

Licenze pubbliche di software e contratto

di CARLO PIANA

Il presente articolo (1) (2) si propone di indagare (3) sulla natura contrattuale o meno delle licenze pubbliche di software e in generale di materiale soggetto a diritto d'autore (4). Più precisamente, se sia necessario ritenere che una licenza pubblica di software o di contenuti artistici sia un contratto o non possa essere (anche e soprattutto) qualcos'altro. O meglio ancora, se l'atto giuridico che importa disposizione del diritto d'autore per una o più copie di un programma per computer o di contenuti artistici con licenza pubblica sia necessariamente un contratto.

La *species* «licenza pubblica» fa ovviamente parte del *genus* «licenza». Se per la seconda abbiamo una certa evoluzione dottrinale che la inquadra con una sufficiente coerenza, per la prima non riscontriamo una trattazione sistematica, tuttalpiù si rinvencono analisi su casi singoli, che però non operano la generalizzazione che secondo me è possibile. Per comprendere quale sia la specificità, e insieme il tratto caratteristico di questa specie, dunque, è necessario procedere dai pochi punti fermi a nostra disposizione.

Diritto d'autore e smaterializzazione dei contenuti

I diritti d'autore su un'opera circolano con gli stessi strumenti previsti per gli altri diritti. Non è stata dettata una disciplina completa ed esaustiva degli atti con i quali i diritti su un'opera vengono trasmessi o concessi.

Si è soliti menzionare che di un'opera è possibile disporre in due modi: del diritto in sé, quale bene immateriale, o di un singolo diritto puntuale di utilizzo. L'atto con cui si esercita tale ultima puntuale disposizione del diritto concessione viene chiamato «licenza». Per la licenza si è sempre data per scontata la natura contrattuale, salvo controvertere sul tipo contrattuale più rispondente al contratto stipulato con l'utente finale: per alcuni locazione di cose, per altri vendita, per altri ancora appalto o contratto «puramente» atipico. Non ci vogliamo addentrare in tale questione, se pur abbiamo dato tempo addietro una nostra personale classificazione per quanto riguarda il software (5).

Ma non sempre ci si è concentrati sulla «licenza». Storicamente l'analisi della tutela del diritto d'autore è incentrata sull'acquisto della copia, e il diritto d'autore è inteso come un limite alla riproducibilità ulteriore della copia stessa, anche se da sempre non si ignora la possibilità di una «smaterializzazione» del diritto (come ad esempio quello di rappresentare un'opera musicale o teatrale).

Per le opere letterarie è piuttosto semplice infatti ri-

Note:

(1) L'idea per l'articolo nasce da uno spunto fornito dall'Avv. Fabrizio Veutro (professore a contratto di Istituzioni di Diritto Privato, Facoltà di Scienze dell'Università degli Studi di Milano) su una lista di discussione della FSFE-Italia e riflette un anno di rielaborazioni e scambi d'opinione con vari studiosi nell'ambiente, tra cui mi preme citare il Prof. Lawrence Lessig. Desidero ringraziare per la collaborazione il Dr. Claudio Palmieri, che ha contribuito alla ricerca di parte del materiale.

(2) Il presente articolo viene concesso dall'autore sotto le condizioni della Creative Commons «attribution - share alike» (vedi <http://www.creativecommons.it/Licenze/LegalCode/by-sa>) e a condizione che venga sempre citata la Rivista come fonte originaria. Per altri utilizzi occorre il permesso espresso dell'editore della Rivista, o in alternativa operare secondo le condizioni previste dalla dichiarazione inerente il diritto d'autore della stessa.

(3) Volutamente ci si limita a una prospettiva interna della qualificazione, per evidenti ragioni di focalizzazione dell'attenzione agli aspetti contrattuali. Ciò non toglie che l'utilizzo di una legge diversa da quella interna, anche mediante una clausola contrattuale, comporta che l'analisi debba essere effettuata alla luce dell'applicazione di quella legge, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione di Roma. Tale scelta della legge applicabile viene effettuata ad esempio nelle licenze Creative Commons, mentre non viene effettuata nella GNU GPL. Si parte dunque dal postulato che le norme di diritto internazionale privato conducano all'applicazione della legge italiana.

(4) In dottrina l'intervento più rilevante - in tema di licenze di software libero o *open source* - si deve a V. Zeno-Zencovich - P. Sammarco, *Sistema e archetipi delle licenze open source*, AIDA, 2004, 234 ss. a cui facciamo riferimento per un'ampia bibliografia e un'esauriente inquadramento dottrinale. Nella stessa opera, da notare di M. Saverio Spolidoro *Open source e violazione delle sue regole*, *ibidem*, 92 ss., in particolare 99, dove parla della GPL come «regola giuridica [...] che trascende gli effetti (pur essi in un certo senso «generali») della contrattazione di massa e tende a manifestare caratteri e valore di «di diritto obiettivo», garantita dall'ampia accettazione da parte della comunità di hackers e dalla sua innegabile rilevanza economico sociale». Da cui sorge la domanda se la GPL non abbia generato un uso normativo, domanda cui preliminarmente mi sembra di dover dare risposta positiva. Ne ha trattato ancora recentemente M. Bertani, *Profili giuridici delle licenze di software libero / open source nell'ordinamento italiano*, in *I quaderni di dirittodautore.it*, Anno III, n. 24, all'URL <http://www.dirittodautore.it/quaderni.asp?mode=3&IDQ=82>, senza però offrire una propria posizione. In un risalente scritto, lo stesso autore sembra dare per probabile la qualificazione propriamente contrattuale, in *Guida alle licenze di software libero e open source*, Nyberg Edizioni, 74 ss.

(5) C. Piana, *Millennium Bug e Diritto Civile*, intervento al convegno *Millennium bug e la legge*, Treviso, 1999, pubblicato su <http://www.studioecellentano.it/editorial/ed020100i.htm> (in particolare, cap. «Qualificazione dei contratti costitutivi di diritti di utilizzo del software»).

conoscere nella copia a un tempo la facoltà di circolazione dei contenuti e i limiti alla riproducibilità (consistenti sostanzialmente nei cosiddetti «usi legittimi»), per lo più imposti o consentiti per legge. Pertanto solitamente ci si rifà al contratto di vendita, e il discorso li cade, il diritto è sostanzialmente «incorporato» nell'oggetto.

