

\\ 421 \\

Diritto della comunicazione e dell'informazione

di

Nicola Walter Palmieri

Novembre 2002

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Dipartimento di Economia Politica
Viale Berengario, 51
41100 Modena (Italia)
e-mail: palmierinw@aol.com

DIRITTO DELLA COMUNICAZIONE E DELL'INFORMAZIONE

SOMMARIO DEL CORSO

I.	I MEZZI DI DIFFUSIONE DELL'INFORMAZIONE – INTERNET	1
	A. La rivoluzione Internet	4
	B. Strumento di illimitata comunicazione e informazione	7
	C. Internet e la nuova <i>lex mercatoria</i>	10
	D. Economia del sistema	13
	E. Aspetti inquietanti	15
	F. Superamento dei confini fisici	21
II.	IL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE – LIBERTÀ E CENSURA	30
	A. Informazione e libertà	31
	B. Libertà di espressione	32
	C. Attacchi alla libertà di espressione	38
	D. Comunicazioni indecenti	43
	E. Censura	50
III.	LA DIFESA DELL'INFORMAZIONE – “PROPRIETÀ” INTELLETTUALE	55
	A. Cenni storici	55
	B. Il patto fra inventori/artisti e società	56
	C. Una legge di proprietà intellettuale per tutto il mondo	58
IV.	LA PROTEZIONE DELL'INFORMAZIONE – DIRITTI D'AUTORE	60
	A. La formazione delle leggi di copyright	71
	B. Il caso <i>Betamax</i>	72
	C. La ripresa delle ostilità	74
	D. Napster	86
	E. DMCA	93
	F. Il caso <i>DeCSS</i>	101
	G. Effetto gelo del DMCA	110
	H. Dmitri Sklyarov	111
	I. La Direttiva 2001/29	118
	J. Il caso <i>Eldred</i>	121
	K. Commento	125
V.	LA DIVULGAZIONE PROTETTA – BREVETTI	133
	A. I programmi per computer	135
	B. Brevetti su programmi per computer	136
	C. Esempi di risultati indesiderati	140
	D. La Convenzione europea sui brevetti	141
	E. La posizione di accademici ed esponenti politici	145
	F. La proposta di Direttiva europea	147
	G. Teorie legali	150
	H. Perché non può funzionare	151

I.	Brevetti software e innovazione	155
VI.	IL PREZZO PER OTTENERE L'INFORMAZIONE – I PAESI IN VIA DI SVILUPPO	158
	A. Lo <i>U.S. Trade Act</i>	159
	B. Il Rapporto della <i>Commission on Intellectual Property Rights</i> ..	164
	C. Distorsioni nei Paesi in via di sviluppo	166
	D. Un regime <i>ad hoc</i>	169
VII.	LA MONOPOLIZZAZIONE DELL'INFORMAZIONE – MICROSOFT	173
	A. Violazioni antitrust	175
	B. Rifiuto del giudice di acquisire nuove prove sul rimedio	178
	C. Anche il giudice monocratico è un "monopolista"	181
	D. Commento	184
VIII.	LO SCAMBIO DELL'INFORMAZIONE – CONTROLLO DI FUSIONI	188
	A. Scambio di informazione riservata	189
	B. Protezione assoluta dell'informazione nuova	192
IX.	COMUNICAZIONE CON I CITTADINI D'EUROPA – GOVERNANCE	194
	A. Il libro bianco sulla <i>governance</i>	194
	B. La "mente dell'organizzazione"	199
	C. Il futuro dell'Europa	201
X.	DIFETTO DI COMUNICAZIONE E INFORMAZIONE	203
	A. Soppressione e occultamento di informazione	207
	B. Informazione incompleta o non corretta	218
	C. Informazione fuorviante	226
	D. Uso improprio della comunicazione	229
	E. Comunicazione inadeguata	233
	F. Incapacità di comunicare correttamente	234
	G. Quando i media dimenticano	236
	H. Conclusione	237
XI.	UNA CULTURA DI INFORMAZIONE -ALLARME PRECOCE	240
	A. Recenti scandali finanziari	241
	B. Il capo	243
XII.	OBBLIGO DI COMUNICAZIONI IN BUONA FEDE NEI CONTRATTI	248
	A. Cenni storici	248
	B. La buona fede precontrattuale nel diritto italiano	251
	C. <i>Culpa in contrahendo</i> nel diritto tedesco	252
	D. Commento	253
XIII.	IL CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE – RIVOLUZIONE E CONTRORIVOLUZIONE	254
	RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	263
	TAVOLA DEI CASI	278

I. I MEZZI DI DIFFUSIONE DELL'INFORMAZIONE – INTERNET

Si parla comunemente della enormemente accresciuta, e ancora crescente, importanza delle conoscenze e dell'informazione nel mondo moderno. La conoscenza delle abitudini delle prede, e la capacità di distinguere i frutti utili da quelli dannosi erano però altrettanto o forse più importanti per il primitivo uomo cacciatore-raccoglitore di quanto lo sia per i nostri contemporanei l'accesso a Internet e al suo inesauribile magazzino di nozioni e di novità. La differenza non è però solo nell'estensione del patrimonio di conoscenze nel frattempo accumulato dall'umanità e nella complessità delle interrelazioni degli uomini e delle loro comunità nel nostro mondo globale. Internet e computer ci hanno portato, in tempi brevissimi, a un cambiamento sconvolgente della nostra stessa condizione umana.¹ Dalla tradizione orale alla scrittura, dal manoscritto alla stampa a caratteri mobili; e poi, dalla meravigliosa sequenza delle invenzioni del telegrafo, del telefono, della radio, della televisione, della registrazione dei suoni su dischi e nastri magnetici, della notazione binaria al computer, è stata una evoluzione accelerata ma graduale e logica. La prossima tappa sarà invece probabilmente rivoluzionaria: avrà come nucleo il computer che pensa come la mente umana, e meglio di essa; che comunica senza frontiere con mezzi universali come Internet, applicazione ed estrinsecazione delle potenzialità delle invenzioni esistenti, epitome della capacità creativa e comunicativa dell'uomo.

