

End User License Agreement e diritto dei contratti nell'era digitale.

Il diritto d'autore riconosce al creatore dell'opera un pacchetto di prerogative che spaziano dal diritto di rivendicarne la paternità¹, ai diritti di sfruttamento economico², rappresentando così, da una parte, un incentivo all'innovazione e dunque un beneficio, dall'altra, un costo in termini di monopolio³. Tale essenza monopolistica è la ragione per la quale i diritti d'autore sono circoscritti in ampiezza e durata attraverso limiti volti a promuovere la diffusione di nuove opere, la circolazione dell'informazione e della conoscenza, garantire la libera concorrenza e l'innovazione tecnologica. Il carattere limitato della tutela nonostante le recenti tendenze legislative, puntate ad estendere l'ampiezza e la durata dell'esclusiva, ha resistito nel tempo e costituisce un tratto riscontrabile sia nel *copyright* anglosassone che nel diritto d'autore continentale⁴.

La rivoluzione informatica e telematica e le sollecitazioni che queste hanno indotto sul mercato delle opere dell'ingegno, tuttavia, hanno imposto al diritto d'autore un'enorme sfida il cui impatto sul mondo giuridico ha condotto a notevoli cambiamenti⁵. Grazie alle tecnologie informatiche le opere sono elaborabili con estrema facilità e trasferibili in Rete in frazioni di secondo.

Nuovi tipi di opere possono inoltre essere concepite: l'esempio più significativo è il *software*⁶, la cui tutela nel contesto europeo ha trovato riconoscimento normativo nel corso degli anni Novanta. In particolare, la direttiva 91/250 CEE⁷, ponendo fine ad un travagliato percorso giurisprudenziale e

¹ Cosiddetto diritto morale d'autore.

² Cosiddetto diritto patrimoniale d'autore. La normativa a cui fare riferimento per quanto riguarda il diritto d'autore in Italia, è la legge 22 aprile 1941 n. 633, si vedano in particolare gli artt. 12 ss. della legge 22 aprile 1941, n. 633.

³ In argomento vedi R. CASO, *Digital Rights Management, Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2001, ristampa digitale reperibile all'URL <http://www.jus.unitn.it/users/caso/publicazioni/DRM/Roberto.Caso_DRM.pdf>, cit., 172 ss.

⁴ Un primo fondamentale limite è rintracciabile nei presupposti individuati dal legislatore affinché un'opera possa considerarsi dell'ingegno: la tutela, garantita solo alle opere creative, è chiamata a coprire esclusivamente la forma in cui è espressa l'opera e non anche l'idea ad essa sottesa. Per quanto concerne poi il diritto patrimoniale di esclusiva, esso è destinato ad estinguersi allo scadere di un certo numero di anni, conteggiato a partire dalla morte dell'autore. I limiti cui si è fatto cenno costituiscono "vincoli" intrinseci e coesenziali all'oggetto del contenuto del diritto cui danno propria fisionomia, senza peraltro presentare carattere eccezionale rispetto alle disposizioni che accordano la protezione. Vi sono poi ulteriori limitazioni, che sono vere e proprie deroghe, eccezioni al diritto d'autore, identificabili con la dottrina del *fair use*, per quanto riguarda la disciplina nordamericana; con le libere utilizzazioni, in ambito europeo. La base normativa cui fare riferimento nel panorama italiano è quella della legge 22 aprile 1941 n. 633 e per quanto riguarda le limitazioni, in particolare, gli artt. 65 – 71 quinquies. Il fatto che i limiti al diritto d'autore siano espressi in forma di principio, ne consente una continua rilettura, adeguamento, aggiornamento e specificazione da parte dell'interprete, anche in relazione all'evoluzione culturale e tecnologica della società. Si pensi a concetti come creatività e originalità ovvero alla dicotomia idea/espressione, presupposti per la tutela del diritto d'autore, applicati nel campo dei programmi per elaboratore. Sul punto per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. MOSCON, *Diritto d'autore e protezione del software: l'irrisolta questione dell'originalità*, in *Diritto dell'Internet*, 4, 2007, 349.

⁵ PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, II ed., Bologna, 2006, 150.

⁶ F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo, statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, in PASCUZZI, CASO (a cura di), *I diritti sulle opere digitali, copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova 2002, 243.

