare come la definizione di "informazioni sul regime dei diritti" comprenda anche «qualunque informazione circa i termini e le condizioni di uso dell'opera o di altri materiali» — nonostante la normativa europea non preveda nessuna regolamentazione per tali "condizioni d'uso". L'EUCD, insomma, ammette la presenza di clausole che regolano l'utilizzo delle opere, senza peraltro che nessuna direttiva ne stabilisca preventivamente gli ambiti di validità.

8.1 Le conseguenze

Come accennato in apertura, la regolamentazione del diritto d'autore è uno degli ambiti in cui gli interessi delle parti in causa (autori/editori ed utenti) sono più divergenti: mentre i primi tendono al consolidamento del monopolio su qualunque riproduzione delle proprie opere, i secondi sono interessati ad una maggiore accessibilità e libertà di utilizzo delle stesse. Le leggi che operano in questo settore dovrebbero garantire una mediazione tra i due interessi, che porti il massimo beneficio all'intera società.

Come già visto, l'EUCD non soddisfa in alcun modo tale requisito: fornisce nuove possibilità e prerogative ad autori/editori, senza equivalenti garanzie per gli utenti delle opere.

Il problema è lampante nel caso delle "misure tecnologiche" a protezione dei lavori coperti da diritto d'autore (vedi sezione 4): fornendo una tutela legale a queste ultime si sancisce di fatto la possibilità di influenzare e limitare l'uso quotidiano di un'opera regolarmente acquisita dagli utenti. A tale ampliamento delle prerogative concesse ai detentori dei diritti non corrisponde tuttavia una migliore definizione e regolamentazione dei diritti degli utenti, che garantisca comunque una possibilità di utilizzo equo delle opere da parte di questi ultimi: sembra anzi che la regolamentazione dell'utilizzo "equo" sia demandata completamente alle stesse "misure tecnologiche", che da sole dovrebbero stabilire quali utilizzi dell'opera siano concessi. La garanzia del "fair use" (che in diverse legislazioni indica la possibilità di utilizzo ragionevole di un'opera) viene insomma ridotta, se non eliminata.

La situazione è chiaramente illustrata nel documento sull'EUCD di [Eurorights UK](#) [24]: una misura di protezione tecnologica non può essere abbastanza flessibile da garantire in qualunque caso un utilizzo ragionevole dell'opera protetta. Per esempio, un sistema di accesso all'opera che impedisca la copia, ma cerchi allo stesso tempo di permettere la citazione di alcuni brani, non potrebbe che basarsi su algoritmi rigidi (come la fissazione di un massimo di parole copiabili in un giorno), che andrebbero facilmente ad interferire con un normale lavoro di studio o ricerca. Un errore nella selezione di un brano da citare, per esempio, potrebbe costringere l'utente ad attendere che trascorra un certo periodo di tempo prima che l'operazione possa essere ripetuta, o a procedere manualmente all'operazione di copia (situazione abbastanza surreale, viste le possibilità e le facilitazioni offerte dal formato digitale). Casi come questi sono tutt'altro che remoti, e si verificano già oggi — si pensi ai documenti in formato PDF in cui è disabilitata la possibilità di copiare porzioni di testo [24].

In modo ancora più paradossale, le restrizioni proprie dei sistemi di protezione digitale possono estendersi anche a lavori che sarebbero al di fuori dell'ambito dell'EUCD — per esempio alle opere che sono attualmente di pubblico dominio, essendo trascorso il periodo di validità del diritto esclusivo di utilizzazione economica. Si può fare l'esempio dell'edizione di "Alice

nel paese delle meraviglie” pubblicata come e-book da Adobe™ [23], che limita la possibilità di citazione e di copia attraverso una licenza restrittiva e sistemi software di limitazione d’accesso, nonostante l’opera non sia più coperta da esclusiva sullo sfruttamento commerciale e sia per questo legalmente riproducibile e ridistribuibile (anche integralmente, per qualunque fine) da chiunque.

Nei casi in cui le “misure tecnologiche” a protezione delle opere impongano restrizioni troppo rigide, gli utenti potrebbero essere costretti a ricercare una tutela legale dei propri diritti — ma il fatto che tali diritti, in questi casi, non siano in alcun modo regolamentati a livello europeo riduce l’ambito di queste iniziative ad un livello locale. Gli esiti di simili azioni diventerebbero dipendenti dalla legislazione del Paese in cui esse sono intraprese, dalla forza legale della controparte, e dalla singola interpretazione fornita alle parole dell’EUCD che invitano alla ricerca di “mediazioni” e “misure volontarie” in caso di dispute di questo tipo. Ancora una volta si dimostra come l’“armonizzazione legale” ricercata dall’EUCD non coinvolga la tutela degli utenti. Non si può non rilevare come tali situazioni pongano i detentori dei diritti in una chiara situazione di vantaggio rispetto alle rivendicazioni dei consumatori: mentre per i primi vengono riconosciute garanzie e privilegi a livello europeo, per i secondi vengono dati solamente dei “suggerimenti,” applicabili a discrezione dei singoli Stati membri.

Oltretutto, questi “suggerimenti” non sono validi per le opere rese accessibili, per esempio, attraverso un abbonamento ad un servizio Internet: come visto sopra, l’articolo 6, paragrafo 4, comma 4 dell’EUCD non prevede che le restrizioni imposte agli utenti dalle “efficaci misure tecnologiche” siano regolamentate, qualora le opere siano rese disponibili on-line. Con il progressivo aumento dell’utilizzo di Internet come strumento di diffusione della cultura, le conseguenze per gli utenti e per la società in generale potrebbero essere estremamente preoccupanti.

