

*L'autonomia contrattuale delle parti: la gestione individuale dei diritti
in ambiente digitale*

Le reti telematiche e la tecnologia digitale hanno concesso all'autore o al titolare di diritti connessi la possibilità di mettere a disposizione del pubblico le proprie opere senza l'intermediazione di un'impresa, soprattutto nel caso di quelle opere per la cui creazione e diffusione non sono necessari mezzi e investimenti rilevanti.¹

Come ha sostenuto Spada ormai quasi un decennio fa “le reti telematiche incidono sulla intermediazione depotenziandola, in ragione della promiscuità delle intermediazioni e della cosiddetta interattività consentita all'utilizzatore finale. Sarebbe piuttosto la rete nel suo complesso a svolgere un ruolo di intermediazione nella fruizione dei materiali, testuali, iconici e sonori che vi sono immessi.”²

Come ha giustamente spiegato Marco Ricolfi,³ fino a tempi molto recenti l'autore non era in grado di instaurare rapporti diretti con i fruitori delle proprie opere, salvo casi molto particolari come quelli delle opere pittoriche e plastiche.

La gestione individuale presupponeva infatti un rapporto trilaterale: da una parte c'era l'autore che vendeva i propri diritti sull'opera, dall'altro l'impresa editoriale, musicale o cinematografica che li acquistava e si faceva carico di dare un valore economico all'opera immettendola sul mercato e quindi rendendola accessibile al pubblico.⁴

Infatti l'impresa, una volta acquisiti i diritti, assumeva su di sé il compito di produrre i supporti in cui incorporare l'opera sfruttando la propria attività manifatturiera e impiegando le proprie risorse materiali.

¹ AUTERI, *Il paradigma tradizionale del diritto*, cit., p. 45 ss.

² SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1998, p. 638.

³ RICOLFI, *Gestione collettiva e gestione individuale in ambiente digitale*, in *Proprietà digitale*, cit., p. 186.

⁴ Questo è ancora oggi il sistema che prevale in molti settori della produzione culturale, in particolare per quanto riguarda l'opera letteraria, cinematografica, audiovisiva; un discorso a parte invece deve essere fatto per l'opera musicale, di cui mi occuperò nei paragrafi successivi.

Era sempre l'impresa che, direttamente o attraverso soggetti terzi, distribuiva l'opera e si faceva carico di un'eventuale insuccesso di vendita dopo aver sostenuto tutti i costi di produzione e distribuzione.

Ma anche l'autore doveva (e ancora oggi deve) pagare un prezzo molto gravoso per questa intermediazione.

L'impresa, ma più esattamente l'editore o il produttore, a fronte del compito di collocare l'opera sul mercato al termine di un ciclo industriale, esigeva dal creatore dell'opera la cessione "in blocco" di tutti i diritti patrimoniali.

Salvo il caso eccezionale di autori molto affermati capaci di "tenere testa" alle richieste degli editori e dei loro uffici legali, i contratti erano, ma ancora oggi sono, stilati unilateralmente dall'imprenditore e senza alcuna possibilità per la controparte di intervenire sul contenuto. L'autonomia contrattuale delle parti è una formula vuota: l'editore predispose il contratto e l'autonomia dell'autore consiste soltanto nella possibilità di rifiutare o accettare. Ma rifiutare un contratto, dopo anni di attese e di impegno, equivale a uscire dal mercato, soprattutto oggi che i piccoli editori o le case di produzione di nicchia sono schiacciate da forti concentrazioni imprenditoriali che detengono ampie quote del mercato e agiscono come monopolisti del settore della produzione culturale.

Questo, nella pratica quotidiana, significava (e significa) che, indipendentemente dalla regola generale per cui la cessione di uno o più diritti di utilizzazione non implica, salvo patto contrario, il trasferimento di altri diritti che non siano necessariamente dipendenti dal diritto trasferito, uno scrittore che volesse pubblicare in forma cartacea il suo romanzo era (ed è) costretto a cedere all'editore tutti i diritti di utilizzazione economica, compresi quelli su eventuali elaborazioni e trasformazioni della sua opera. Il che materialmente significa cessione dei diritti di riproduzione parziale o integrale in Italia o all'estero, su giornali, riviste, antologie, dischi e su qualsiasi altro mezzo o supporto meccanico, elettronico, audio, digitale, nonché cessione dei diritti relativi alla traduzione parziale o integrale dell'opera in lingua straniera e alla riduzione cinematografica, teatrale e televisiva.

Il problema si complica ulteriormente quando l'editore entra in contatto con soggetti che sono eventualmente interessati a delle utilizzazioni secondarie dell'opera e che quindi chiedono di poter acquistare le licenze per lo sfruttamento di alcuni dei diritti da lui detenuti.