Prima dell'era Gutenberg, il sapere era monopolio di pochissimi. Durante l'era Gutenberg, dopo lunghe e sofferte lotte che hanno portato alla caduta del monopolio culturale delle oligarchie e delle Chiese, l'informazione è diventata accessibile alle masse, ma con mezzi controllabili: il libro e gli altri supporti cartacei. L'invenzione della stampa sottrasse progressivamente la cultura al monopolio di ristrette caste oligarchiche e ciò, nel lungo termine, aprì la strada, almeno nell'Occidente, a sempre maggiori spazi di democrazia e di libertà; ma non impedì, fin nell'ultimo secolo e ancora adesso, reazioni

¹ Il nostro mondo sta evolvendo, con velocità esponenziale; il nostro benessere, i nostri profitti, le nostre forze armate, la nostra evoluzione sono già inesorabilmente dipendenti dalla tecnologia.

cruenta, un'infinita serie di guerre, stragi, nuove tirannie e oppressioni.² La mirabile invenzione della radio, e poi quella della televisione furono imprevisi, grandi fattori di diffusione di cultura, ma offesero anche a tiranni e fanatici poderosi strumenti di propaganda, agitazione, oppressione, conflitto. Internet comporta gli stessi rischi: si presta alla manipolazione dell'informazione trasmessa e alle imposizioni esterne: pur essendo un grande fattore di libertà a livello globale, è immaginabile che potenzialmente essa possa costituire anche uno strumento per l'affermazione di governi tirannici, e per il controllo e l'indirizzo delle attività e dei comportamenti, cioè delle vite, di sudditi, non di cittadini.³ Anche la televisione è presto sfuggita di mano: dai singoli o pochi canali di Stato, le trasmissioni sono presto diventate dozzine e centinaia e, attraverso i satelliti, superano qualsiasi confine nazionale.

Ora c'è Internet,⁴ un prodotto nato per iniziativa del Pentagono e sviluppata in ogni suo dettaglio negli Stati Uniti. Una volta resa disponibile al pubblico, fu ancora negli Stati Uniti che la Rete iniziò il suo ulteriore sviluppo, nelle università e nei centri di ricerca. E ancora lì si sono avuti i primi grandi scontri fra quegli utenti che vedono in Internet un mezzo per liberarsi da ogni remora o restrizione territoriale, o di altra natura, e i governi che, dopo un periodo di incomprendimento del fenomeno e quindi di inerzia, cominciano a contrastare questi aneliti per non perdere il controllo sui "sudditi".⁵ Già chiamata *Advanced Research Projects Agency*, "ARPA", poi *Defense-ARPA* (o "DARPA", come si chiamava allora), Internet è nata nella paranoia della guerra fredda degli anni '60 come sistema di comunicazione capace di sopravvivere ad ampie distruzioni territoriali.⁶ Arpanet funzionava (e così funziona

² Sul rischio di dare strumenti pericolosi in mano a chi "non vede", v. le profetiche parole di Schiller: "Weh denen, die dem Ewigblinden/Des Lichtes Himmelsfackel leihn!/Sie strahlt ihm nicht, sie kann nur zünden/Und äschert Städt und Länder ein;" da "Das Lied von der Glocke", vv. 379-83.

³ La radio veramente è stato il primo mezzo che ha incrinato la possibilità del controllo. Lo ha dimostrato, per fare un esempio per tutti, Radio Londra durante la seconda guerra mondiale: i governi totalitari punivano chi la ascoltava, ma non riuscivano a impedirne l'ascolto. (Per i giovani che non possono ricordarlo, "Radio Londra" era una trasmissione del tempo di guerra, il cui ascolto era vietato dal governo fascista, ma che gli italiani ascoltavano clandestinamente).

⁴ Il termine Internet si riferisce a un sistema di informazione che (i) è collegato logicamente da uno spazio di indirizzo globale basato sul protocollo Internet; (ii) è capace di sopportare comunicazioni usando la serie del "transmission control protocol/internet protocol (TCP/IP)", e altri protocolli compatibili con IP; e (iii) fornisce, usa o rende accessibile, pubblicamente o privatamente, servizi di alto livello in congiunzione con le comunicazioni e le relative infrastrutture.

⁵ Queste tensioni si sono già accentuate sia a livello legislativo sia a quello giudiziario. In Europa non si è ancora assistito a nulla di paragonabile, tranne qualche abbastanza sprovveduta imitazione di ciò che si è osservato in America, e alcune isolate manifestazioni di intolleranza di tipo provinciale.

⁶ Lo scopo essenziale era di riuscire a sopravvivere alle interferenze, alle perdite di corrente intermittenti, agli inceppamenti, anche in casi estremi come quello di un conflitto nucleare.

Internet) con un metodo che separa i messaggi in piccoli "pacchetti" ("packet switching") i quali prendono vie separate (la via di comunicazione più conveniente in un dato momento), da un "router" (o "gateway", "smistatore") all'altro, finché, superati tutti gli incroci, essi giungono alla loro destinazione, dove sono ricollegati per riformare il messaggio completo.⁷ Il collegamento che è il migliore in ogni dato momento non ha alcuna relazione con la geografia del mondo reale (il miglior collegamento da Londra ad Amsterdam potrebbe passare ad esempio per il New Jersey). I "routers" non hanno una mappa generale del sistema Internet: sanno solo come arrivare alla prossima destinazione. Nessuna previsione è possibile, i singoli pacchetti che appartengono a uno stesso messaggio prendono vie differenti, per poi essere "ricuciti" alla destinazione finale. Arpanet era basata sull'idea della "federazione" di molte reti, arbitrariamente disseminate, a cominciare dalla stessa Arpanet come rete base e pioniera, per lo smistamento dei pacchetti di messaggi. Essa presto avrebbe incluso reti satelliti, reti radio terrestri e altre. Arpanet, e naturalmente Internet, incorporano un'idea tecnica fondamentale: quella del collegamento di reti in architettura aperta (*meta-level internetworking architecture*) che permette di progettare e sviluppare separatamente reti individuali, ciascuna con la sua propria interfaccia; non vi sono limitazioni sul tipo di reti che si possano usare. Ogni rete deve essere in grado di operare indipendentemente; la comunicazione deve essere basata sul principio del "fare del proprio meglio"—se un pacchetto non arriva a destinazione per un certo itinerario deve essere ritrasmesso dal punto di origine; i "routers" collegano le reti e non trattengono alcuna informazione relativa al contenuto dei pacchetti individuali in transito; non esiste neppure alcun controllo globale a livello operativo. Arpanet è sorta all'insegna dell'anarchia creativa. Questo fu il suo pregio strategico; e questo è diventato oggi l'incubo dei governi, e di tutti coloro che vogliono esercitare un controllo sulla libertà di Internet. E' difficile imbrigliare la Rete. Dopo qualunque soppressione in un punto, spuntano nuovi siti più insidiosi e

⁷ V. Barry M. Leiner, et al. "A Brief History of the Internet", <http://www.isoc.org/internet/history/brief.html>. La ragione per cui il Pentagono ha decommissionato Arpanet è probabilmente che con le nuove tecnologie di comunicazioni interamente satellitari e senza impiego di linee di terra il concetto Internet era superato per quanto riguarda i suoi impieghi strategici. Principi fisici diversi e rivoluzionari permettono oggi la ricognizione, e la sicura e non intercettabile trasmissione della informazione militare. È prevedibile che anche l'Internet civile prenderà questa evoluzione. Quando Internet sarà totalmente affrancata dalle linee telefoniche (che oggi prende a noleggio) i costi per il suo uso dovrebbero ulteriormente diminuire, perché mandare un messaggio elettronico via satellite alla casa del vicino o in Nuova Zelanda costa uguale. (I costi saranno essenzialmente, come oggi, quelli di impianto e manutenzione dei server e router—spesso sopportati dagli Internet Service Providers ("ISP") che li utilizzano per pubblicità e altri fini—e quelli di accesso ai satelliti).