⁷ Cfr. Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, attuata in Italia con D.lgs n. 518 del 1992.

dottrinale⁸, ha accordato tutela ai programmi per elaboratore inquadrandoli nel paradigma del diritto d'autore⁹.

L'avvento dell'era digitale ha inoltre condotto alla nascita di nuove forme di controllo delle informazioni contenute nelle opere dell'ingegno, basate principalmente su tre strumenti: il contratto, la tecnologia, la legge sulla proprietà intellettuale.

La natura ambigua della licenza d'uso all'utente finale.

Lo sfruttamento economico dell'opera avviene attraverso contratti sui diritti di utilizzazione, che possono essere vere e proprie cessioni ovvero licenze, esclusive o non, cosiddette *End User License Agreements* (EULAs). L'EULAs, che mirano a conferire al produttore del *software* il maggior controllo possibile sul "proprio" bene, sfidando i limiti che derivano dalla legge sul diritto d'autore, pongono numerosi problemi giuridici. Ciononostante esse costituiscono il principale strumento di distribuzione di massa del *software*¹⁰.

Un fondamentale elemento caratterizzante questa tipologia contrattuale è la pretesa distinzione tra vendita e licenza d'uso proprietaria¹¹, fondata su ragioni economiche e giuridiche.

Lo schema contrattuale prevede, da un lato, il trasferimento del diritto di utilizzare per un tempo indeterminato una singola riproduzione del *software*, dall'altro, l'attribuzione di un corrispettivo, erogato per lo più in un'unica soluzione. Nelle condizioni contrattuali si insiste nell'affermare l'esclusiva titolarità del programma per elaboratore in capo alle *software houses* e l'impossibilità per il licenziatario di trasferire a terzi il programma¹². Sotto il profilo giuridico l'utilizzo della

⁸ La giurisprudenza di merito si era espressa sulla tutelabilità del *software* prima dell'intervento legislativo, cfr. Pret. Roma, 4 luglio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 3133, con nota di R. PARDOLESI, *Software di base e diritto d'autore: una tutela cripto brevettuale?*

⁹ Come per tutte le opere dell'ingegno, restano in ogni caso esclusi dalla protezione accordata le idee e i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento del programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il *software*, dunque, rientra a pieno titolo nel novero delle opere dell'ingegno in quanto "risultato raggiunto mediante il prevalente impiego delle facoltà della mente umana". DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Milano, 1971, 17. Secondo le tendenze prevalenti in dottrina, una produzione intellettuale si qualifica come opera dell'ingegno se i suoi elementi costitutivi sono creatività, originalità e novità, senza tuttavia che tali elementi risultino tra loro nettamente distinti. L'era digitale, tuttavia, comporta una ridefinizione degli elementi che caratterizzano l'opera dell'ingegno. Sul tema dell'originalità e della dicotomia idea espressione con particolare riguardo al caso del *software* cfr. MOSCON, *Diritto d'autore e protezione del software: l'irrisolta questione dell'originalità*, cit.

¹⁰ Lo strumento contrattuale della licenza d'uso è valorizzato, in realtà, sia da chi vuole garantirsi un controllo rigido e centralizzato dell'informazione (c.d. licenze d'uso proprietarie), sia da chi è invece favorevole ad un controllo elastico e decentralizzato della stessa (c.d. licenze non proprietarie, che derivano dalla matrice della *General Public License*).

¹¹ Per comprendere il significato di questa rivendicazione è necessario considerare la complessità di tale strumento contrattuale in relazione al pericolo di atti di pirateria che spingono le imprese produttrici a cercare una soluzione attraverso il modello contrattuale in esame.

¹² Nel panorama della dottrina italiana sulla portata e il significato della licenza d'uso si evidenziano sostanzialmente due posizioni prevalenti e contrapposte. Secondo un primo orientamento tale fattispecie contrattuale deve qualificarsi quale contratto atipico cui estendere in via analogica la disciplina del contratto di locazione contenuta negli artt. 1571 ss. cod. civ., respingendosi un possibile accostamento al contratto di compravendita. Ciò prevalentemente in ragione

licenza mira in tal senso ad aggirare la regola di *copyright* che discende dall'esaurimento del diritto d'autore - conseguenza *ex lege* dell'immissione sul mercato— secondo cui la prima vendita di una copia dell'opera esaurisce il diritto di controllare ogni ulteriore distribuzione sulla medesima¹³.