Le ampie richieste di un “equo compenso” che dovrebbe essere fornito ai titolari dei diritti sulle opere in base all’applicazione delle eccezioni al diritto d’autore sono un’altra fonte di preoccupazione. Dalla lettura di una delle prime bozze dell’EUCD, la Società degli archivisti britannica segnala il pericolo che le pressanti richieste di rimborso monetario per ogni copia privata possano ostacolare le attività di studio che in genere richiedono la fotocopia dei testi ospitati dalle biblioteche [8]. Più recentemente, l’Accademia delle scienze francese ha indetto una petizione che mira ad escludere le pubblicazioni scientifiche dall’ambito dell’EUCD: le richieste di “equo compenso”, infatti, possono essere estremamente vantaggiose per gli editori, ma vanno decisamente contro gli interessi degli autori, che in questo caso sono scienziati e ricercatori interessati alla massima diffusione (anche attraverso la copia) dei propri articoli. In una situazione come questa si vede il paradosso di una severissima legge sul diritto d’autore che va contro gli autori stessi [9].

Un altro punto importante è la mancanza di chiarezza sulle clausole che regolano l’utilizzo di un’opera, le quali potrebbero prevedere che l’utente accetti delle condizioni rigide, o rinunci a possibilità che, sebbene utili e ritenute generalmente un “diritto”, non sono garantite da alcuna direttiva (con le poche eccezioni del diritto al reverse-engineering sancito dalla direttiva 91/250/CEE⁹ e della possibilità di citazione della direttiva 96/9/CE).

Occorre infatti considerare che i contratti di licenza che regolano l’utilizzo delle opere coper-

⁹In realtà, molte licenze che regolano l’utilizzo di software proprietario comprendono delle clausole che vietano esplicitamente modifica, decompilazione e reverse-engineering. Tali clausole ovviamente non sono valide, anche se il loro scopo intimidatorio è palese.

te da diritto d'autore (si pensi, per esempio, ai programmi per computer) non sono degli accordi "normali" stipulati tra due entità in grado di negoziare le condizioni: sono invece stabiliti da una sola parte (il detentore dei diritti) e sottoposti ad un gran numero di clienti (e per questo sono definite "mass-market licenses"). Inoltre, nel caso delle opere in formato digitale, molto spesso l'utente può leggere la licenza solamente dopo l'acquisto (si pensi ai programmi che visualizzano una schermata contenente il contratto ed i pulsanti "accetto" e "non accetto" — le cosiddette licenze "clickwrap"). In una situazione come questa è facile comprendere come la parte che propone il contratto si trovi in una netta posizione di vantaggio, e come i semplici utenti siano praticamente privi della possibilità di negoziazione.

In casi come questi la legge dovrebbe prevedere delle regole che evitino un abuso della posizione dominante — ma le condizioni d'uso per le opere in formato digitale in generale sono ancora scarsamente regolamentate, e per gli utenti esiste il rischio concreto che un contratto di licenza (magari di tipo "clickwrap") imponga limiti strettissimi all'utilizzo delle opere [24].

Vi sono infatti già vari casi di licenze sul software proprietario che prevedono gravi limitazioni all'utente finale: si possono fare gli esempi delle licenze di alcuni programmi [Microsoft](#), [Oracle](#) e [McAfee](#), che permettono l'utilizzo del software a condizione che l'utente non produca materiale che possa porre in cattiva luce l'azienda o che paragoni i programmi utilizzati con quelli prodotti dalle aziende concorrenti [22]. Altre licenze e condizioni d'uso altrettanto restrittive potrebbero essere applicate a materiale digitale come gli e-book — si può fare l'esempio dei libri scolastici di tipo [MetaText™](#), oggi disponibili negli USA: essi impongono un utilizzo limitato nel tempo, e dopo l'"acquisto" sono consultabili solamente per i pochi mesi della durata del corso di studi. Allo scadere del periodo prestabilito, l'accesso all'e-book viene proibito. Questo sistema impedisce la rivendita degli e-book usati (implementando con un sistema software quanto previsto dall'articolo 3 dell'EUCD, illustrato nella sezione 7), e costringe gli utenti a pagare più volte nel tempo per poter accedere ai contenuti. Se gli e-book forniti con queste condizioni di utilizzo aumenteranno, si assisterà ad una progressiva affermazione di modelli di "cultura in affitto" difficilmente arrestabili dall'attuale carenza di garanzie di "fair use" a tutela degli utenti: in assenza di sicuri riferimenti legislativi è facile immaginare che, nelle dispute legali tra consumatori e detentori dei diritti sulle opere, solo la parte dotata dei maggiori mezzi legali e finanziari avrà la possibilità di difendere i propri interessi.

È difficile giustificare le ragioni di questa condotta nella stesura dell'EUCD: l'adeguamento ai trattati WIPO non impedisce la definizione di una posizione comune a livello europeo riguardo le eccezioni al diritto d'autore o la regolamentazione delle condizioni d'uso delle opere. Tale situazione non è probabilmente casuale, ma è l'effetto dell'enorme numero di compromessi e mediazioni tra gruppi d'interesse economico più o meno forte che hanno influenzato la genesi della direttiva. L'opinione è condivisa anche in un articolo [27] di Bernt Hugenholtz, professore di legge dell'Università di Amsterdam (sebbene il punto di vista espresso in questo documento sia decisamente ottimistico, in quanto basato sull'invalidità ed inapplicabilità dell'EUCD).