incontrollabili in altre parti del globo.⁸

A. La rivoluzione Internet

Nel 1995, il numero di operazioni commerciali effettuati su Internet era ancora poco più di zero.⁹ Ancora nel 1999, la maggior parte dei capi d'azienda reagiva a Internet con scetticismo, dicendo "mostratemi qualcuno che abbia fatto utili con Internet". Nel 2000, gli stessi manager ripetevano la frase di Andy Grove, il capo di Intel: "Fra pochi anni, se non svolgerete la vostra attività in Internet non sarete più in attività".¹⁰ Nel 2010, le organizzazioni veramente efficienti funzioneranno come gli aerei da combattimento: potranno essere guidate solo dal computer (che si adatterà continuamente alle sempre mutevoli circostanze); i manager umani dovranno tenere le mani lontane dai "controlli". Il mondo si è rapidamente "internettizzato". La diffusione del nuovo sistema è stata ed è molto più veloce di quella che ha caratterizzato l'introduzione degli altri strumenti moderni di comunicazione. Internet è uno strumento potentissimo, che non conosce confini. Si spande come un incendio nella prateria, si sviluppa in maniera, letteralmente, anarchica: non c'è, né probabilmente potrà mai esservi, un "padrone" di Internet.¹¹ È certo però che tutti gli sviluppi possibili e immaginabili di questo nuovo mezzo sono e saranno perseguiti. La sinergia fra informatica e Internet ha potenzialità pressoché infinite per la diffusione e l'applicazione pratica delle scienze e delle tecnologie, e nella ricerca e nello sviluppo, campi in cui essa rappresenta un vero salto di qualità. Anche nella organizzazione delle attività lavorative e nello svolgimento delle attività economiche e pratiche a livello sia aziendale sia

⁸ V. per una introduzione su come funziona Internet il lavoro fondamentale di Peter A. Henning. *Taschenbuch Multimedia*. 2. ed. Leipzig: Hanser, 2001; v. anche, Christopher Anderson, "A Survey of the Internet: The Accidental Superhighway," "The Economist" del 1° luglio 1995, anche in <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/accidentalsuperhighway.htm>; Nicholas Negroponte. *Being Digital*. New York: Alfred Knopf, 1995.

⁹ Voci autorevoli si sono espresse negativamente su Internet. Umberto Eco scrisse, in una sua "Bustina di Minerva" ("L'Espresso" del 26 novembre 1998: "Ma ne abbiamo inventate davvero tante? Riflessioni sul secolo che muore. Certo, il nostro secolo ci ha dato . . . la fusione [sic] nucleare . . . e in una vecchia Bustina osservavo che l'ultimo perfezionamento nel campo delle comunicazioni – che sarebbe Internet – supera la telegrafia senza fili inventata da Marconi con una telegrafia coi fili, ovvero segna il ritorno (all'indietro) dalla radio al telefono". (Eco conclude: "Per almeno due invenzioni tipiche del nostro secolo, le materie plastiche e la fusione [ancora!] nucleare, si sta cercando di disinventarle perché ci si accorge che ammorbano il pianeta)."

¹⁰ James Martin. *After the Internet: Alien Intelligence*. Washington, D.C.: Capital Press, 2000, p. 7.

¹¹ V. Anderson. "A survey of the Internet," cit. p. 1. Scrive Martin: "The global Electronic Herd is like the [African] termites . . . [a]s in the African termite colony there is no orchestra conductor;" Martin, cit. p. 348.

familiare, Internet porterà cambiamenti, e renderà possibili razionalizzazioni, e quindi ottimizzazioni, rivoluzionarie. "Fra pochi anni nulla sarà, nemmeno lontanamente, come prima",¹² disse Jack Welch, il presidente della General Electric (e gli eventi gli stanno dando ragione).¹³ Il sistema Internet si espande, sia nel numero degli utenti e sia nella ampiezza e nella velocità delle prestazioni, in un modo che sfugge a ogni vincolo o regolamentazione esterni, persino alle pretese dirigistiche dei Paesi che vorrebbero ostacolarne o controllarne la diffusione. Ci sono, e per qualche tempo causeranno disturbo, gli oppositori delle nuove tecnologie, i "distruttori delle macchine", i "luddisti" che cercano inutilmente di fermare il progresso.¹⁴

Internet moltiplica per milioni di volte le occasioni, la velocità e la facilità dello scambio fra gli esseri umani – di contatti, emozioni, sentimenti, amicizia, solidarietà; di dati, nozioni, informazione; di beni, merci, servizi di ogni genere. Internet sta rivoluzionando la concezione che gli uomini hanno di se stessi, e il loro modo di vivere. Internet permetterà, per esempio, fra tante altre applicazioni una gestione energetica "intelligente", che opererà con contatori elettronici capaci di gestire sistemi modulari di temporizzazione delle forniture, di addebito per servizi multipli, controllerà *on-line* la qualità dell'energia erogata, informerà gli utenti in tempo reale sulle opzioni di forniture, prezzi e servizi disponibili, in un mercato veramente competitivo. Internet è flessibile, configurabile a piacere; può essere ottimizzata per qualsiasi uso specifico; è capace di correggersi da sé. Le reti sono "virtual utilities" che permettono agli utilizzatori di comporre, individualmente, il "portafoglio" dei servizi desiderati, dagli alimentari alle automobili, dai libri agli oggetti di casa. Chi acquista via Internet è "informato" come nessuno è mai stato prima; il prezzo ottenibile è probabilmente--per chi fa

¹² Se, per quanto riguarda il supporto tecnico del fenomeno *Internet*, e cioè la potenza elaborativa dei microprocessori per unità di superficie, è stata sempre rispettata fin dalla sua enunciazione, la c.d. legge di Moore (raddoppio ogni 18/24 mesi: v. Ray Kurzweil. *The Age of Spiritual Machines*, New York: Penguin Books, 1999, pp. 20-21, 102), si stima che la convergenza delle tecnologie informatiche e di quelle telematiche sotto il segno di *Internet* porterà a una nuova legge evolutiva per cui nei prossimi anni l'ampiezza della banda trasmissiva triplicherà ogni anno. V. L. Pinto, "Il futuro dell'informatica e delle telecomunicazioni," in *Notizie Airi: Le tecnologie del 2000*. Supp. Gennaio-Febbraio 2000; "bandwidth consumed on the Internet doubles roughly every 90 to 120 days;" Paine Webber. "Investment Intelligence". March 2000.

¹³ Frase riportata da Ferruccio De Bortoli. "Una emergenza che non si vede," in "Corriere della Sera" del 28 novembre 1999.