Sotto il profilo economico, mediante tale schema contrattuale i produttori di *software* possono più agevolmente praticare *bundling* e discriminazione dei prezzi¹⁴.

Dal potere contrattuale al *Digital Rights Management*.

Al mutamento della tecnologia corrisponde un mutamento della struttura del mercato e dunque delle istituzioni e delle regole sulle quali esso si basa. Nascono nuove forme di controllo dell'informazione tendenti a mettere in primo piano il contratto e la tecnologia, mentre la legge sembra perdere la sua centralità e diventare uno strumento che, al limite, serve a rafforzare il controllo basato sui primi due¹⁵.

Il tema delle licenze d'uso mette in luce numerosi ed importanti profili inerenti il diritto dei contratti, tra cui: la disciplina della formazione del contratto mediante condizioni generali; l'intersezione tra contratto e proprietà intellettuale; il rapporto tra contratto e consuetudini; la circolazione transfrontaliera dei modelli contrattuali e la relazione tra contratto, autotutela privata e tecnologie digitali¹⁶.

dell'affermazione contrattuale, in base alla quale si stabilisce che oggetto della licenza è il mero diritto d'uso e che la *software house* rimane unica proprietaria del programma e della relativa documentazione. Secondo un'altra impostazione si ritiene, invece, che tale fattispecie contrattuale debba qualificarsi come una vendita, ciò anche alla luce dell'esplicito inquadramento normativo del *software* tra le opere dell'ingegno protette ai sensi della legge sul diritto d'autore. Tuttavia, l'inquadramento del programma per elaboratore quale opera dell'ingegno dotata di autonoma protezione a livello di bene immateriale ed ancor più l'introduzione del principio dell'esaurimento espressamente riferito al *software* (l'art. 64 bis legge autore) sembrano rendere maggiormente sostenibile la riconducibilità della cessione della copia del *software* a tempo indeterminato, seppure attuata attraverso lo schema della licenza d'uso, al contratto di compravendita.

¹³ Il principio di esaurimento è inserito all'interno dell'articolo 17 che al comma 2 L.A. stabilisce che il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera si esaurisce nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà sia avvenuto nella Comunità Europea e sia stato effettuato dal titolare del diritto o da un terzo con il suo consenso.

¹⁴ Il *bundling* consiste in una strategia finalizzata a legare la commercializzazione di un bene a quella di un altro bene. Nel mercato del software è molto comune: si pensi ai pacchetti per l'automazione dell'ufficio nei quali si trovano i *word processor* il foglio elettronico, il *database* e le applicazioni per generare pagine Web e presentazioni pubbliche. La discriminazione dei prezzi consiste invece nella commercializzazione di uno stesso bene con fasce differenziate di prezzo: si pensi alle differenti versioni delle licenze d'uso per lo stesso *software*. Cfr. R. CASO, *Le licenze software*, in G. PASCUZZI (cur.), *Pacta sunt servanda*, Bologna, 2006.

¹⁵ Le ultime modifiche legislative del diritto d'autore, infatti, non si concentrano tanto sul diritto di esclusiva, quanto sulla disciplina delle tecnologie. Cfr. nel contesto europeo la direttiva 29/2001, concernente "l'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione" pubblicata in G.U.C.E. n. L 167/1 del 22 giugno 2001; DMCA Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 1998. Per una comparazione dei contenuti del DMCA e la direttiva 2001/29/CE anche in relazione ai trattati WIPO v. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., 125 ss.

¹⁶ L'ultimo stadio dell'evoluzione della prassi è rappresentato dall'incrocio tra Internet e *Digital Rights Management* (DRM), l'architettura informatica in grado di incorporare le limitazioni d'uso del contenuto digitale e la loro tutela nella stessa tecnologia. I sistemi DRM sono capaci di rendere effettiva la limitazione d'uso indicata nella licenza,

Una prima fondamentale questione riguarda la formazione del contratto e quindi l'effettiva esistenza di un contratto. La notevole espansione dei prodotti informatici e la diminuzione dei loro costi hanno comportato il passaggio da singole contrattazioni a forma scritta, ad una commercializzazione di massa tramite contrattazioni impersonali, per le quali viene ad essere utilizzata la c.d. licenza a strappo (*shrink-wrap license*), ovvero, oggi ancora più diffusa, licenza a *click* (*click-wrap license*). Nell'ambito di tali contratti l'accordo si perfezionerebbe non solo senza possibilità di negoziazione, ma –nel caso delle licenze a strappo - senza che sia data la possibilità all'oblato di conoscere le condizioni contrattuali che si trovavano all'interno della confezione al momento dello strappo.