Per altre opere, intrinsecamente, non è così. Si pensi alle opere cinematografiche, in cui la fruibilità non è condizionata tanto dal diritto di copia, e dunque dall'oggetto materiale acquistato, quanto dal tipo di diritti di riproduzione acquisiti. Lo stesso atto da un punto di vista fenomenologico (l'acquisto o la locazione di una pellicola cinematografica) viene vestito dal contratto di caratteristiche tutt'affatto differenti. In un caso, ad esempio, viene concesso il diritto di visionare privatamente l'opera, in un altro viene assicurato il diritto di farne una pubblica proiezione in una sala cinematografica. Tuttavia, anche qui il diritto è legato a un'opera materialmente individuabile, in cui vi è un tutt'uno tra l'opera e il mezzo. Non v'è dubbio, infine, che tra le parti (casa di produzione/distribuzione, gestore del cinema e utenti finali) vi siano relazioni contrattuali.

Per altri casi non appare essere più così. Col mezzo radiofonico, e poi con il mezzo televisivo, la relazione tra il titolare del diritto di riproduzione e i fruitori del servizio non ha tradizionalmente una natura contrattuale, perché il servizio viene erogato a una massa indistinta di persone senza la possibilità di tenere traccia di chi abbia usufruito dell'opera e chi no, e senza la possibilità per chi non ha usufruito dell'opera - nonostante ne avesse il «diritto» - di reclamare alcunché (ad esempio per interruzione del servizio in una particolare zona).

Si tratta di una fruizione pubblica nel vero senso della parola. È per effetto della diffusione pubblica che l'utente riceve la possibilità e il «diritto» di assistere - dunque di fruirne - all'opera, incluso quello di farne una copia per uso personale al fine di visionare la stessa in un tempo diverso («*timeshifting*»).

Si ha nel caso appena esaminato l'assenza di una catena contrattuale nella trasmissione dei contenuti, i quali lasciano il supporto fisico e si astraggono definitivamente (6). L'utente finale, per l'avvenuta diffusione, acquisisce una legittimazione all'uso in assenza di un vero e proprio rapporto diretto con il titolare del diritto. Ma ciò avviene solo nei limiti previsti dalla legge, ovvero l'uso personale e i diritti cosiddetti di «*fair use*». Il titolare dei diritti di sfruttamento economico potrà sempre contestare all'utente usi estranei a quelli previsti per legge, ma allo stesso tempo l'utente potrà invocare la legittimità dell'uso contro pretese illegittime del titolare. La pubblicazione, dunque, determina un *assetto* di diritti reciproci.

Il *software* segue una strada per certi versi simile, ma per altri diversa. Una via che porta dalla stretta correlazione fisica tra il sostrato materiale e il contenuto intellettuale degli algoritmi computazionali, a una situazione di as-

trazione in cui la stessa sequenza o insieme di sequenze di istruzioni possono passare da un computer all'altro più o meno indifferentemente da un qualsivoglia trasferimento fisico.

All'inizio al *software* veniva data poca importanza di per sé, ed era semplicemente un accessorio indispensabile di macchinari dalla cui vendita il produttore traeva le proprie utilità. L'incompatibilità del *software* concepito e realizzato per una determinata piattaforma rispetto alle altre piattaforme hardware faceva sì che il problema principale del diritto d'autore fosse quello di evitare il *reverse engineering*, ovvero il processo di portare un programma da una piattaforma all'altra tramite la «*decompilazione*». A partire dagli anni settanta del secolo scorso cominciarono a nascere piccole - e poi sempre più grandi - realtà che realizzavano *software* senza produrre il relativo hardware. La distribuzione avviene inizialmente come per i libri: si acquista una scatola da uno scaffale (o dentro una scatola più grande che contiene computer e programmi), nella quale è inserito un contratto di licenza, il quale pretende di regolare i rapporti tra utilizzatore e titolare dei diritti di sfruttamento economico. Tante copie stampate e vendute, tanti contratti conclusi. Le analisi giuridiche sulla natura del contratto di *software* si concentrano, anche per la rilevanza economica, su questi tipi di prodotti e di contratti.

Ma non è così semplice. In realtà molto del *software* nei *personal computer* (che prendiamo come caso paradigmatico di un problema più complesso) viene fornito all'utilizzatore mediante l'installazione del produttore del computer al momento della vendita. I contratti dei produttori di *software* con i produttori di computer (contratti OEM) prevedono ormai una «smaterializzazione» dell'opera: il rispetto dei diritti del produttore del *software* non viene più testimoniato dall'acclusione di una «scatola», ma dall'apposizione di un'etichetta da apporre al computer o da un certificato che testimonia che l'OEM ha registrato la copia installata e pagato il corrispettivo al produttore del *software*.

Non tutto il *software* però viene venduto. Nemmeno tutti i contenuti vengono venduti. Internet e la distribuzione in via telematica del *software* che la stessa ha reso quasi banale, hanno consentito la fioritura di una sterminata congerie di sistemi di protezione legale del *software*, o addirittura anche di non protezione (messa in pubblico dominio, *abandonware*). Molto di questo *software* viene dato in licenza a un pubblico indistinto, senza richiesta di un corrispettivo, addirittura senza la richiesta di accettazione espressa delle condizioni proposte. Licenze, dunque, «pubbliche».

Nota:

(6) Individua argutamente (e autorevolmente) il fenomeno M. Ricolfi, *Software e limitazioni delle utilizzazioni del licenziatario*, in *Annuario AIDA*, 2004, 365-6, dando una corretta indicazione del rapporto tra il bene immateriale e l'esemplare, quantomeno per il cosiddetto *software* «*consumer*».

Nel diritto italiano abbiamo molte accezioni dell'attributo «pubblico» connesso a un diritto: dal concetto amministrativistico di «servizio pubblico» o «utilità pubblica», che non ci è di interesse alcuno, all'offerta al pubblico, alla sollecitazione al pubblico risparmio, al «pubblico locale» o a quello «avente contatto con il pubblico», e, in diritto civile, la servitù pubblica («*dicatio ad patriam*»). Recentemente si è fatto largo, soprattutto nella giurisprudenza penale, il concetto di diffusione pubblica di contenuti destinati ad un pubblico familiare con riferimento alla *pay tv*. Gli ultimi esempi testimoniano dell'esistenza di un concetto di pubblico nel senso «chiunque intenda usufruirne» che possiamo mutuare ai nostri fini.