¹⁴ Luddisti ("Luddites") venivano chiamati i lavoratori che, agli inizi dell'ottocento, per protesta distruggevano in Inghilterra le macchine che avrebbero sostituito il lavoro umano; essi rappresentarono il primo movimento organizzato di opposizione alle tecnologie meccanizzate della Rivoluzione Industriale. I capi del movimento vennero impiccati; e le macchine si affermarono. Oggi viene chiamato "luddista" chi si oppone alle applicazioni della tecnologia.

una minuziosa ricerca--il migliore che il mercato possa offrire, in quel preciso istante.¹⁵

Internet ripropone la divisione del mondo nelle grandi categorie degli uomini che pensano che Internet annunci la rivoluzione del riesame radicale delle nozioni basilari della vita sociale, e di quelli che pensano si tratti solo di un cambiamento incrementale nel progresso delle interazioni umane; gli uomini cioè che Adamo Smith distingueva fra "repubblicani", gli amanti della libertà e dell'indipendenza, e "monarchici", gli amanti dell'ordine e della pace; o, espresso in altro modo, i forti, sani e audaci che amano stare con la gente ("whigs" per natura), e i malaticci, i deboli, i timidi che hanno paura della gente ("tory" per natura). Una parte dell'umanità – che si sta velocemente assottigliando – non è ancora capace di affrontare, elaborare, impiegare utilmente, far diventare "conoscenza", la massa quasi infinita di informazioni che le viene offerta e in certa misura imposta, in forma sia pure talvolta confusa, disordinata e incoerente, e quindi molte volte non facilmente utilizzabile da chi non abbia la predisposizione, o anche solo la volontà, di allineare questi tasselli del sapere, organizzarli e utilizzarli come pedana per un salto creativo verso nuove conoscenze e nuove realizzazioni. La resistenza al nuovo è una costante di una parte dell'umanità. Per chi fa parte di questa categoria, Internet è un semplice moltiplicatore, sia pure per fattori elevatissimi, di risorse e di capacità già disponibili e utilizzate. Essi attenderanno che si svolga il normale processo di "digestione" che renderà possibile sfruttare gli effetti benefici e ovviare nella misura del possibile alle eventuali controindicazioni. Ma perderanno l'opportunità del presente. Non sapranno organizzare e sfruttare efficacemente la ricchezza informativa che si è resa disponibile. Altri infine sono per ora solo capaci di fare di Internet uno strumento o "giocattolo" da utilizzare per scopi pratici e ricreativi, e per semplificare la vita di ogni giorno.¹⁶ La resistenza a Internet è destinata a scomparire. La prospettiva è di una espansione globale, inarrestabile. Chiunque disponga di un computer e di un modem, e fra poco chiunque si procuri un telefonino UMTS,¹⁷ ha e avrà accesso, istantaneamente, anche se ancora in forma frammentaria o riassuntiva, all'intero patrimonio di conoscenze elaborato e raccolto finora dall'umanità, e

¹⁵ Anzi, con Internet l'acquirente può, in un certo senso, fare il suo prezzo (v. l'esempio--non ben riuscito perché forse troppo precoce--di "Priceline.com").

¹⁶ V. "Corriere della Sera" del 13 aprile 2001.

¹⁷ Le previsioni sulla diffusione di tali apparecchi variano da quelle dell'UMTS-Forum (nel 2005 vi saranno in Europa 32 milioni di apparecchi telefonici multimediali, che saliranno a 90 milioni nel 2010) a quelle molto più ottimistiche di Forrester, Durlacher e Nokia, secondo le quali nel 2004 ci saranno oltre 219 milioni di cellulari con accesso a Internet, dei quali oltre 113 milioni saranno utilizzati regolarmente per questo scopo. (V. Carlo Maria Guerri. "Scommessa (al buio) sul futuro," in "Il Sole 24 Ore" del 9 maggio 2000, p. 7).

potrà comunicare in tempo reale – mediante scritti, suoni, immagini – con qualunque altro cittadino del mondo che sia ugualmente attrezzato; e sarà libero di utilizzare ed elaborare questa indescrivibile massa di dati nelle maniere più varie al fine di perseguire i propri obiettivi culturali, scientifici, pratici, commerciali, finanziari, politici, filantropici; e anche puramente edonistici, o scorretti, o criminali. Sul piano dell'avanzamento della scienza e della tecnica il matrimonio dell'informatica diffusa con la rivoluzione nelle telecomunicazioni avrà un effetto fortemente moltiplicatore.¹⁸ Con l'alfabetizzazione elettronica ormai sempre più diffusa, è possibile a ciascuno di sfruttare ogni propria capacità espressiva. Si potrebbe pensare che si stia pienamente realizzando il "villaggio globale" preconizzato negli anni '60 da Marshall McLuhan:¹⁹ ogni uomo (il quale sappia un po' d'inglese, la lingua franca del nuovo sistema, e in genere del mondo contemporaneo) è il vicino virtuale di tutti gli altri uomini; e può accedere fulmineamente a un patrimonio di nozioni di gran lunga più vasto di quello che riuscirà mai a utilizzare; e indipendente "dal tempo e dallo spazio",²⁰ egli può raggiungere chiunque ed è da chiunque sempre raggiungibile. Internet è il più potente strumento che sia stato finora inventato per allargare e approfondire gli spazi della libertà e della democrazia. Essendo globale, questo strumento ha tutto il potenziale di favorire l'instaurazione di interrelazioni universali le quali potranno condurre, al di fuori degli schemi di governi e Stati, a un ordine nuovo, mondiale, veramente, secondo le parole di Abraham Lincoln, "of the people, by the people, for the people".

B. Strumento di illimitata comunicazione e informazione

Internet sarà la libera e completa informazione e comunicazione, resa possibile da computer che avranno ampiamente superato lo stadio di mezzi elettronici programmati. Il software di Internet non solo parlerà in una lingua "umana" e avrà un volto sullo schermo per

¹⁸ Mentre sarà minore--in tempi poco creativi come i nostri--l'effetto sull'evoluzione delle scienze umane e delle arti. (Non è probabilmente fonte di grande utilità il facilitare la preparazione della milionesima tesi di laurea su Dante o su Shakespeare).

¹⁹ Marshall McLuhan, *Understanding Media: The Extension of Man*. New York: McGraw-Hill, 1964. James Martin distingue: "the Internet is not a global village because in a village everybody knows what everybody else does. The Internet is a global city. Nobody in the global city can know what most other people do. It has vast numbers of separate communities with radically different cultures . . . It is a worldwide melting pot, which grows . . . at a lightning pace. . . it will reinvent civilization around the planet;" Martin, cit. p. 39.