Si tratta in ogni caso di contratti standard conclusi per adesione ai sensi dell'art. 1341 cod. civ., il cui comma 2 impone che le clausole vessatorie inserite in condizioni generali di contratto siano specificatamente approvate per iscritto. Si pongono dunque numerose questioni, tra cui anzitutto quella dell'equivalenza il problema dell'equivalenza tra il *click* sul tasto accettazione e la forma scritta. Con riguardo alla conclusione di contratti telematici vengono altresì in considerazione le norme sul commercio elettronico¹⁷, che impongono particolari obblighi di informazione e trasparenza, oltre che le regole dei contratti del consumatore¹⁸, le quali prescrivono uno stringente controllo sia sul contenuto che sul processo di conclusione del contratto¹⁹.

Il fatto che le licenze si estrinsechino in condizioni generali di contratto pone problemi di tutela del contraente accettante che trovano convincenti spiegazioni anche in termini di analisi economica e psicologia cognitiva, in tal senso la digitalizzazione delle condizioni generali di contratto modifica la posizione dell'aderente ma certo non la migliora²⁰.

sanzionando mediante misure tecnologiche di protezione l'utente che provi a disattendere le prescrizioni contrattuali. Ad esempio, il tentativo di aggirare la clausola che consente di installare il *software* solo su un numero limitato di *computer*, potrebbe essere punito solo con la disattivazione dell'installazione non consentita. A ciò contribuisce il fatto che il legislatore occidentale, sia europeo che nordamericano, si è mostrato favorevole all'uso di misure tecnologiche di protezione, pur fermo il principio che vige in tutti sistemi giuridici occidentali che vieta l'autotutela privata. Si può dunque paradossalmente riscontrare che se da una parte il legislatore occidentale e le istituzioni che promuovono l'adozione di standard tecnologici assecondano il rafforzamento del controllo privato sull'informazione; dall'altra la validità delle licenze d'uso proprietarie rese effettive tecnologicamente è ancora discussa sotto diversi profili. In questo contesto l'intangibilità del contenuto digitale, rappresentato da un *file* scaricabile ovvero semplicemente accessibile attraverso Internet, l'accorciamento della catena di distribuzione e l'automazione di tutte le fasi della vita del contratto – negoziazione, conclusione, esecuzione ed *enforcement* – esasperano e modificano i problemi giuridici emersi già all'indomani delle licenze d'uso sul *software*.

¹⁷ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000 attuata in Italia con D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

¹⁸ Contratti conclusi tra consumatore e professionista ai sensi del D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206.

¹⁹ Determinate clausole che configurino, ad esempio, restrizioni nella libertà di utilizzo del prodotto o della libertà contrattuale del licenziatario nei confronti dei terzi, o che limitano le garanzie del produttore sul prodotto, potrebbero essere nulle o inefficaci.

²⁰ Sebbene *on-line* i testi dei contratti siano facilmente reperibili e le tecnologie evolute del commercio elettronico sembrano poter garantire maggiore trasparenza e disponibilità dell'informazione, i problemi tradizionali dell'ambiente *off-line* sono esasperati in un contesto nel quale l'offerente ha il controllo esclusivo dell'infrastruttura tecnologica nella

Lo scenario appare ancora più preoccupante in relazione all'ultima frontiera del potere contrattuale rappresentata da infrastrutture informatiche (*Digital Rights Management*) capaci di rendere immediatamente effettive le limitazioni d'uso scritte nelle licenze, sanzionando direttamente l'utente che provi a disattendere le prescrizioni contrattuali. In questo scenario, che caratterizza le forme più recenti di commercio elettronico, il testo contrattuale diventa una macchina e la macchina conferisce il potere di auto tutelarsi.

Le regole frutto di negoziazione sembrano così cedere il passo ad una regolamentazione unilaterale predeterminata ed inflessibile.

Prof. Roberto Caso
Dott. Valentina Moscon