Prendiamo ad esempio un parcheggio pubblico per automobili. Un parcheggio pubblico, nell'accezione comune, può essere un parcheggio di proprietà pubblica offerto al pubblico senza necessità di pagamento, un parcheggio di proprietà pubblica offerto al pubblico con obbligo di pagamento, un parcheggio privato offerto al pubblico con obbligo di pagamento e un parcheggio di proprietà privata offerto al pubblico senza necessità di pagamento. In quest'ultima categoria abbiamo non solo i parcheggi destinati ad uso pubblico per asservimento convenzionale (ad esempio, in sostituzione di oneri di urbanizzazione), ma anche per unilaterale volontà del proprietario (pensiamo ad esempio al parcheggio di un supermercato, ove chiunque può accedere senza particolari formalità). In questi casi il proprietario mette a disposizione un bene in modo che chiunque possa usufruirne, senza pretendere un corrispettivo, né per questo opera una liberalità. Esattamente come l'operatore televisivo trasmette contenuti pubblicamente, senza pretendere un canone o un abbonamento - e lo fa per fini egoistici, non per liberalità - un titolare di diritti economici di sfruttamento pone a disposizione per un determinato uso la propria opera, senza per questo rinunciare totalmente ai propri diritti su quell'opera e senza spogliarsi di ogni diritto in tal senso, senza dunque porre l'opera in pubblico dominio.

Le licenze pubbliche, loro struttura e scopo: l'esempio del *software* libero

Prenderemo a paradigma la licenza GNU (7) GPL (8) (di seguito semplicemente GPL), perché è stata la prima vera licenza pubblica di *software* propriamente detta. Concepita da Richard M. Stallmann, fondatore della Free Software Foundation, è una licenza del tutto particolare in quanto non restringe il diritto di copia o di utilizzo del *software* (*copyright*), ma punta a far sì che qualunque opera includa codice soggetto a licenza GPL debba a sua volta essere licenziato sotto tale licenza (9), avendo per così dire un effetto «virale». Ma la viralità non è il punto fondamentale che ci interessa, anche perché la stessa Free Software Foundation ha concepito una licenza pubblica senza la caratteristica di viralità, ovvero la GNU LGPL (10), ed esistono altre licenze pubbliche

che non hanno tale caratteristiche, per le quali la presente analisi si applica pari-pari (11).

Sull'esempio e a seguito della fortuna che le licenze di *software* libero hanno avuto, sono state concepite licenze simili anche nel settore dei contenuti autoriali diversi dal *software*, l'esempio più famoso delle quali sono le «Creative Commons», concepite da Lawrence Lessing, professore di diritto alla Stanford University.

Queste licenze hanno tutte in comune la caratteristica di essere generali e pubbliche, di non richiedere necessariamente un'accettazione espressa delle proprie condizioni, ma ciò nonostante - ed è questo l'aspetto più importante per noi - di imporre condizioni agli utilizzatori. Esse concedono non soltanto il diritto di riproduzione o fruizione personale dell'opera, ma anche quello di riprodurla e - sicuramente per la GNU GPL e LGPL, ma anche per molte delle licenze Creative Commons e per le altre licenze di *software* libero, di trarne opere derivate. Non soltanto il pubblico ha il diritto consentito all'utente finale, viene trasferita una volta per tutte una parte del diritto in sé, che comprende fondamentali aspetti del bene giuridico, alcuni diritti di sfruttamento economico. Tale diritto viene acquisito in forza della pubblicazione dell'opera sotto la rispettiva licenza, almeno ciò è quanto ci proponiamo di dimostrare. Ma il titolare non concede tale diritto *in toto*, lo fa solo ad alcune condizioni. Tizio acquista il diritto, ma per esercitarlo deve sottoporsi al volere, riguardo a tale diritto, imposto da chi glielo conferisce.

Ciò desta scandalo. Nella nostra tradizione giuridica, la possibilità di imporre obblighi o condizioni a un altro soggetto in occasione del trasferimento di un diritto, viene realizzata per mezzo di un'obbligazione di tipo contrattuale. Non sempre è però così. Saltuariamente si ricorre invece a fattispecie minori, quale il modo, che non è un'obbligazione, ma può consentire la revoca della do-

Note:

(7) GNU è acronimo ricorsivo di *Gnu's Not Unix* («Gnu non è Unix»). Unix è un sistema operativo nato negli anni sessanta in ambito universitario, che ha dato origine a una serie di versioni del medesimo reciprocamente incompatibili e licenziate sotto condizioni «proprietarie». GNU è dunque il progetto per ricreare un sistema operativo Unix concesso in licenza di *software* libero, appunto la GNU GPL. La combinazione di GNU e Linux - che, contrariamente a quanto si pensa, è soltanto il «kernel» («nocciolo»), il nucleo centrale del sistema operativo - ha dato origine a GNU/Linux, il sistema operativo più diffuso dopo Microsoft Windows.

(8) *General Public License*.

(9) Da qui la definizione di «*copyleft*», che è un gioco di parole con *copyright*, in quanto «left» («sinistra») è l'opposto di «right» («destra»), ma le parole significano in concreto «diritto» («right») e lasciato («left»). *Copyleft* significa che una volta un'opera è rilasciata in maniera liberamente fruibile, rimanga fruibile chiunque la usi e la commercializzi in forme ulteriori o derivate, rimanga perciò «pubblica».

(10) *Lesser General Public License*.

(11) Un esempio rilevante è la cosiddetta licenza BSD, famosa in campo informatico perché regola l'uso dei sistemi operativi derivati da quello omonimo, fra cui anche il MacOSX di Apple.

nazione. Anche la costituzione di diritti limitati, nel tempo, nello spazio e nell'estensione del diritto, viene solitamente effettuata contrattualmente. Si pensi alla costituzione di un usufrutto o di una servitù non coattiva (12). Si tende a pensare che per realizzare una mediazione tra piena e incondizionata proprietà (o titolarità di un diritto) e completo abbandono occorra un contratto che regoli tra le parti i diritti relativi.