²⁰ Nicholas Negroponte. "Prodotti e servizi per le reti informatiche," in *Le scienze*, 279 (1991), p. 71.

conversare con l'utilizzatore, ma funzionerà indipendentemente attraverso "robots di software" (o "bots") autonomi.²¹ Sia il software che lo hardware riusciranno entro breve tempo a modificare se stessi attraverso l'"allevamento" ("*breeding*"): nel caso dello hardware ciò già comincia a verificarsi attraverso i "*bits* di configurazione" che potranno essere modificati, come i geni,²² e si sta avvicinando il momento in cui lo hardware avrà circuiti adattivi complessi che impareranno a comportarsi sulla base di nozioni ed esperienze acquisite con l'allevamento, come gli umani, e potranno evolvere da sé.²³ I computer del futuro funzioneranno ad altissima velocità: l'equivalente di cinquanta milioni di anni di evoluzione sulla Terra potrà aver luogo in pochissimo tempo;²⁴ si verificherà in pochi secondi quello che ha impiegato secoli di evoluzione biologica.

Internet, con la sua illimitata capacità, basso costo, velocità di elaborazione, incontrollabile accessibilità ha aperto la partecipazione all'informazione e al sapere praticamente a tutti gli abitanti del pianeta. Questa caratteristica fondamentale di Internet non sempre però è totalmente gradita neanche da chi detiene il potere nei Paesi democratici. Il potere senza qualche misura o possibilità di controllo non sembra tale alla maggior parte di chi governa.²⁵ (Finora la Rete, nel suo scarso decennio di vita, sembra sia riuscita a mantenersi anarchica e non strutturata: ma anche nell'Occidente "liberale" i pericoli si profilano).

Internet rappresenta uno sviluppo veramente rivoluzionario che pone sfide fondamentali a concetti tradizionali del diritto e della società.²⁶ In tanti si chiedono perché

²¹ Ci saranno "bots" buoni e cattivi, bots di polizia e bots di mafia; bots che si occuperanno dell'amministrazione familiare e bots che possono distruggere il software di altri utilizzatori; le organizzazioni militari utilizzeranno i bot di sabotaggio; e ci saranno bots che potranno assistere o anche rendere inefficaci il controllo del traffico aereo, il funzionamento delle banche e quello di intere città. Alcuni bot saranno capaci di imparare e costantemente migliorare, indipendentemente dall'azione dell'uomo: "impareranno", miglioreranno, si replicheranno. V. Martin, cit. pp. 407-28.

²² Di questi chips, definiti FPGA=*Field Programmable Gate Array chips*, esistono già adesso taluni che hanno oltre due milioni di bits programmabili. (Cambiando alcuni bits si può cambiare totalmente la funzione; da un videogioco al libro paga, è l'esempio portata da Martin, cit. p. 289).

²³ V. Martin, cit. pp. 291-92.

²⁴ V. Martin, cit. p. 294. (Il nostro DNA differisce di solo lo 0,1% rispetto a quello dell'uomo delle caverne; questo minuscolo incremento ha dato luogo alla civiltà, alla coscienza, alla capacità di inventare tecnologia, alla visione di Dio; *id.* p. 358).

²⁵ V. David G. Post, "The 'Unsettled Paradox': The Internet, the State, and the Consent of the Governed," 5 *Indiana J. Global Legal Studies* 521 (1998).

²⁶ Vi è ampia letteratura giuridica su Internet, specialmente nei Paesi avanzati. V., fra i più recenti (e senza alcun intento di completezza): Guido Alpa, [et al]. *La tutela del navigatore in Internet*. A cura di Antonio Palazzo e Ugo Ruffolo. Milano: Giuffrè, 2002; Christiane Féral-Schuhl. *Cyber droit: le droit à l'épreuve de l'internet*. 3e éd. Paris: Dalloz, 2002; Christoph Perathoner e Thomas Schnitzer. *Internet § Recht. Eine europarechtliche Analyse*. Bozen: Athesia, 2002; "Camera di commercio, industria artigianato e agricoltura

dovrebbero guardare con favore a Internet mentre essa cambia i valori tradizionali della nostra società. La risposta è probabilmente perché in Internet – come notò il tribunale americano nella causa *Reno v. ACLU*²⁷ – siamo tutti interlocutori che parlano e ascoltano simultaneamente, ed entriamo con la Rete in un mondo non gerarchico: nella costruzione della rete i nodi di smistamento hanno tutti la stessa potenza, il bollettino emesso da un individuo ha la stessa accessibilità del sito del più prestigioso giornale; Internet “spiana” il mondo facendo crollare gli intricati sistemi delle gerarchie; ma anche perché Internet cambierà fino a renderle irriconoscibili le nozioni esistenti sulla sovranità degli Stati; perché Internet è il mezzo più potente finora apparso per distruggere le gerarchie intorno alle quali è organizzata la vita politica, sociale e commerciale; perché Internet sovverte le relazioni dell’ordine costituito.

Un aspetto estremamente positivo del fenomeno (ma che allo stesso tempo sgomenta) è la velocità del cambiamento risultante dall’accoppiamento della Rete con il computer, il quale evolve con ritmi esponenziali²⁸ (e supererà probabilmente nel giro di pochi decenni la capacità di elaborazione della mente umana). Internet ha cambiato continuamente, e continuerà a cambiare. Essa è una creatura del computer e dovrà evolvere alla velocità dei computer, trasportando in tempo reale flussi audio e video e di comunicazione in forma portatile – telefoni Internet, televisione Internet – dall’accesso domestico in banda larga al satellite. La domanda più difficile è: come gestire il

di Lecco”. *New economy: regole giuridiche, fiscali, etiche*. [Atti della giornata di studio: Varenna, 20 ottobre 2000]. Lecco: CCIAA, 2000; Stefano Nespor e Ada Lucia De Cesaris. *Internet e la legge: la persona, la proprietà intellettuale, il commercio elettronico, gli aspetti penalistici*. 2. ed. Milano: Hoepli, 2001; Giuseppe Cassano [a cura di]. *Il commercio via Internet: aspetti giuridici, fiscali, tributari, comunitari, sociali, filosofici, normativi*. Con il testo completo, la relazione illustrativa e la relazione tecnico-normativa del D.M. 13.2.2001 n. 123 e la circolare ALPA del 18.5.2001, n. ALPA/CR/29. Premessa di Giuseppe Corasaniti; con i contributi di M. Bifulco [et al.]. Piacenza: La Tribuna, 2002; Vincenzo Franceschelli, Paolo Aldrovandi [et al.]. *Commercio elettronico*. Milano: Giuffrè, 2001; Domenico Ammirati [a cura di]. *Internet e legge penale*. Torino: Giappichelli, 2001; Luca Marini. *Il commercio elettronico: profili di diritto comunitario*. Padova: CEDAM, 2000; Antonella Antonucci [a cura di]. *E-commerce: la direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*. Milano: Giuffrè, 2001; Ugo Draetta. *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*. Milano: Giuffrè, 2001; Emilio Tosi [a cura di]. *I problemi giuridici di Internet: dall’e-commerce all’e-business*. Premessa di G. Alpa, presentazione di V. Franceschelli, contributi di M. Barbarisi [et al.]. 2. ed. aggiornata e ampliata. Milano: Giuffrè; Nicola Squillace, Nicola Ferraro e Caterina De Tilla [a cura di]. *Codice di Internet e dell’informatica: disciplina del commercio elettronico e della proprietà intellettuale ed industriale*. Milano: “Il Sole 24 Ore”, 2001; Giuseppe Cassano [a cura di]. *Internet: nuovi problemi e questioni controverse*. Milano: Giuffrè, 2001; Alessandra Valastro. *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie: inquadramento costituzionale e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale*. Milano: Giuffrè, 2001; Sebastian M. Walter. *Inhalterregulierung im Internet: zwischen Rechtsfreiheit und Restriktion*. Marburg: Tectum, 2000.