9 Confronto tra EUCD e DMCA

Allo scopo di comprendere le conseguenze dell'applicazione dell'EUCD nella legislazione europea, può essere utile esaminare le analogie tra tale direttiva ed il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) [5], una legge statunitense dalle caratteristiche molto simili, la cui applicazione è stata già causa di preoccupanti effetti sulle libertà di utenti, ricercatori e sviluppatori di software (libero e non). Come l'EUCD, anche il DMCA è stato prodotto per adeguare la legislazione locale sul diritto d'autore (in questo caso quella statunitense) ai trattati WIPO del 1996.

9.1 Il divieto di reverse-engineering

Il DMCA comprende una sezione analoga (e in certe parti quasi identica) all'articolo 6 dell'EUCD, che dichiara illegale l'elusione di "misure tecnologiche" poste a protezione di opere coperte da diritto d'autore, e rende illecita la produzione di dispositivi e programmi o la fornitura di servizi che favoriscano tale operazione:

Sec. 1201. Circumvention of copyright protection systems

(a) VIOLATIONS REGARDING CIRCUMVENTION OF TECHNOLOGICAL MEASURES

- (1) (A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.

...

...

- (2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that:

- (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;
- (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or
- (C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

...

(b) ADDITIONAL VIOLATIONS

- (1) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that:

- (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof;
- (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof; or
- (C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof.

...

Tuttavia, come fa notare Tahita Malago in [28], il DMCA prevede una distinzione tra le “misure tecnologiche” che limitano l’accesso ai materiali coperti da diritto d’autore e quelle che limitano la riproduzione: la legge rende infatti illegale unicamente l’aggiramento dei sistemi che, testualmente, «controllano efficacemente l’accesso ad un’opera protetta». Questa differenziazione è stata evidentemente ricercata per preservare in qualche modo la disciplina del “fair use” che dovrebbe garantire (condizionale d’obbligo) la possibilità per gli utenti di utilizzare in modo ragionevole il materiale coperto da diritti — per esempio, garantendo la copia privata.

L’EUCD, d’altra parte, non prevede alcuna distinzione di questo tipo, e rende illecito l’aggiramento dei sistemi di «controllo di accesso . . . o . . . di controllo delle copie» in toto. Sebbene la diversificazione introdotta nel DMCA sia tutt’altro che efficace (i meccanismi di controllo dell’accesso e della riproduzione non sono sempre facilmente distinguibili, dunque i diritti degli utenti sono tutt’altro che garantiti), è indubbio che, sotto questo aspetto, l’EUCD sia decisamente più severo e restrittivo rispetto all’analogica legge statunitense.

9.1.1 Le conseguenze: il caso Sklyarov

La diretta conseguenza del divieto di aggiramento delle “misure tecnologiche” contenuto nel DMCA è stata l’arresto di un giovane ricercatore e programmatore russo, Dmitry Sklyarov, autore di un programma in grado di leggere e decriptare gli e-book memorizzati nel formato proprietario sviluppato da Adobe™. L’applicativo sviluppato da Sklyarov viene tutt’ora utilizzato, per esempio, da persone videolese che decifrano gli e-book regolarmente acquistati, in modo da poterli far leggere da un sintetizzatore vocale.

Adobe™ potè utilizzare il DMCA come strumento per mantenere il proprio controllo sul formato e-book da essa creato, impedendo la creazione di un programma indipendente in grado di gestirlo. Il 17 Luglio 2001 fece arrestare Sklyarov, mentre egli si trovava negli USA per un convegno sulla crittografia, con l’accusa di distribuzione di software creato per l’aggiramento di “misure tecnologiche” a difesa del diritto d’autore. Egli rimase in carcere per diverse settimane, e potè rientrare nel suo Paese solamente dopo vari mesi e dopo le infinite proteste ed iniziative che nacquero attorno al suo caso. Il procedimento legale in cui egli era imputato è comunque ancora in corso [30]. Occorre notare che Sklyarov e la sua azienda sono stati denunciati ed indagati per violazione del DMCA, ma che essi non sono in alcun modo accusati di violazioni del diritto d’autore su una qualsiasi opera.

9.2 La libertà di ricerca

Come l'EUCD, il DMCA contiene una formale garanzia di non interferenza tra la tutela legale delle "misure tecnologiche" e la libertà di ricerca sulla crittografia:

(g) ENCRYPTION RESEARCH

(1) DEFINITIONS — For purposes of this subsection:

- (A) the term 'encryption research' means activities necessary to identify and analyze flaws and vulnerabilities of encryption technologies applied to copyrighted works, if these activities are conducted to advance the state of knowledge in the field of encryption technology or to assist in the development of encryption products; and
- (B) the term 'encryption technology' means the scrambling and descrambling of information using mathematical formulas or algorithms.

(2) PERMISSIBLE ACTS OF ENCRYPTION RESEARCH — Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), it is not a violation of that subsection for a person to circumvent a technological measure as applied to a copy, phonorecord, performance, or display of a published work in the course of an act of good faith encryption research if:

- (A) the person lawfully obtained the encrypted copy, phonorecord, performance, or display of the published work;
- (B) such act is necessary to conduct such encryption research;
- (C) the person made a good faith effort to obtain authorization before the circumvention;

...

(3) FACTORS IN DETERMINING EXEMPTION — In determining whether a person qualifies for the exemption under paragraph (2), the factors to be considered shall include:

- (A) whether the information derived from the encryption research was disseminated, and if so, whether it was disseminated in a manner reasonably calculated to advance the state of knowledge or development of encryption technology, versus whether it was disseminated in a manner that facilitates infringement under this title or a violation of applicable law other than this section, including a violation of privacy or breach of security;
- (B) whether the person is engaged in a legitimate course of study, is employed, or is appropriately trained or experienced, in the field of encryption technology; and
- (C) whether the person provides the copyright owner of the work to which the technological measure is applied with notice of the findings and documentation of the research, and the time when such notice is provided.