Ecco che l'impresa cessa di essere l'intermediario tra autore e utilizzatore e agisce come un soggetto commerciale che risponde alle proprie regole di mercato che spesso divergono da quelle del creatore dell'opera dell'ingegno.

La logica del profitto è spietata e non arretra davanti a concetti nobili quali l'equità del prezzo finale, la circolazione del sapere, lo scambio sociale.

L'editore impone un prezzo che è necessariamente alto perché deve coprire tutti i suoi costi di produzione e che non tiene mai conto delle richieste, sicuramente più eque, dell'autore. Quasi sempre la "circolazione" dell'opera in sfruttamenti secondari si blocca per richieste troppo esose, a meno che la controparte non sia un'altra major del mercato: a questo punto si scatena una guerra tra giganti e anche l'autore si avvantaggia dal conflitto, ma sono ipotesi che si contano sulle dita di una sola mano.

La verità è che l'editore rifiuta di cedere uno o più dei diritti richiesti e tutto avviene senza che l'autore venga interpellato o anche solo reso partecipe della possibilità di vedere rivivere la sua opera o parte di essa in un diverso prodotto culturale o d'intrattenimento. Uno scacco per l'autore e per tutti coloro che necessitano di contenuti culturali preesistenti per sviluppare nuove opere creative.

La tecnologia digitale e la sua applicazione alle reti telematiche hanno però messo in crisi per la prima volta il tradizionale rapporto tra creatori e impresa. Infatti, la capacità offerta dalla tecnologia di fissare su uno stesso supporto, compresa la memoria di un computer, mezzi di espressione diversi, unita alla possibilità offerta a chiunque di realizzare copie perfette dell'originale con un costo marginale pari a zero ha in parte reso quasi inutile la necessità di affidarsi a un'impresa per "dare una veste materiale" all'opera e per distribuirla sul mercato. Anzi, proprio Internet ha permesso

di superare i confini tradizionali della diffusione dell'opera per arrivare a una globalizzazione della trasmissione.

Chiunque, sia egli autore o operatore professionale, può comunicare all'intero pubblico dei soggetti collegati alla rete l'opera creata senza più l'intermediazione di un soggetto terzo. Come ha ben sintetizzato Ricolfi "un'opera in formato digitale può essere resa disponibile in ogni tempo, in ogni luogo e con un numero di copie infinito."⁵

Accanto al tragitto lungo, che porta le opere dei creatori al mercato passando per l'impresa, è oggi divenuto possibile il tragitto breve che mette in contatto diretto creatori e pubblico e che si configura come una nuova forma di gestione individuale.

L'autore che desidera trarre in prima persona un profitto dall'utilizzazione della sua opera attraverso la comunicazione al pubblico, deve però subito confrontarsi con il problema di proteggere i suoi diritti esclusivi da un uso non autorizzato da parte di un numero pressoché infinito di potenziali trasgressori.

Lo sfruttamento di un'opera nella rete esige tuttavia l'applicazione di sistemi di protezione che limitino l'accesso all'opera a coloro che abbiano ottenuto contrattualmente il consenso del titolare. L'opera viene quindi messa "sotto chiave"⁶ attraverso dispositivi tecnici di protezione e il pubblico interattivo accede all'opera attraverso il pagamento di un prezzo direttamente fissato dall'autore o sottoscrivendo e accettando condizioni e limiti coerenti con le finalità da lui perseguite. Ma qualsiasi dispositivo tecnico creato dall'uomo, può essere eluso da un altro dispositivo tecnico creato da un altro uomo e ben presto la soluzione del "lucchetto" diventa una misura di protezione inadeguata.

Per meglio comprendere quanto appena espresso, desidero riferire quello che accadde in rete quando l'autore americano di best seller Stephen King "pubblicò" sul suo sito prima un racconto inedito e poi alcuni capitoli di un romanzo ponendoli in vendita al pubblico interattivo.

⁵ RICOLFI, *op. cit.*, p. 187.

⁶ Non approfondisco in questa sede la nozione di misure tecnologiche e di DRM perché sono l'argomento di uno specifico paragrafo di questo capitolo.

Il 14 marzo 2000, Stephen King, scrittore i cui libri sono tra i più venduti al mondo, rese disponibile esclusivamente in rete un racconto inedito al costo di 2,5 dollari.

Nelle prime 48 ore dal rilascio, il testo fu acquistato e scaricato da ben 150.000 persone, e gli stessi server delle librerie virtuali, tra cui Amazon, SimonSays e NetLibrary, a cui King aveva affidato la distribuzione on-line dell'opera, non riuscirono a reggere l'imponente mole di traffico. Lo stesso accadde ai siti di alcuni produttori di dispositivi di sicurezza nonché a quelli degli editori che erano stati coinvolti nell'operazione commerciale (Glassbook Inc., SoftLock.com., netLibrary, Nuvomedia Inc.'s Rocket eBook, Peanutpress.com e SoftBook Press).