²⁷ ACLU sta per American Civil Liberties Union.

²⁸ Come ho già ricordato, l’avanzamento più drammatico avrà luogo con l’introduzione dei computer quantici.

cambiamento e l'evoluzione?

C. Internet e la nuova *lex mercatoria*

Internet è un sistema universale di comunicazione che non ha frontiere giurisdizionali.²⁹ Essa ignora i confini territoriali, il suo "mercato" di informazioni e di relazioni è universale, essa favorisce la creazione di nuove collettività e di un nuovo ordine sociale "virtuale", nel quale si sta formando un corpo di leggi che è il risultato della "continua evoluzione provocata dalle interazioni decentrate . . . che scaturiscono da un dialogo sociale autoreferenziale,³⁰ e non rispetta gli ordini di alcun "sovrano" politico. I governi locali, invece di regolare individualmente il commercio elettronico, si troveranno a dover dare priorità all'istruzione, all'accesso e agli altri benefici che derivano dalla libertà di scelte decentrate dei cittadini; i quali stanno creando una forma complessa ed emergente di diritto, in evoluzione e adattamento, che riconosce il potere degli individui e allo stesso tempo serve l'interesse pubblico generale. Nel mondo Internet, qualunque tentativo di imporre dall'alto norme di comportamento è destinata a non avere successo;³¹ avrà anzi conseguenze negative, come quella di fare emigrare gli utilizzatori verso territori che non impongano restrizioni.³²

Al rimprovero che si può fare alla Francia di violare i suoi impegni internazionali con

²⁹ V. una concisa raccolta di casi in cui è stata esaminata la questione della giurisdizione in Internet: David G. Post. "Personal Jurisdiction on the Internet—A Survey of the Cases," (Update June 1998) <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/jurisdictioncases.html>; Curtis A. Bradley. "Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism," 37 Virginia J. Int'l Law 505; Jane C. Ginsburg. "Copyright Without Borders? Choice of Forum And Choice of Law For Copyright Infringement in Cyberspace," 15 Cardozo Arts & Ent. L. J. 153 (1997); David Nimmer. "Brains And Other Paraphernalia of The Digital Age," 10 Harv. J. Law & Tech. 1 (1996); Henry H Perritt, Jr. "Jurisdiction in Cyberspace," 41 Vill. L. Rev. 1 (1996). Per uno studio italiano v. Paolo Cerina. "Il problema della legge applicabile e della giurisdizione", in *I Problemi Giuridici di Internet. Dall'E-Commerce all'E-Business*. A cura di Emilio Tosi. Giuffrè: Milano, 2000.

³⁰ V. David R. Johnson. "Emergent Law and Order. Lessons in Regulation, Dispute Resolution, and Lawmaking for Electronic Commerce and Community," in John Henry Clippinger III, ed. *The Biology of Diversity. Decoding the Natural Laws of Enterprise*. San Francisco: Jossey-Bass, 1999, p. 238, 248.

³¹ All'inizio è sembrato che gli stati si disinteressassero di Internet. In realtà, essi non avevano avvertito la potenzialità del nuovo mezzo; e non avevano i mezzi per bloccarla: "The Net is at its most powerful in destroying existing hierarchies around which we organize political, social, and commercial life," David G. Post. "The Cyberspace Revolution," cit. p. 2. *Id.* pp. 251-52. Martin, cit. p. 425, ricorda che "[d]evious hackers can be diabolically clever in slipping through the controls. They often regard it as sport to do so."

³² Restano comunque i problemi pratici e immediati del come e dove far valere pretese derivanti da rapporti e transazioni generate nel ciberspazio, perché, se non è precisamente concordata tra le parti la legge applicabile e il foro competente, nel ciberspazio è certamente meno facile identificare gli elementi di collegamento che permettano di ancorare le controversie a una giurisdizione.

azioni come quella intentata contro la Yahoo!, essa potrebbe rispondere che le Convenzioni internazionali non possono prevalere sul diritto penale interno. Questo non deve però diventare abuso e tirannia. Il diritto penale deve riflettere il minimo etico di una società in ogni particolare suo momento storico.³³ Analogamente, scrive il Besançon a proposito della legge penale francese che vieta il negazionismo:³⁴ "La memoria ebraica è giustamente allarmata da correnti di pensiero che la offendono direttamente. Il 'negazionismo' è il caso estremo. A questo punto si esce dalla verità e dal buon senso storico; eppure qualche individuo senza la minima autorità intellettuale sostiene posizioni siffatte. È spiacevole che in Francia questa corrente sia proibita da una legge, per di più patrocinata dal partito comunista: un problema di verità non deve essere ritirato per legge dal campo normale della discussione. Coloro che negano fatti accertati con sicurezza si possono lamentare, anzi, vantare di una privazione della libertà di pensare, e sfuggire così al disonore a cui li espone tale libertà." Besançon conclude: molti comunisti hanno negato gli eccidi staliniani di decine di milioni di persone. Pur essendo la loro posizione storicamente insostenibile, occorre proibire loro di rendersi ridicoli?

Probabilmente non esiste possibilità per alcun sistema legislativo di impedire lo sviluppo della "superintelligenza aliena" in Internet.³⁵ Il sogno dei giuristi di armonizzare i principi del diritto a livello internazionale si realizzano e si frantumano allo stesso tempo, in Internet, perché quello che conta è di vivere con la diversità, e incoraggiarla, fin tanto che essa sia l'espressione di libere scelte e risulti dall'interazione degli utilizzatori: un sistema che si evolve dal basso verso l'alto, si adatta da solo all'ambiente esterno e risponde a complessità con complessità, a cambiamento con cambiamento. Lo sviluppo dei sistemi adattivi non può essere impedito.³⁶ Sarebbe controproducente inserire nuova rigidità nei rapporti fra cittadini e Stati quando l'obiettivo dovrebbe essere quello di liberare e lasciar sviluppare un nuovo sistema complesso di interazioni.

La più vicina analogia allo sviluppo di un corpo di leggi del cibernazio è *la lex*

³³ Per esempio, anche se previsto e punito da norma penale, è difficile credere che il divieto di appartenenza al partito comunista durante il fascismo rispondesse, a quel tempo, al "minimo etico" della comunità italiana.