(4) USE OF TECHNOLOGICAL MEANS FOR RESEARCH ACTIVITIES — Notwithstanding the provisions of subsection (a)(2), it is not a violation of that subsection for a person to:

- (A) develop and employ technological means to circumvent a technological measure for the sole purpose of that person performing the acts of good faith encryption research described in paragraph (2); and
- (B) provide the technological means to another person with whom he or she is working collaboratively for the purpose of conducting the acts of good faith encryption research described in paragraph (2) or for the purpose of having that other person verify his or her acts of good faith encryption research described in paragraph (2).

Come si può notare, la definizione dei casi in cui la ricerca crittografica può legittimamente operare sulle “misure tecnologiche” è assai dettagliata, e sebbene discutibile e limitata è decisamente meno vaga ed indefinita di quanto riportato dall’EUCD (si veda la sezione 5).

9.2.1 Le conseguenze: il caso Felten

Il caso Sklyarov già citato nella sezione 9.1.1 rappresenta già di per sé un episodio di interferenza del DMCA nella libertà di ricerca: una delle colpe del programmatore e ricercatore russo è infatti stata quella di aver messo in luce le debolezze e le falle di diversi sistemi di protezione delle opere precedentemente ritenuti “sicuri” (e commercializzati come tali). È interessante a questo proposito l’articolo di Bruce Perens in [17]. Tuttavia, è possibile citare un caso ancora più emblematico.

Le ristrette garanzie di libertà di ricerca previste dalla legge statunitense non hanno infatti impedito che Edward Felten, un professore della Princeton University, venisse minacciato di denuncia per violazione del DMCA dalla RIAA (Recording Industry Association of America, l’associazione delle case discografiche statunitensi). Egli aveva partecipato ad un concorso (indetto dalla stessa RIAA) basato sulla decifrazione di alcuni sistemi di codifica per la musica in formato digitale, e sebbene vincitore, aveva deciso di rinunciare al premio e di diffondere i suoi studi sull’intrinseca inefficacia dei sistemi di controllo d’accesso alle opere. Per impedire la presentazione dei lavori di Felten ad un convegno, la RIAA minacciò una denuncia: la diffusione di tali conoscenze avrebbe potuto facilitare l’elusione di “misure tecnologiche” a protezione del diritto d’autore, in violazione del DMCA. Anche in questo caso, Felten ed il suo team non erano in nessun modo accusati di aver compiuto una *reale* violazione del diritto d’autore.

Il caso si è protratto per alcuni mesi, con una contro-denuncia di Felten nei confronti della RIAA, e si è concluso con una sentenza per fortuna (parzialmente) positiva: Felten avrebbe potuto pubblicare almeno una parte dei suoi studi senza timore di denuncia. Anche in questo caso sono state fondamentali le iniziative sorte spontaneamente attorno al caso [31]. Le limitazioni alla libertà di ricerca contenute nel DMCA e la volontà di una associazione di colossi discografici sono stati tuttavia in grado di intimorire il team di Felten e di impedire per mesi la libera pubblicazione di un lavoro scientifico. Niente assicura che casi simili non possano ripetersi in futuro, con esiti differenti.

Inoltre, nel caso Felten sono state fondamentali le norme del DMCA che offrono una (parziale) possibilità di ricerca sulla crittografia: tali norme sono state infatti utilizzate dalla giuria per garantire al ricercatore il diritto di pubblicare i propri lavori. L’EUCD, tuttavia, non prevede nessuna regolamentazione di questo tipo: è possibile rilevare solamente un generico principio di non interferenza tra la tutela legale delle “misure tecnologiche” e la ricerca crittologica

(si veda la sezione 5). Questo non può che rendere ancora più preoccupanti le conseguenze dell'integrazione della direttiva nelle legislazioni dei Paesi membri dell'Unione europea.

9.3 La “clausola di rimozione” dei siti Internet

In modo analogo all'EUCD ed alla direttiva 2000/31/CE sul commercio digitale, il testo del DMCA comprende una clausola che permette ai detentori dei diritti sulle opere di richiedere la rimozione di siti Internet, sulla base della semplice accusa di presunta lesione del diritto d'autore.

Le direttive europee non prevedono alcuna regolamentazione per le procedure di “notifica e rimozione” (“notice and takedown”) che permettono di oscurare i siti Internet: esse che vengono lasciate completamente a discrezione dei singoli Stati membri.

Il DMCA, essendo una legge in vigore, è invece preciso nel descrivere le tali procedure, e nell'illustrare i passaggi che l'utente dovrebbe seguire per tentare di far rimuovere la censura dal proprio sito:

SEC. 202. LIMITATIONS ON LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT.

(a) IN GENERAL — Chapter 5 of title 17, United States Code, is amended by adding after section 511 the following new section:

Sec. 512. Limitations on liability relating to material online

...

(e) INFORMATION RESIDING ON SYSTEMS OR NETWORKS AT DIRECTION OF USERS

(1) IN GENERAL- A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider:

- (A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;
- (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
- (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

...

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

...

(d) INFORMATION LOCATION TOOLS — A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider

referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider:

- (1) (A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing;
- (B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
- (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

...

- (3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.

...

(g) REPLACEMENT OF REMOVED OR DISABLED MATERIAL AND LIMITATION ON OTHER LIABILITY

- (1) NO LIABILITY FOR TAKING DOWN GENERALLY — Subject to paragraph (2), a service provider shall not be liable to any person for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent, regardless of whether the material or activity is ultimately determined to be infringing.
- (2) EXCEPTION- Paragraph (1) shall not apply with respect to material residing at the direction of a subscriber of the service provider on a system or network controlled or operated by or for the service provider that is removed, or to which access is disabled by the service provider, pursuant to a notice provided under subsection (c)(1)(C), unless the service provider:

...