L'esperimento fu considerato un successo, ma non trascorsero due settimane che il libro venne "piratato".

La protezione della versione PDF del testo, basata su di un sistema di criptazione a 40 bit, venne rimossa da hacker sconosciuti.

La Glassbook Inc., all'epoca titolare della tecnologia di protezione, si affrettò a modificare il sistema di protezione alzando il livello di criptazione del testo e usando una chiave a 64 bit. Tuttavia, il danno era fatto, e il racconto cominciò a circolare in rete e venne duplicato illegalmente.

Nel luglio di quello stesso anno, King ripeté l'esperimento iniziando a pubblicare in rete i capitoli di un nuovo romanzo, *The Plant*.

L'opera veniva messa a disposizione del pubblico con cadenza mensile in blocchi di circa cinquemila parole e posta in vendita, con la formula dello *shareware*, sul sito dello scrittore al prezzo di 1 dollaro al blocco per le prime tre parti e di 2 dollari per i successivi fino ad arrivare all'ottavo capitolo.

Lo scrittore si impegnava poi a rendere gratuiti tutti i capitoli dall'ottavo sino all'ultimo per un prezzo complessivo di 13 dollari, pressappoco il costo di una edizione tascabile.

King aveva però fatto un patto con i lettori: “*If you pay, the story rolls. If you don’t, the story folds*” (Se paghi la storia continua altrimenti si interrompe), così aveva scritto nella sua pagina web.

Dopo il sesto capitolo pubblicato a dicembre il romanzo fu sospeso, “ibernato” per usare le parole dell’autore.

Benché infatti, in termini di *download*, l’avvio per *The Plant* fosse stato esaltante (152.000 utenti solamente nel corso della prima settimana), alla prova dei fatti soltanto 120.000 scaricarono il primo capitolo pagando, e addirittura solo 40.000 il quinto. Come affermò ai tempi l’agente dello scrittore, Marsha DeFilippo: “In ottobre solo il 46 per cento di chi aveva scaricato il quarto episodio aveva effettivamente sborsato il prezzo richiesto”.

In termini puramente commerciali, l’esperimento poté considerarsi fallito. Secondo i fortunati standard di Stephen King, il guadagno per l’autore fu “solo” di 463.832 dollari. Dal profitto lordo (pari a 721.000 dollari) furono infatti detratti 14.000 dollari per la realizzazione delle varie versioni dell’e-book, 141.150 dollari per la pubblicità e 103.000 dollari per il sito Web.⁷

L’esperimento di King, oltre a confermare che le misure tecnologiche di protezione sono sempre eludibili, ci insegna anche che la gestione individuale dei diritti in ambiente digitale senza l’intermediazione di terzi è un sogno quasi irrealizzabile.⁸

Ai “vecchi editori cartacei” si sostituiscono nuovi intermediari quali i creatori dei siti web, i distributori on-line di opere, i provider, gli ideatori delle tecnologie di protezione, i nuovi editori digitali, solo per citarne alcuni. L’autore, che non possa vantare un fama del calibro di King, difficilmente riuscirà a conservare la gestione diretta dei suoi diritti senza dover venire a patti con quelle nuove figure professionali che si affacciano oggi sul mercato della produzione culturale on-line.

⁷ COLLURA, *Il caso King*, reperibile sul sito:
www.2.unime.it/digisc/documentazione/codifica_baltico/html.

⁸ Come suggerisce AUTERI, la messa a disposizione del pubblico di un’opera da parte di un autore è possibile soprattutto nel caso di opere per la cui creazione e diffusione non sono necessari mezzi e investimenti rilevanti. Vedi *Il paradigma tradizionale del diritto d’autore*, cit., p. 45.

La proliferazione di intermediari in rete renderà difficilissima sia l'individuazione dei titolari dei diritti d'autore e connessi, sia la contrattazione individuale.

Nel caso della realizzazione di un'opera multimediale, l'editore dovrebbe infatti impiegare risorse umane e finanziarie elevatissime con costi difficilmente recuperabili. Non ci sarebbe altra possibilità, per realizzare un multimediale, se non quella di utilizzare materiali caduti in pubblico dominio oppure opere che sono state commissionate *ad hoc*.⁹

⁹ In questo caso l'opera multimediale risulterebbe un'opera *ex nihilo* e questo modificerebbe radicalmente il regime giuridico di opera derivata, come spiegherò a conclusione del paragrafo.