L'esempio del parcheggio del supermercato può essere illustrativo: il proprietario concede a suo piacimento la possibilità di utilizzo del bene, ma si riserva la possibilità di regolamentarlo successivamente (ad esempio, richiedendo che l'utilizzatore effettui un minimo di spesa). Un'opera di carità può ospitare i bisognosi, ma si riserva il diritto di decidere chi sia il bisognoso e di allontanare chi non si confà ai regolamenti interni. Una chiesa viene aperta al pubblico dei fedeli per un determinato periodo, ma non necessariamente chiunque può entrarvi, e non desta scandalo che i preposti rifiutino l'accesso a chi non è abbigliato convenientemente. Si tratta di esempi marginali, è vero, ma pur sempre eccezioni a una regola che appare semplicemente d'esperienza, e non giuridica. Chi entra in chiesa, infatti, non si obbliga a permanervi, ma per permanervi deve attenersi a un comportamento conosciuto. Chi si avvale di un rifugio per la notte non si obbliga a nulla, ma per il tempo in cui usufruisce dell'ospitalità gratuita è giustificato a permanere nel centro di ospitalità, ma nel contempo deve attenersi alle regole imposte.

La stessa Corte di Cassazione, in materia del tutto differente (13), ritiene che vi siano fattispecie che ingenerino obbligazioni (art. 1173 Codice civile) anche al di fuori di una specifica previsione legislativa, anzi che «trascendono le singole disposizioni legislative», in virtù di principi generali. Obbligazioni senza contratto, dunque, anche se non direttamente imposte dalla legge o derivanti da fatto illecito. Nel caso che ci occupa, tuttavia, non occorre arrivare a tanto, come vedremo innanzi.

La licenza pubblica è un contratto?

Sinora ci siamo dedicati alla *part destruens*, confutando la necessità che ogni tipo di restrizione all'uso di una cosa che rimane di proprietà altrui debba essere effettuata con un contratto, o che addirittura possano nascere obbligazioni senza contratto. Resta da definire la *pars construens*, ovvero, qual è la natura giuridica dei vincoli che impediscono all'opera pubblicamente accessibile di essere utilizzata per ogni e ciascuno scopo quasi come fosse *res nullius*. Abbiamo dato, per quanto possibile, dimostrazione che non è necessario passare per il contratto per giustificare tali vincoli. Aver falsificato il sillogismo «tutte le volte che si concede un uso regolamentato occorre un contratto, per cui la licenza è un contratto» non vuol dire necessariamente affermare il sillogismo contrario.

Ipotizzando che si tratti di contratto, sarebbe un contratto ad adesione, e traslativo. L'oggetto del contratto sarebbe un diritto inerente il *software* o il contenuto arti-

stico, nel caso delle licenze di *software* libero e di alcune delle Creative Commons esso sarebbero a un tempo l'esemplare e il bene immateriale (14).

Stiamo operando una qualificazione in senso generale, dunque occorre riferirsi a una definizione, per quanto generica essa possa essere. Pare ovvio dunque citare l'art. 1321 Codice civile, per cui un contratto è *l'accordo tra due o più parti* per costituire, regolare o estinguere una situazione giuridica patrimoniale. Se per la seconda parte dell'articolo non sorgono problemi, mi si permetta di dubitare che una licenza pubblica sia «accordo». Per quanto lassa la ricostruzione di un accordo possa essere, tanto da comprendere il contratto di fatto (15), o il contratto con obbligazioni del solo proponente, dunque un contratto senza dichiarazioni e uno con dichiarazioni di una sola delle parti, la sostituzione dei comportamenti alle dichiarazioni deve pur sempre avvenire tramite un comportamento che ingerisca la sfera altrui, e dunque manifestare un'*interrelazione* tra le parti contrattuali, sia pure attraverso atti di esecuzione non preceduti da dichiarazioni (16). Nella licenza pubblica di *software*, invece, tale interrelazione non esiste, o se esiste avviene su un medio che è al di fuori della pretesa controparte contrattuale. Non esiste, dunque ingerenza nella sfera altrui, né da parte del «licenziante», né da parte del «licenziatario»,

Note:

(12) Ma non sempre: la costituzione di una servitù pubblica (*dicatio ad publicum*) può ad esempio essere effettuata anche senza un atto di asservimento, ma attraverso un comportamento (cfr. da ultimo, *ex multis*, Cass., sez. II, 12 agosto 2002, n. 12167, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1531).

(13) Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 (pubblicata in questa *Rivista*, 1999, 999 ss.), in tema di responsabilità da «contatto sociale», afferma ad esempio che «Suggerita dall'ipotesi legislativamente prevista di efficacia di taluni contratti nulli (art. 2126, primo comma, 2332, secondo e terzo comma, Codice civile, art. 3, secondo comma, Legge n. 756/1964), ma allargata altresì a comprendere i casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al semplice «contatto sociale» (secondo un'espressione che risale agli scrittori tedeschi), si fa riferimento, in questi casi al «rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale». Con questa espressione si riassume una duplice veduta del fenomeno, riguardato sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento - art. 1173 Codice civile) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto). La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte - individuata secondo lo schema dell'art. 1173 - e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto».

(14) Secondo la classificazione operata da M. Ricolfi, cit. in nota.

(15) Per una trattazione critica, si veda R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, X, 1995, 54 ss.

(16) Nei casi tipici del contratto di fatto: l'intermediazione prevede la definizione dell'affare conoscendo l'opera del mediatore che ha messo in contatto le parti, le quali ne hanno approfittato; nelle prestazioni di lavoro, appunto la preposizione e la resa delle prestazioni di lavoro subordinato; nel contratto d'acquisto di un bene al supermercato, la presentazione del bene stesso alle casse e il suo pagamento; nella società di fatto *l'intuitus societatis* e la comune organizzazione d'impresa.

che non vengono mai a contatto, essendo la licenza destinata a «chiunque».