³⁴ Alain Besançon. *Novecento, Il Secolo Del Male. Nazismo, Comunismo, Shoah*. Roma: Ideazione, 2000, p. 123.

³⁵ Martin, cit. p. 447.

³⁶ Per una introduzione sulla legge del cibernazio v. la compilazione: "Developments in the Law: The Law of Cyberspace," anche in <http://www.harvardlawreview.org/issues/112/7>; Lawrence Lessig. "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach". 113 Harv. L. Rev. 501 (1999); anche in <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>.

mercatoria creatasi, come un insieme separato di regole, nell'ambito dei commerci internazionali nel Medioevo. Il nuovo sistema legale venne creato e applicato da coloro che lo comprendevano meglio, i mercanti. Esso non distrusse e neppure soppiantò le altre norme che regolavano i rapporti più strettamente territoriali.³⁷ Internet sta portando al superamento del diritto commerciale tradizionale; nessun trattato o legge può regolare a priori la ricchezza e diversità, e la enorme complessità del nuovo emergente sistema giuridico globale.³⁸ Nel ciberspazio stiamo assistendo alla formazione quasi del tutto spontanea di un nuovo diritto comune, di una nuova *lex mercatoria*, generati dai comportamenti e dalle decisioni individuali degli innumeri partecipanti alla vita di Internet.³⁹

I navigatori Internet rifiutano, in nome del principio costituzionale della libertà di parola, ogni sorta di censura. I *netizens* chiedono sempre più insistentemente che non si interferisca nella loro libertà di muoversi nello spazio virtuale e di esprimere le loro opinioni senza riguardo alle frontiere; i *netizens* chiedono di essere lasciati liberi di evolvere in "federazioni" che li raggruppino, nelle loro attività quotidiane, per categorie diverse da quelle determinate dall'appartenenza territoriale a uno Stato-nazione, e capaci di generare e far evolvere propri sistemi normativi. I conservatori sono in allarme: lo *status quo* è sovvertito, la categoria dei "non-credenti" (nell'Internet) sta diminuendo sempre di più; e il mondo sta per confrontarsi con la distinzione fondamentale, quella fra coloro che danno il benvenuto allo sviluppo dell'Internet e quelli che la aborriscono, quelli che intravedono un potenziale straordinariamente entusiasmante per la crescita e lo sviluppo dell'umanità e quelli che temono il prevalere dell'anarchia, della licenza e del caos.⁴⁰

Internet non si trova in alcun posto specifico. Come uno stormo di uccelli la cui formazione è il risultato di un insieme altamente reattivo di processori che si comportano come individui e seguono semplici regole di armonia, senza un direttore d'orchestra,⁴¹

³⁷ Sulla *lex mercatoria*, in generale, v. Filip De Ly. "Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation," 14 Diritto del commercio internazionale 555 (2000).

³⁸ V. l'ottimo studio di David R. Johnson and David G. Post. "Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace." 48 Stanford L. Rev. 1367 (1996); anche in <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Borders.html>.

³⁹ V. sulla emergente nuova *lex mercatoria* Joachim Bonell. *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT nei contratti commerciali internazionali*. Roma, 1995.

⁴⁰ V. Post, "Anche se stanno diminuendo, sono ancora numerosi i non-believers, o comunque quelli che vedono in Internet solo anarchia, incoraggiamento di comportamenti licenziosi, e caos," David G. Post, "The Cyberspace Revolution," <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Cornell.html>, p. 1.

⁴¹ Nicholas Negroponte. *Being Digital*. New York: Alfred Knopf, 1995 ("the frontmost bird in a V-shaped flock is the one in charge and the others are playing follow-the-leader. Not so. The orderly formation is the result of a highly responsive collection of processors behaving individually and following simple harmonious

Internet non risponde ad alcun capo, non c'è unità centrale, non c'è un mozzo con raggi ma piuttosto una ragnatela senza precisi itinerari da percorrere. Non ci sono interruttori centrali per controllare la rete. Internet è intelligenza distribuita. Tutto il contenuto di Internet è depositato in "server" gestiti di norma dalle società interessate a promuovere lo scambio delle informazioni. Migliaia di reti più piccole sono collegate con Internet grazie a un metodo comune di trasferimento dei dati. Il ciberspazio⁴² in cui opera Internet è un posto quale non si è mai visto prima, una terra non ancora scoperta, "al di là delle coste dell'Antartico"; in Internet possiamo raggiungere qualunque luogo in un istante, muoverci senza impedimenti geografici, di gravità, o altri inconvenienti del mondo reale, tangibile; effettuare commerci, formare comunità, conversare in forme nuove, bizzarre, talvolta imperscrutabili. Internet ha strane forme di vita; non ha concetti chiari di cosa sia "qui" o "là", le normali coordinate delle carte geografiche non sembrano avere rilevanza. Internet cresce continuamente, sembra avere spazio per tutti e per tutto.

D. Economia del sistema

Nel ciberspazio si applica un curioso sistema economico: una volta pagato il canone mensile – diciamo \$24 al mese – l'accesso è libero. Per mandare un e-mail al vicino di casa o per mandarne 10.000 intorno al globo, la spesa incrementale è sempre la stessa, cioè zero. Questo perché un e-mail usa una frazione infinitesimale della larghezza di banda (la capacità dei costosi "condotti" che costituiscono l'Internet).⁴³ Non sarebbe economicamente giustificabile, e forse neppure possibile, misurare e fatturare ciascuno di questi infinitesimali consumi, perciò Internet ha scelto di adottare un metodo di larga approssimazione: moltiplica il numero dei suoi abbonati per il consumo medio della rete per determinare la capacità necessaria da prendere in locazione dalle società

rules without a conductor.").

⁴² Il termine "cyberspace" è stato coniato dallo scrittore William Gibson (*Neuromancer*, 1984). Così lo definisce David G. Post. "Pooling Intellectual Capital: Thoughts on Anonymity, Pseudonymity, and Limited Liability in Cyberspace," 1996 U. Chi. L. Forum 139; anche <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/pseudonym.html>): "[Cyberspace means] the global aggregate of digital, interactive, electronic communication networks; cyberspace thus includes the constituent networks comprising the global internetwork (the "Internet"), as well as the Internet itself as a separate, emergent phenomenon. A number of "technologies" are intentionally excluded from this definition: for example, non-interactive media applications . . . non-networked computers applications . . . the worldwide telephone network" (V. anche David R. Johnson & David G. Post. "Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace," 48 Stanford L. Rev. 1367 (1996), anche <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Borders.html>).