- (B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days; and
- (C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.

- (3) CONTENTS OF COUNTER NOTIFICATION- To be effective under this subsection, a counter notification must be a written communication provided to the service provider's designated agent that includes substantially the following:

...

- (C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.

...

...

Come si può vedere, il DMCA rende gli ISP responsabili dei contenuti pubblicati dagli utenti, e allo stesso tempo (nel paragrafo (g)(1)) li solleva dalla possibilità di essere denunciati da questi ultimi qualora venga effettuata la censura delle pagine Web su richiesta di terzi. In tal modo gli utenti non potranno appellarsi ad un tribunale per contestare la lesione della propria libertà di espressione da parte dello stesso ISP, ma dovranno muoversi direttamente contro la persona o la società che ha richiesto la censura (che potrebbe essere un colosso dell'editoria o del software).

Inoltre, nel paragrafo (g)(2) viene illustrata la macchinosa procedura che l'utente dovrebbe seguire per difendere i propri diritti: dopo l'oscuramento del proprio sito, egli ha 10 giorni di tempo per spedire una contronotifica ("counter notification") che segnala l'infondatezza della censura; in seguito deve attendere altri 10/14 giorni durante i quali la parte che ha richiesto la censura potrebbe rivolgersi ad un tribunale. Occorre notare che durante i giorni così trascorsi il materiale pubblicato non sarebbe accessibile — e già questo rappresenta, di fatto, una censura eseguita senza alcun intervento legale.

9.3.1 Le conseguenze: il caso bnetd

La "clausola di rimozione" del DMCA ha finora causato un gran numero di oscuramenti di siti Internet, passati per la maggior parte inosservati perchè quasi nessuno degli utenti colpiti ha avuto il coraggio di cercare tutela in tribunale: nella gran parte dei casi, infatti, l'avversario sarebbe stato una grossa azienda dai mezzi enormemente superiori.

Questa tesi è confermata da un documento [20], pubblicati dalla WIPO, riguardante gli effetti della "clausola di rimozione" del DMCA. Esso infatti illustra il caso dei siti ospitati da Yahoo!™:

As a practical matter, notice and take down begins and ends the debate over whether a site stays up. Most service providers have little incentive to incur the costs and risks of litigation and will opt for the safe harbor, taking the site down. Users can provide a "counter notification" . . . but very few users choose this option in Yahoo!'s experience. . . . The vast majority of cases, . . . totaling thousands every quarter at Yahoo! involve no counter notification; the materials are taken down and stay down. This may be expedient and efficient, but to some extent it represents a might makes right resolution that gives little or no consideration to the validity of the co-

pyright interest being asserted, its ownership, the permissible scope of protection, or defenses such as parody, fair use, de minimis use, and so on.¹⁰

Ancora, in un altro documento [21] pubblicato dalla WIPO si legge:

... in my opinion ... the DMCA “direct notice” model does not totally eliminate the threat of large and powerful organisations pressurising smaller players or private individuals. ... if the customer is a much smaller player they may simply bow to the larger player because they do not have the resources to fight it or, in the case of private individuals, because they are not aware of the legal defences available to them¹¹.

Uno dei casi più clamorosi di utilizzo della “clausola di rimozione” del DMCA è stato quello di **Blizzard Entertainment**TM, che ha cercato di far chiudere il progetto **bnetd** — un applicativo libero che offriva agli utenti dei videogame **Blizzard**TM l’opportunità di disputare tornei in multiplayer via Internet, senza essere costretti ad utilizzare il servizio **Battle.Net**TM gestito dallo stesso produttore di videogiochi. La spinta alla creazione del progetto **bnetd** è infatti stata la mole di problemi e lacune tecniche di **Battle.Net**TM, che impedisce ad un gran numero di utenti di poter usufruire dell’opzione multiplayer dei videogame acquistati (i dettagli sono illustrati in <http://www.bnetd.org/project.php>).

Dal punto di vista della **Blizzard Entertainment**TM, tuttavia, le agevolazioni per gli utenti e gli usi legittimi del progetto **bnetd** sono secondari rispetto alla possibilità che tale programma potesse in qualche modo agevolare l’utilizzo di copie prive di licenza dei propri prodotti: il sistema **bnetd** infatti offre l’opportunità di gioco on-line senza implementare un controllo d’accesso basato sul codice identificativo che accompagna i CD-ROM contenenti i videogiochi. Il 19 Febbraio 2002, i legali della Vivendi Universal GamesTM (che possiede il marchio **Blizzard**TM) spedirono una lettera all’ISP che ospita il sito del progetto **bnetd**, intimandone la rimozione secondo le norme contenute nel DMCA. La richiesta di censura veniva motivata dalla presunta distribuzione di software in grado di alterare o aggirare delle “misure tecnologiche” a protezione dei videogiochi **Blizzard**TM (affermazioni peraltro assolutamente non vere nel caso di **bnetd**). Di fronte a queste intimidazioni il software fu rimosso dal sito — e nonostante ciò l’ISP ed il promotore del progetto furono in seguito denunciati per presunte violazioni del diritto d’autore e dei marchi registrati legati a **Blizzard**TM.