Non mi pare dunque applicarsi al caso di specie la categoria dottrinale del contratto di fatto. Se anche questa si applicasse, tuttavia, il risultato sarebbe meramente qualificatorio, e non si estenderebbe alla disciplina. Il contratto di fatto praticamente non ha altra disciplina se non quella immediatamente riconducibile a quella legale o, tutt'al più, a quella sociale degli usi normativi e contrattuali, ma non è legata alla dichiarazione fatta da una delle parti, perché non ve n'è. Ci si potrebbe, è vero, rifare alle condizioni generali di contratto, ma anche per questa via non è possibile, a mio parere, ricostruire una seria vincolatività della disciplina imposta dall'autore, e comunque ciò non risolve il caso in cui il software o il contenuto autorale venga privato della dichiarazione di copyright, dunque le condizioni non siano conoscibili dall'oblato.

Limiti nell'approccio contrattualistico: la patologia

È nella patologia che rinveniamo i limiti più forti di una teoria esclusivamente contrattuale. Poniamo il caso che Tizio rilasci del *software* sotto licenza GPL, e che Caio, violando tale licenza, elimini i riferimenti alla stessa e distribuisca il prodotto pari-pari sotto licenza «proprietaria». Sempronio trova tale prodotto interessante per la sua azienda e lo utilizza violando la licenza proprietaria, ma senza rivenderlo e senza compiere atti contrari alla licenza originaria. Si può dire che Sempronio abbia un rapporto contrattuale con un titolare che neppure conosce, per un programma *software* che crede di stare utilizzando illecitamente? Se è il contratto la fonte del conferimento del diritto di utilizzo (che originariamente appartiene al titolare dei diritti esclusivi, art. 64 bis ss. Legge sul Diritto d'Autore), allora l'utilizzo è illegittimo. Un ipotetico Mevio, invece, che abbia iniziato a utilizzare lo stesso prodotto, sapendo che il programma era stato originariamente trafugato, ma che esternamente si è comportato esattamente nello stesso modo, ha pieno diritto di usare lo stesso programma, ottenuto con le stesse modalità.

Un altro caso può essere altrettanto, se non più, illuminante. Tizio produce e distribuisce un prodotto *software* sotto licenza GPL. Caio inizia a utilizzare tale prodotto quando viene licenziato sotto GPL, e lo consegna anche a Sempronio. Successivamente Tizio decide di non distribuire più il codice sotto GPL, ma di imporre una licenza proprietaria. Mevio riceve da Caio lo stesso programma, successivamente al cambio di licenza (17). Secondo la tesi contrattuale Mevio non potrebbe utilizzare il programma perché non può concludere un contratto con chi nel frattempo ha revocato la propria proposta contrattuale. Però Caio ha il diritto contrattualmente riconosciuto, di redistribuire il codice, e di modificarlo. Per risolvere tale antinomia si dovrebbe riconoscere che la licenza di Mevio deriva non da Tizio, ma da Caio, per

cui se riceve lo stesso programma da un *quisque de populo*, diverso da Caio non può utilizzarlo e redistribuirlo. Ma come fa Mevio a sapere se Caio ha ricevuto una valida licenza, ovvero, quando ha concluso il contratto? E qual è il fatto o l'atto con il quale il contratto è stato concluso? Come si esterna la volontà di concludere il contratto? Come fa Tizio a sapere se Mevio ha ricevuto il *software* da Caio o da Sempronio?

Altre ipotesi: l'atto unilaterale

V'è chi si rifà all'offerta pubblica (18), la quale vincola l'autore sino a che non sia revocata con mezzi idonei, e se revocata con gli stessi mezzi con cui è stata effettuata, la revoca è efficace anche per chi non l'ha conosciuta. Tale teoria mi convince assai meno della tesi del contratto di fatto. Innanzitutto si tratta appunto di un'offerta che richiede una qualche forma di accettazione, anche implicita, ma pur sempre in modo recettizio, a meno che non si tratti di un contratto con prestazioni del solo proponente (19), cosa che qui è esclusa. Ma soprattutto per la revocabilità e per il meccanismo di attribuzione del diritto. Se l'offerta è revocabile, l'autore che ha pubblicato l'opera potrebbe sempre controllare l'ulteriore redistribuzione dell'opera, mentre invece ha attribuito tale redistribuzione alla sua prima controparte contrattuale. Anche qui si avrebbe l'assurdo che l'offerta revocata non consentirebbe di acquistare il diritto dall'autore, ma l'avrebbe da chiunque l'abbia già utilizzata in una delle forme previste dalla licenza stessa, come in forma privata. Ritorniamo al punto di prima.

Residua dunque un atto unilaterale dispositivo (in senso autorizzativo) di natura non (necessariamente) contrattuale. I test legali applicabili mi sembrano positivi. Un atto unilaterale trova la sua disciplina generale nelle norme generali sul contratto, in quanto compatibili (art. 1324 Codice civile), il che evita molte delle antinomie

Note:

(17) In realtà questo ragionamento risente di una visione arcaica e legata al concetto letterale di «copyright». L'oggetto della protezione è infatti il contenuto o il *software* di per sé, non la copia, ed è irrilevante la fonte di approvvigionamento dello stesso, e dunque dovrebbe essere influente anche la modalità di consegna (o non consegna) per l'attribuzione del diritto di utilizzo. Se posso ottenere il *software* contenuto nel programma X da Tizio e legalmente utilizzarlo, senza che questi preferisca parola, lo stesso *software* può essere utilizzato se viene ottenuto da Caio, perché quello che conta, anche fenomenologicamente, è il trasferimento del diritto, non della copia. Se dunque almeno una persona ha il diritto di trasferirmi tale diritto, il titolare originale non può ritirare tale diritto, e per ottenere quel diritto io devo - in ipotesi - semplicemente utilizzare il programma senza nulla chiedere o dire al cessionario, chiunque ha quel diritto, e ogni diversa determinazione del titolare è velleitaria. Esattamente come una volta che il segreto è rivelato a un terzo non obbligato al segreto, esso cessa di essere un segreto.

(18) La quale dà comunque spunti interessanti quanto alla possibilità che una dichiarazione pubblica possa concedere *ipso facto* diritti potestativi alla generalità dei terzi, anche se limitati alla possibilità di concludere un contratto alle condizioni proposte.