¹⁰Dal punto di vista pratico, la notifica e rimozione inizia e termina la discussione sul fatto che un sito possa rimanere attivo. Molti service provider hanno poco interesse nell’affrontare i costi ed i rischi di una causa e preferiranno il porto sicuro, rimuovendo il sito. Gli utenti possono presentare una contronotifica ... ma pochissimi utenti scelgono questa opzione secondo l’esperienza di Yahoo!. ... La grande maggioranza dei casi ... per un totale di migliaia per ogni trimestre a Yahoo! non comporta contronotifica: i materiali sono rimossi e restano rimossi. Questo potrebbe essere vantaggioso ed efficiente, ma per un certo grado questo rappresenta una soluzione in stile “legge del più forte” che offre poca o nessuna considerazione alla validità dell’interesse asserito sul copyright, alla sua proprietà, all’estensione concedibile alla protezione, o a difese quali [il diritto di] parodia, “fair use”, uso limitato, e così via.

¹¹... secondo la mia opinione ... il modello di “notifica diretta” del DMCA non elimina totalmente la minaccia di grandi e potenti organizzazioni che esercitano pressioni su contendenti più piccoli o semplici privati. ... se i clienti sono dei contendente più piccoli essi potrebbero semplicemente arrendersi al contendente più grosso perchè non hanno le risorse per combatterlo o, nel caso di semplici privati, perchè non sono e conoscenza delle difese legali disponibili.

Come nei precedenti casi di Sklyarov e Felten, occorre notare che i promotori del progetto bnetd non sono accusati di alcuna *effettiva* violazione del diritto d'autore, quale potrebbe essere l'utilizzo o la distribuzione illecita di copie dei programmi prive di licenza — ma una lettera di Blizzard™ è stata tuttavia sufficiente a censurare il sito Internet del progetto. La disputa legale tra Blizzard™ ed [Electronic Frontiers Foundation](#) (che appoggia il team bnetd) è tutt'ora in corso. Ulteriore documentazione e riferimenti sono reperibili in [32].

9.4 Altri casi

Quelli citati sono solamente tre dei casi più noti legati all'applicazione del DMCA. Un elenco completo sarebbe decisamente più lungo, e comprenderebbe situazioni in cui il DMCA è stata la causa di:

- censure a carico di riviste on-line (come nel caso di [2600](#), costretta dalla [Motion Picture Association of America](#) alla rimozione di alcuni link) e forum di discussione;
- attacchi contro semplici studenti e sviluppatori rei di aver sviluppato programmi liberi poco graditi ad alcune aziende (come [Agfa™](#));
- blocchi all'attività di hobbysti colpevoli di aver riprogrammato un giocattolo elettronico prodotto da [Sony™](#);
- divieti per gli utenti, privati di numerosi utilizzi ragionevoli di programmi o altri prodotti digitali (per esempio, nel caso dei DVD);
- censure a carico di un motore di ricerca, costretto a rimuovere i link ad alcuni siti che criticavano la condotta del potente movimento religioso [Scientology](#);
- blocchi alla diffusione di informazioni sui problemi di sicurezza di programmi e sistemi operativi prodotti da note aziende del settore.

Le enormi possibilità di denuncia ed azione legale offerte ai colossi dell'editoria e del software hanno inoltre creato un clima di tensione che, specialmente nel campo della ricerca e dello sviluppo di software libero, spinge molti scienziati e programmatori a tenersi lontani dagli Stati Uniti per timore di ripercussioni legali sulla propria attività, sull'esempio del caso Sklyarov. Tutte questi avvenimenti sono legati all'applicazione di norme del DMCA pienamente condivise dall'EUCD e dalla direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico.

Per una trattazione esauriente delle conseguenze dei tre anni di applicazione del DMCA (comprendente anche i casi finora citati come esempio) è possibile consultare i documenti della [Electronic Frontiers Foundation](#) in [33], e di Siva Vaidhyanathan in [34]. La notizia di uno degli ultimi casi di utilizzo del DMCA come strumento di censura (da parte di [Hewlett-Packard™](#)) è inoltre reperibile in [35].

10 Conclusioni

Anche se ci si limita a considerare l'EUCD una "semplice" direttiva sul diritto d'autore, vi sono molti motivi per ostacolare il suo recepimento da parte degli Stati membri dell'Unione europea: essa introduce nuove normative orientate alla salvaguardia dell'interesse non tanto degli autori, quanto degli editori e delle grosse software house, e non prevede alcuna nuova regolamentazione per i diritti degli utenti. Al contrario, per questi ultimi sono instaurate nuove limitazioni, e sono introdotte nuove incertezze legali. Come sottolineato nel già citato commento dell'EUCD redatto dalla Società degli archivisti britannica [8], la direttiva non rispetta il principio secondo cui «lo sviluppo di una società aperta e colta dipende da un equilibrio tra i differenti bisogni dei suoi membri. Un'enfasi eccessiva sui diritti di alcuni individui ed istituzioni può solamente danneggiare la società dell'informazione a cui la direttiva pretende di giovare».

Ma le conseguenze dell'EUCD non riguardano solo quello che *oggi* è considerato "diritto d'autore". La legislazione sul diritto d'autore, infatti, sta subendo un processo di estensione che la porta ad incidere su contesti sempre più numerosi e vasti; le leggi e le regole imposte sotto questa bandiera sono inoltre causa di restrizioni sempre più evidenti per la gran parte della società. L'EUCD entra a pieno titolo in questo processo, estendendo il concetto di "tutela del diritto d'autore" tanto da offrire ad autori e (soprattutto) editori nuove prerogative in grado di influenzare negativamente e limitare ambiti quali il libero scambio di idee, la ricerca, lo sviluppo di software, la comunicazione in generale. L'applicazione della direttiva porterà conseguenze negative per l'intera società — con il danno più diretto ed a breve termine a carico di utenti, ricercatori, sviluppatori di software libero. Queste conseguenze sono ancora più gravi se valutate in una prospettiva di diversi anni da oggi, e diventa impossibile dubitare della loro realizzazione quando si considera che le stesse norme previste dall'EUCD sono già in applicazione negli Stati Uniti, attraverso il DMCA, ed hanno già ampiamente dimostrato i loro danni per l'intera collettività. Non bisogna poi trascurare il fatto che la gran parte delle aziende che hanno utilizzato il DMCA come strumento di censura opera anche in Europa, e in Italia.