(19) In tale ultima accezione vedi R. Sacco, *Il contratto*, cit. 31, in nota.

che ci si aspetterebbe. Inoltre, per saggiare la vincolatività dell'atto non si può sfuggire alla previsione dell'articolo 1322 Codice civile, e anche qui mi pare che il risultato non possa essere che positivo. Una licenza pubblica persegue infatti un fine legittimo e meritevole di tutela, in quanto persegue la libera manifestazione e diffusione del pensiero, che è costituzionalmente tutelata, per le opere artistiche e letterarie, e finalità di progresso tecnico e scientifico della collettività, nonché dell'economia generale, sicuramente protetti dai principi costituzionali di solidarietà e mutualità. Inoltre, la diffusione di materiale con licenze pubbliche gratuite tutela un modello imprenditoriale che prevede la remunerazione in utilità diverse dal corrispettivo monetario, sicuramente rientrante nella libertà di intrapresa prevista dall'art. 41 Cost. Tale remuneratività può consistere ad esempio nella maggiore notorietà di un produttore di *software*, nell'offerta di servizi connessi, nel dare maggiore valore a un bene fisico che incorpora del *software*, nello scambio non corrispettivo della messa a disposizione di codice e di contenuti con il ricevimento di contributi che migliorano e completano l'opera (come ad esempio nei sistemi «wiki» (20)). Quanto alla causa (che deve pur sempre reggere gli atti di sacrificio patrimoniale, e le obbligazioni), essa non discrimina tra una e l'altra ipotesi.

Zeno-Zencovich e Sammarco (21) esaminano effettivamente la possibilità che si tratti, come detto, di un atto unilaterale dispositivo, un «atto di rinuncia» (22), ma lo escludono in quanto - secondo gli autori - difetterebbe «un'effettiva ed immanente perdita patrimoniale in capo al soggetto che compie l'atto di disposizione». Se pure si concorda con la premessa maggiore (per avere rinuncia occorre la perdita patrimoniale), il ragionamento mi pare inficiato dalla premessa minore. A me pare che rilasciando un contenuto o del *software* con una licenza pubblica, sicuramente il titolare dei diritti di sfruttamento non si spossa della titolarità del bene, ma sicuramente si spoglia in maniera definitiva di una parte non irrilevante del proprio diritto, che è il bene, trattandosi di un bene prettamente giuridico. Il titolare rinuncia in via definitiva a una parte dei diritti riconosciutigli, primo fra tutti quello di controllare le ulteriori copie. Si obietterà che non è vero che il titolare rinunci a tale diritto, in quanto pretende comunque di controllare la distribuzione del codice qualora avvenga in difformità alla licenza scelta. Ma una rinuncia parziale (ripeto: in senso autorizzativo) a me sembra possibile anche in tal senso, dovendosi far riferimento all'irretrattabilità di tale rinuncia piuttosto che alla totalità della stessa. Sta di fatto che chiunque si veda negare dal titolare del diritto la possibilità di un uso conforme alla licenza prescelta, ora e in futuro potrà sempre opporre la licenza stessa, anche in caso di ripensamento.

Il titolare del diritto d'autore si spoglia di una parte, non di tutto il suo diritto. Per quanto residua egli ha tutti i diritti, compreso quello di vietare l'uso e la riproduzione della propria opera. Non desta scandalo ritenere che, an-

che senza ricorrere alla condizione, la disposizione del proprio diritto nasca e termini nei limiti entro i quali l'autore ha rinunciato tale diritto. Nessuno impone l'uso del *software*, ma se l'uso avviene, esso può avvenire solo entro i limiti posti e conoscibili, risultanti dall'intersezione tra la licenza pubblica e la disciplina legale del diritto d'autore.

Facciamo il parallelo con il diritto di proprietà dei beni fisici. Il proprietario che consente l'uso della propria cosa con atti di tolleranza non si vincola ad accettare atti di uso ulteriori una volta che la tolleranza cessa. Non si dubita tuttavia che durante la tolleranza il tollerato possa usare la cosa secondo quanto manifestato unilateralmente dal proprietario. La mera tolleranza però, secondo un approccio da analisi economica del diritto, non è una qualificazione accettabile per un atto dispositivo che ha per oggetto l'uso di un bene immateriale, che espressamente si attegga come irrevocabile, e anzi ha nell'irrevocabilità del permesso d'uso una funzione economica essenziale. Ciò vale soprattutto per le licenze di *software* libero o le licenze di contenuti che consentono di trarre opere derivate. Consentire la revoca del consenso per un'opera che viene incorporata legittimamente in un'altra, significherebbe sfruttare l'opera incorporante. Ma anche per l'opera non ancora pubblicata che si basa sul lavoro reso disponibile vi sarebbe lo stesso problema, e altrettanto varrebbe per chi ha adottato un programma sulla base della sua disponibilità, anche senza voler trarre opere derivate. Nessuno si azzarderebbe ad iniziare un'opera derivata, e addirittura nemmeno a usare in una forma seria programmi e contenuti artistici in presenza di tale labilità. L'irrevocabilità è perciò connaturata al negozio stesso.

Più calzante appare l'esempio della *dicatio ad cultum*, in cui il proprietario di un bene accetta una particolare destinazione del fondo, che viene usato unicamente per gli scopi sacri e compatibili con ciò. L'impegno è unilaterale, ma il proprietario, e in sua vece chi amministra il fondo per l'uso destinato, può rifiutare e impugnare ogni atto contrario agli scopi del vincolo. La mancata completa autospoliazione del diritto di proprietà fa sì che il proprietario conservi diritti pretensivi nei confronti dell'amministratore, inclusi provvedimenti inibitori di

Note:

(20) I sistemi «wiki» sono risorse formate collaborativamente da una comunità di utenti che forniscono contenuti organizzati su base paritaria, in cui gli utenti fungono sia da redattori che da revisori. Un esempio è Wikipedia, un progetto per la creazione di un'enciclopedia universale (<http://www.wikipedia.org>), ma sono diffuse anche altre modalità, ad esempio per la creazione di manualistica specialistica nata dall'esperienza degli utilizzatori, come ad esempio il sito di documentazione di Mozilla Firefox (<http://kb.mozillazine.org/Category:Firefox>), il browser Internet libero più diffuso.

(21) Op. cit. 248, in nota.

(22) In senso favorevole alla configurazione della licenza di *software* come atto dispositivo appare anche L. Chimenti, *La tutela del software nel diritto d'autore*, Milano, II ed., 96 ss.

comportamenti contrari allo scopo della *dicatio ex art.* 949 Codice civile.

Purtroppo l'analogia con i beni fisici non va molto al di là di ciò, ma non si tratta di una debolezza della teoria, anzi, la rafforza, in quanto nel caso che ci occupa stiamo parlando di un bene giuridico, un diritto non consumabile, ma semmai solo diluibile. La fruibilità - giuridica e di fatto - contemporanea dello stesso diritto da parte di una moltitudine indifferenziata di individui fa un'indubbia differenza. Su uno stesso terreno possono passare, poniamo, cento persone al minuto, la centounesima deve venire esclusa. Lo stesso pascolo può essere utilizzato da cento mucche, la centounesima «ruba» l'erba alle altre. Uno stesso programma può essere diffuso potenzialmente a tutta l'umanità nel giro di pochi minuti, ed essere utilizzato da ciascuno dei componenti dell'umanità in decine di istanze diverse contemporaneamente. Così un contenuto artistico.

La dottrina più illuminata ha da tempo rinvenuto come la cosiddetta «tragedia dei commons» (23) non valga per i beni immateriali come il *software* e i contenuti artistici. In molte istanze, più un bene viene utilizzato, più vale per chi lo utilizza, molte volte anche per chi l'ha creato (24). In tali casi ciò comporta anche che l'autore sia interessato, indirettamente, alla massima - non alla minima - diffusione senza il proprio controllo. Di tale interesse il diritto deve farsi carico, e dunque anche l'interprete.

Forme dell'atto dispositivo

Resta da definire in qual modo l'autore possa effettuare la disposizione del proprio diritto, sottoponendo il codice alla licenza preferita. L'atto in questione è, per opinione comune, il cosiddetto rilascio, che coincide sostanzialmente con il concetto di pubblicazione. La pubblicazione comporta a un tempo gli effetti riconosciuti a tale atto dalla Legge sul Diritto d'Autore e la sottoposizione dell'opera alla relativa licenza. D'altronde è solo con la pubblicazione che vi è un affidamento di terzi circa i termini entro i quali avviene il rilascio e che l'opera comincia a circolare. La mera volontà dell'autore di sottoporre la propria opera a una determinata licenza non sembra invece idonea a vincolare questi (ad esempio nel caso in cui la pubblicazione avvenga contro il volere dell'autore), nemmeno se venga annunciata in forme credibili, almeno stando agli usi invalsi nel settore, cui in difetto di una compiuta normativa ci si deve comunque rifare. Allo stesso modo non pare dubitabile che possa avvenire la «ripubblicazione» dell'opera, ovvero il suo rilascio sotto condizioni diverse da quelle originali, anche senza variazioni sostanziali, dimodoché per la stessa opera vi possano essere due licenze coesistenti (per alcuni prodotti, anzi, tale doppio regime viene previsto sin dall'iniziale pubblicazione) (25).

Riprendendo la teoria del «contatto sociale», direi che la pubblicazione è quell'evento che crea l'affidamento del pubblico nella possibilità di utilizzare il *software* o i

contenuti autoriali secondo la licenza cui l'autore, con atto volontario, ma non recettizio, ha deciso di attribuirne alla collettività indistinta i diritti e le libertà prescelte. Tale affidamento, unito al principio generale della tutela del diritto d'autore, anche in difetto di una espressa disciplina normativa sulle licenze (che al momento non mi sembra necessaria) è ciò che ingenera da un lato il diritto di utilizzare il materiale rilasciato, dall'altro impone obblighi all'utilizzatore ai quali lo stesso deve sottoporsi come condizione giuridica legittimante, a valenza immediatamente generale, di un uso altrimenti illecito (26).

Una vera e propria licenza, senza virgolette (27).

La soluzione mi pare molto più elegante di quelle esaminate. Con il rilascio accompagnato da una dichiarazione pubblica l'autore concede immediatamente e a chiunque l'uso dei programmi o dei contenuti, sicché ciascuno, in ragione dell'affidamento ingenerato, può utilizzare l'opera secondo le dichiarazioni pubblicizzate. Il meccanismo è tutt'altro che sconosciuto, anzi, per molti versi è simile al rilascio in pubblico dominio, che avviene secondo uno schema che dal punto di vista civilistico è identico. La differenza però non è di poco conto: con il rilascio in pubblico dominio l'opera viene sottratta a una certa disciplina giuridica, con il rilascio sotto una licenza pubblica, invece, l'opera viene sottoposta a un regime giuridico di formazione «privata». La «privatezza» di tale regime è visto da alcuni come un limite, non essendo consentito al privato formare una «legge» a valenza generale (al di là della «legge privata» consentita dal contratto, che «ha forza di legge»). In realtà tale obiezione è

Note:

(23) Come dice L. Lessig: «*The «tragedy of the commons» is the familiar notion that widespread public use of a commons leads to its inevitable depletion. But some resources, once created, cannot be depleted. In the words of Thomas Jefferson, «He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine receives light without darkening me.» An idea is not diminished when more people use it.*» (Trad: «La «tragedia dei commons» è il noto concetto che il diffuso uso pubblico di un bene comune, lo conduce a un'inevitabile esaurimento. Ma alcune risorse, una volta create, non possono essere esaurite. Con le parole di Thomas Jefferson: «colui che riceve un'idea da me, riceve egli stesso istruzione senza diminuire la mia; come colui che accende la propria candela alla mia riceve luce senza ridurmi al buio». Un'idea non è sminuita quando più persone la usano»). Citato da <http://creativecommons.org/about/legal/>.

(24) Tale fenomeno si chiama «effetto rete» ed è noto nella analisi economica del mercato del *software*. Vedi ad esempio l'Ordine del Presidente del Tribunale di Prima Istanza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 22/12/2004, causa T-201/04 Microsoft c/ Commissione, par. 15.