Il rischio di sottovalutazione delle conseguenze dell'EUCD esiste, ed è estremamente alto: lo stesso fenomeno si è già verificato negli Stati Uniti per il DMCA. Come fa notare Siva Vaidhyanathan in un suo articolo sulla legge statunitense [34], durante l'approvazione del DMCA «ci fu poco clamore pubblico — o nessun interesse, per questo argomento. La stampa tese a trattare l'atto come una innocua estensione del diritto d'autore nel nuovo mondo digitale. Ancora più spesso, coloro che espressero la loro preoccupazione furono ignorati dai sostenitori della tutela del diritto d'autore, e considerati dei radicali contrari al diritto d'autore in generale».

È dunque fondamentale comprendere i rischi che si celano dietro la nuova politica europea sul diritto d'autore, è fondamentale ostacolare il recepimento dell'EUCD da parte degli Stati membri dell'Unione europea, ed è fondamentale opporsi a qualunque altro provvedimento (come la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, si veda la sezione 6) che riduca le libertà degli utenti e consegna nelle mani delle grosse aziende i mezzi legali per il controllo di uno strumento sempre più indispensabile per l'intera società qual'è la rete Internet. Le libertà di ricerca e di espressione e le possibilità di accesso alla cultura passano sempre di più attraverso i canali digitali, ed è assolutamente necessaria una loro salvaguardia, che tenga conto degli interessi dell'intera collettività, non solo di quelli di alcuni grossi contendenti. È dunque fondamentale che i gruppi di utenti, le comunità di ricercatori, gli sviluppatori di software libero e, più in generale, tutti coloro che hanno a cuore la libertà di espressione e la possibilità di accesso al

sapere facciano sentire la propria voce, da tutti i Paesi membri dell'Unione europea.

11 Link utili

- La situazione dell'integrazione dell'EUCD nelle legislazioni dei Paesi membri dell'Unione europea: <http://wiki.ael.be/index.php/EUCD-Status>.
- openrevolt.org contiene vari documenti interessanti riguardanti diversi aspetti dell'EUCD: <http://www.openrevolt.org/>.
- La pagina sull'EUCD di Eurorights UK: <http://www.uk.eurorights.org/issues/eucd/>.
- La pagina sull'EUCD della Free Software Foundation Europe: <http://www.fsfeurope.org/law/eucd/>.

12 Ringraziamenti

I più sentiti ringraziamenti per i suggerimenti e le correzioni alle bozze di questo documento vanno a:

- Ferry Byte <ferry.byte@ecn.org>
- Leandro Noferini <leandro@softwarelibero.it>
- Alessandro Rubini <rubini@gnu.org>

Riferimenti bibliografici

- [1] Il testo in italiano della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione del diritto d'autore (EUCD): http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=it&numdoc=32001L0029&model=guichett.
- [2] Il testo in italiano della direttiva 91/250/CEE sui programmi per elaboratore: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=it&numdoc=31991L0250&model=guichett.
- [3] Il testo in italiano della direttiva 96/9/CE sulle basi di dati: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=it&numdoc=31996L0009&model=guichett.
- [4] Il testo in italiano della direttiva 2000/31/CE sulla società dell'informazione e sul commercio elettronico: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=IT&numdoc=32000L0031&model=guichett.
- [5] Il testo del Digital Millennium Copyright Act statunitense: http://www.eff.org/IP/DMCA/hr2281_dmca_law_19981020_pl105-304.html (in inglese).
- [6] Il testo del trattato WIPO sul diritto d'autore (20 dicembre 1996): <http://www.wipo.org/eng/diplconf/distrib/94dc.htm> (in inglese).
- [7] Il testo del trattato WIPO sulle rappresentazioni, le esecuzioni ed i fonogrammi (20 dicembre 1996): <http://www.wipo.org/eng/diplconf/distrib/95dc.htm> (in inglese).
- [8] Una lettera della Società degli archivisti britannica, contenente una critica ad una delle prime bozze dell'EUCD: <http://web.archive.org/web/20010223233342/http://www.pro.gov.uk/about/copyright/copyrighdraft.htm> (in inglese). Sebbene non sia riferito all'attuale versione della direttiva, molti dei punti sollevati nel documento restano tutt'ora validi.
- [9] La petizione che mira ad escludere le pubblicazioni scientifiche dall'ambito dell'EUCD è annunciata e motivata da un articolo di Paul Caro, per l'Accademia delle scienze francese: "Si deve applicare alle pubblicazioni scientifiche la Direttiva europea 2001/29/CE del 22 maggio 2001 sul copyright?" (http://www.transnationale.org/italien/forums/information__controle/showmessage.asp?messageID=2). La versione in lingua originale (francese) è pubblicata su <http://www-mathdoc.ujf-grenoble.fr/DA/>.