(25) Un esempio sovente citato è quello di MySQL, un best seller nel settore dei *data base* relazionali, che viene rilasciato sia sotto licenza proprietaria che sotto licenza GNU GPL, come discusso in <http://www.mysql.com/company/legal/licensing/>.

(26) È la tesi di E. Moglen, in www.gnu.org/philosophy/enforcing-gpl.html. E. Moglen, professore di diritto alla Columbia Law School, è il legale della Free Software Foundation, dell'Open Source Development Laboratory e del Software Freedom Law Centre, nonché uno degli autori principali della GNU GPL.

(27) Per riprendere l'artificio retorico di M. Ricolfi, *op. cit.* 382, in nota.

frutto di un errato approccio metodologico, in quanto l'autore non restringe la libertà altrui, non genera un regime nuovo, ma consente alcuni usi che sarebbero altrimenti vietati per legge generale in difetto di un atto autorizzativo, ritenendo l'opera sotto il regime generale del diritto d'autore. La licenza pubblica, dunque, opera di per sé, senza alcuna accettazione, in quanto e per quanto ha forza espansiva dei diritti di utilizzazione economica rispetto a un divieto generale. Non crea un regime di diritto d'autore nuovo, mantiene il regime giuridico vecchio, consente *eccezionalmente* alcuni usi a favore di chiunque se ne voglia e se ne possa giovare (28), (cosa che consente il *dual licensing*, che altrimenti avrebbe problemi di causa).

D'altronde, non è nemmeno vero che la licenza imponga determinati comportamenti. Altro sarebbe imporre una clausola del tipo «chiunque usi questo programma deve recarsi in pellegrinaggio alla Mecca due volte nella vita», altro è limitare gli utilizzi propri e intrinseci del programma o del contenuto autorale. La stessa clausola di «*copyleft*», che impone la propria viralità ai contenuti derivati, deve essere vista come parte della condizione di liceità, non certo un'obbligazione (29), in quanto non vincola nessuno, ma semmai conferisce una libertà (30). Chi decide di utilizzare opere di altri per trarne di derivate può farlo soltanto se a ciò sia autorizzato dall'autore o dalla legge. Qui l'autore lo consente, ma a condizione che la *distribuzione* avvenga con la stessa licenza del prodotto incorporato. Se al secondo autore ciò non sta bene, semplicemente rinuncia ad avvalersi dell'opera altrui, o semplicemente non distribuisce il risultato di tale incorporazione. Sempre in tema di «viralità», se Tizio usa parte del *software* di Caio, soggetto alla GNU GPL, per fare un programma, non per questo il secondo programma derivato viene *ipso facto* sottoposto a tale licenza, semplicemente, come qualsiasi altro autore di opere derivate Tizio ha usato illecitamente il *software* di Caio per trarne delle opere derivate. Allo stesso modo chi usa il *software* della società Alfa, non vede il proprio prodotto divenire «per accessione» di proprietà di Alfa, semplicemente Alfa potrà intimare a Beta di smettere la produzione e la distribuzione del *software* derivato, se non dietro previo accordo di licenza. Chi afferma caratteristiche «predatorie» alle licenze di *copyleft*, dunque, non afferma il vero, perché anzi il funzionamento di tali licenze si basa sul rispetto del diritto d'autore, e sulla sua non calpestatibilità. L'obbligo e il diritto mutualmente si tengono, *simul stabunt, simul cadent*, nulla più, cessando l'uso del diritto, cessa l'obbligo, e viceversa.

Conclusioni

Riteniamo di aver dimostrato che non è necessario ricorrere alla qualificazione di «contratto» per riconoscere vincolatività delle licenze pubbliche. Ciò significa che le licenze pubbliche non siano *anche* contratti? Sicuramente no. Se il titolare dei diritti di utilizzazione riesce a «far-

si firmare» una licenza d'uso dall'utilizzatore, tale contratto potrà essere vincolante.

Ciò che sostengo è che non è necessario passare per la teoria contrattuale per avere una vincolatività della licenza pubblica. Essa è dunque vincolante per forza stessa del diritto d'autore, per la natura del tutto peculiare dell'oggetto di essa, e in virtù di un affidamento sociale. Per cui può rimanere vincolante non solo in tutti i casi in cui un contratto sarebbe nullo (ad esempio, per questioni di forma) o annullabile (ad esempio, per errore, violenza o dolo), quantomeno nel suo nucleo fondamentale, o ancora in quanto parte del contenuto contrattuale della licenza sia nullo (ad esempio nel caso di clausola limitativa della responsabilità contraria alla norma imperativa dell'art. 1229 Codice civile), anche nel caso in cui non si passi il *test* dell'art. 1419 Codice civile in tema di nullità parziale, addirittura in caso di una esplicita volontà di una delle parti di non volersi vincolare o, da ultimo, in caso di soppressione delle condizioni di licenza dal contenuto o dal *software* (caso quest'ultimo molto più realistico) così come nel caso di riuolo fraudolento del codice o dei contenuti.

Note:

(28) Tralasciamo di dimostrare, per la parziale estraneità al tema e per la non necessità di ricorrere ad esso, l'enunciato secondo cui la GNU GPL e le *Creative Commons* abbiano raggiunto la condizione di «uso normativo».

(29) Non è pertanto condivisibile, a mio parere, la posizione di N. Boschiero, *Le licenze F/OSS nel diritto internazionale privato: il problema delle qualificazioni*, in *Annali AIDA 2004*, 219 secondo cui «Resta comunque la considerazione per la quale il meccanismo contrattuale è l'unico a poter validamente vincolare l'autore del lavoro derivato a ridistribuire secondo i termini della GPL», mentre l'Autrice svolge peraltro un'analisi molto approfondita, e per lunghi tratti condivisibile, sulla molteplicità delle qualificazioni possibili, in un certo senso coerente con la premessa che abbiamo utilizzato in esordio a questo articolo.

(30) Si tratta pertanto al massimo di un'obbligazione negativa, non positiva. Obbligazione negativa la cui forza proviene immediatamente dalla stessa legge, che riserva all'autore e ai suoi aventi causa il diritto di vietare gli usi confliggenti con il diritto di sfruttamento economico dell'opera. Per cui preferirei parlare di obbligo, non di obbligazione.