- [10] “Reevaluating Copyright: The Public must prevail” di Richard Stallman: <http://www.gnu.org/philosophy/reevaluating-copyright.html>. La versione in italiano è disponibile su <http://www.gnu.org/philosophy/reevaluating-copyright.it.html>.
- [11] “Owning the Immaterial?” di Georg Jakob: http://www.sbg.ac.at/~jack/legal/iceb2002/owning_immaterial_iceb2002.pdf.
- [12] “Positive Intellectual Rights and Information Exchanges” di Philippe Aigrain: <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain.pdf>.
- [13] “Vecchi poteri e vecchi privilegi contro il diritto di copiare” di Giancarlo Livraghi: <http://www.gandalf.it/free/copiare.htm>.
- [14] “La natura del diritto d’autore” di Giovanni Ramello e Francesco Silva: <http://www.biblio.liuc.it:8080/biblio/liucpap/pdf/44.pdf>.
- [15] “Copyright History And The Future: What’s Culture Got To Do With It?” di Paul Edward Geller: www-rcf.usc.edu/~pgeller/coprhist.pdf.
- [16] La convenzione di Berna sul diritto d’autore (ultimata il 24 luglio 1971): http://www.admin.ch/ch/i/rs/0_231_12/index.html (in italiano).
- [17] “Dimitry Sklyarov: Enemy or friend?” di Bruce Perens: <http://zdnet.com.com/2100-1107-530420.html?legacy=zdn>.
- [18] Le domande più frequenti sul DeCSS e sulle limitazioni imposte agli utenti di DVD: <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/dvd-discuss-faq.html> (in inglese).
- [19] “Provider e responsabilità nella legge comunitaria 2001”, pubblicato da ALCEI: http://www.alcei.it/documenti/cs020619_it.htm.
- [20] “A Look Back At The Notice-Takedown Provisions Of The U.S. Digital Millennium Copyright Act One Year After Enactment” di Batur Oktay e Greg Wrenn, pubblicato dalla WIPO: http://www.wipo.org/eng/meetings/1999/osp/pdf/osp_lia2.pdf.
- [21] “Notice And Take-Down Agreements In Practice In Europe – Views From The Internet Service Provider And Telecommunications Industries And The Recording Industry” di Nils Bortloff e Janet Henderson, pubblicato dalla WIPO: http://www.wipo.org/eng/meetings/1999/osp/doc/osp_lia3.doc.
- [22] Le licenze di Microsoft Frontpage™, Microsoft SQL Server™ e del database server di Oracle Corporation™ che limitano la libertà di espressione degli utenti sono discusse in due articoli di Ed Foster (in inglese): “Control with fine print” (<http://www.infoworld.com/articles/op/xml/01/10/01/011001opfoster.xml>) e “Is it OK for Microsoft and others to

- forbid disclosure of benchmark results?” (<http://www.infoworld.com/articles/op/xml/01/04/16/010416opfoster.xml>). Alcune porzioni interessanti di licenze Microsoft™ e McAfee™ sono citate su <http://www.cptech.org/ecom/ucita/licenses/disclosure.html> (in inglese).
- [23] Una discussione sulla licenza e sull’edizione di “Alice nel paese delle meraviglie” pubblicata come e-book da Adobe: “Adobe in Wonderland” di Lawrence Lessig (<http://www.thestandard.com/article/0,1902,22914,00.html>).
- [24] La descrizione degli effetti dell’EUCD, su [Eurorights UK](http://www.eurorights.org/eudmca/WhyTheEUCDIsBad.html): “Why The EUCD Is Bad” di (<http://www.eurorights.org/eudmca/WhyTheEUCDIsBad.html>).
- [25] Gli effetti della “clausola di rimozione” dell’EUCD: “EUCD: the Takedown Clause” di Martin Keegan (<http://www.openrevolt.org/papers/eucd/EUCD-Takedown-1.pdf>).
- [26] “[European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>.
- [27] “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid,” di Bernt Hugenholtz: <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html>.
- [28] “Diritto d’autore e tutela delle misure tecnologiche di protezione” di Tahita Malago, pubblicato su [InterLex](http://www.interlex.it/copyright/malagol.htm): <http://www.interlex.it/copyright/malagol.htm>.
- [29] La deposizione di Bruce Schneier al processo che vedeva contrapposti Edward Felten e la RIAA (argomento affrontato nella sezione 9.2.1): http://www.eff.org/Legal/Cases/Felten_v_RIAA/20010813_schneier_decl.html (in inglese).
- [30] La fonte di documentazione principale per il caso di Dmitry Sklyarov (programmatore russo arrestato dall’FBI per una violazione del DMCA) è <http://www.freesklyarov.org/> (in inglese). Interessante anche la discussione a tal proposito di Domenico delle Side, su: <http://www.softwarelibero.it/GNU/opinioni/delleside-dmca.shtml> (in italiano).
- [31] Il caso di Edward Felten, ricercatore minacciato dalla RIAA (la corporation dell’industria del disco statunitense) che, grazie al DMCA, intendeva impedire la divulgazione di alcune ricerche sulla sicurezza dei sistemi di protezione per il materiale coperto da diritto d’autore: http://www.eff.org/Cases/Felten_v_RIAA/ (in inglese).

- [32] Il materiale riguardante la causa legale (originata dal DMCA) tra BlizzardTMe bnetd project è reperibile su http://www.eff.org/IP/Emulation/Blizzard_v_bnetd/ (in inglese).
- [33] “Three Years under the DMCA” di Fred von Lohmann: http://www.eff.org/IP/DMCA/20020503_dmca_consequences.html.
- [34] “Copyright as Cudgel” di Siva Vaidhyanathan, un testo che illustra le conseguenze dell’applicazione del DMCA, la sua sottovalutazione da parte dell’opinione pubblica statunitense ed i pericoli insiti nelle recenti politiche di tutela del diritto d’autore: <http://chronicle.com/free/v48/i47/47b00701.htm>.
- [35] Uno degli ultimi casi di utilizzo del DMCA come strumento di censura: Hewlett-PackardTM costringe alla rimozione delle informazioni riguardanti un baco di un suo sistema operativo (<http://news.com.com/2100-1023-947325.html>, in inglese).