⁴³ L'architettura di Internet è fatta di macchine, software e linee di trasmissione.

telefoniche; e in proporzione addebita un abbonamento uguale per tutti. Finché l'uso medio non cambia, il sistema funziona. Internet insidia gli arcaici sistemi di fissazione dei prezzi delle compagnie di telecomunicazione perché, con le tecnologie attuali, non c'è ragione di far pagare per telefonate interurbane e intercontinentali più di quanto si addebita per quelle locali.⁴⁴ L'economia di Internet potrebbe però cambiare. Originariamente l'uso della rete era efficiente perché si trasmettevano prevalentemente testi scritti. Ma un milione di bytes equivale a un libro di 700 pagine, a 50 parole parlate, a 5 immagini, a 3 secondi di video. Oggi, gli utilizzatori sommergono l'Internet con immagini, musica, video: dato che il contatore non gira, perché non usare il sistema al massimo delle prestazioni? Diverse soluzioni, una peggio dell'altra, sono state prospettate per il caso che, in futuro, la capacità di Internet dovesse raggiungere livelli critici, misurare l'uso individuale sarebbe inefficiente, contare e addebitare ogni "pacchetto" costerebbe di più che trasmettere il pacchetto stesso. Dato che, per essere economici, si deve mantenere il canone fisso, c'è chi suggerisce di avere due priorità, chi sceglie la più alta dovrebbe pagare un canone più alto. Secondo Anderson – e la sua posizione è del tutto condivisibile – la miglior cosa è probabilmente non fare nulla: le forze del mercato risolveranno il problema perché il costo delle larghezze di bande scenderà velocemente di pari passo con l'aumento dell'uso della rete e della velocità di elaborazione dei computer.⁴⁵

Si dovrà trovare la giustificazione economica per gli elevati investimenti necessari per la crescita futura. "Se Internet inciampasse, non sarebbe per mancanza di tecnologia, visione o motivazione. Sarebbe perché non saremmo in grado di imprimere

⁴⁴ Internet usa le linee telefoniche più frugalmente: la voce opera su principi analogici, ha bisogno di molto spazio elettronico per evitare interferenze (usa un'intera linea), Internet è digitale, può essere compressa (i "pacchetti" dei messaggi possono essere inviati attraverso l'intera ampiezza della banda). I prezzi delle telecom sono poco giustificati, anacronistici, rappresentano implicitamente un cartello. Il prezzo applicato per la chiamata telefonica non è in proporzione con il costo del servizio; esso è quello che arbitrariamente si chiede, gli unici parametri sono quanto il mercato è disposto a pagare e quale profitto si vuole ottenere. Christopher Anderson, "A Survey of the Internet: The Accidental Superhighway," "The Economist" del 1° luglio 1995, anche in <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/accidentalsuperhighway.htm>.

⁴⁵ Anderson, "A Survey of the Internet: The Accidental Superhighway," cit. Non è più un segreto per nessuno: perché usare il telefono quando si può parlare a costo zero in Internet? Non è da escludere che le società telefoniche saranno fra i prossimi a sferrare l'attacco a Internet; batteranno probabilmente sia la strada percorsa dai conservatori (limitare l'uso della rete per evitare danno ai minori; quindi: portare Internet in confini controllabili) sia quella della sovranità degli Stati (minare la transnazionalità globale di Internet; e salvare, almeno in parte, l'assai lucrativo servizio telefonico internazionale/intercontinentale). Chi vincerà? La "corporate" avidità o la razionalità economica per tutti?

una direzione, e marciare insieme, collettivamente, verso il futuro.”⁴⁶

E. Aspetti inquietanti

L'interattività di Internet è allo stesso tempo il suo pregio e il suo potenziale di crisi. Pregio perché – abbiamo già assistito alle prime avvisaglie – con Internet si potrà costituire una sorta di assemblea mondiale *on-line*, in tempo reale, cioè una, prima d'ora inconcepibile, opinione pubblica o assemblea mondiale che potrà esprimersi e farsi sentire immediatamente; ciò che potrà avere sviluppi e influenze imprevedibili sulla politica degli ormai sempre più obsolescenti stati nazionali. Qualche esempio si è già avuto a questo riguardo con le mobilitazioni, avvenute sicuramente attraverso Internet, dei battaglioni d'assalto contro le riunioni di esponenti politici ed economici dei Paesi del primo mondo (Fondo Monetario Internazionale, G8, Trilaterale) in varie città nell'ultimo biennio.

L'entrata in scena di Internet ha subito costituito una occasione da non perdere in particolare per due gruppi di interessi, i conservatori e difensori a oltranza della “decenza” dei costumi, e l'industria dello spettacolo (principalmente quella discografica e cinematografica), per lanciare attacchi a tutto campo contro coloro i quali, invocando la libertà di espressione, disturbano rispettivamente la tranquillità delle loro anime e la generazione dei loro profitti. Gli Stati Uniti hanno tentato di violare il principio costituzionale della libertà di espressione con una legge che avrebbe dovuto proteggere i bambini da programmi indecenti trasmessi via Internet: il risultato però fu che la legge è stata dichiarata incostituzionale sia dal tribunale federale di prima istanza sia dalla Corte Suprema; e un analogo tentativo successivo non ha avuto successo.⁴⁷ La reazione dell'autorità si sta sviluppando sul fronte della censura, istituto quasi accantonato negli ultimi decenni perché sembrava si fosse raggiunto un tacito equilibrio fra l'aspirazione alla libertà e un (modico)

⁴⁶ Leiner, et al. cit., p. 14.

⁴⁷ American Civil Liberties Union v. Janet Reno, No. 96-963 (DC USED Pa, 1996); Corte Suprema No. 96-511 del 26 giugno 1997 (che hanno invalidato il Communications Decency Act of 1996 (CDA)). I sostenitori del controllo di Stato hanno presentato un nuovo testo di legge (il Child Online Protection Act, COPA o CDA II); il tribunale federale distrettuale ha emesso un provvedimento d'urgenza contro l'esecutorietà della legge (confermato dalla Corte federale d'appello del 3° circuito il 22 giugno 2000). V. http://www.eff.org/pub/Legal/Cases/ACLU_v_Reno/; http://www.eff.org/Censorship/Ratings_filters_labelling. La giusta preoccupazione di proteggere i bambini non deve diventare l'alibi per un revival di odiose, e comunque inefficaci, restrizioni della libertà di tutti. I bambini devono essere protetti dai siti Internet a loro inadatti, ma in modo diverso: è innanzitutto compito dei genitori provvedere, educandoli e sorvegliandoli; e vi sono soluzioni tecniche (di struttura) che non richiederebbero alcuna interferenza con la libertà (tranne quella dei bambini stessi che si vogliono proteggere).

esercizio del controllo in aree poco controverse (perché unanimemente considerate di competenza del diritto penale come la pornografia, o la protezione dei minorenni). Internet, per la sua incontrollabilità, ha suscitato profonda preoccupazione del legislatore americano il quale ha emanato leggi che sono state presto stroncate dai tribunali in quanto manifestamente incostituzionali. Si sono avuti negli Stati Uniti numerosi altri attacchi intesi a imbrigliare la libertà di espressione nell'ambito di Internet.⁴⁸ E violenti scontri sono scoppiati sull'altro fronte, quello dei diritti d'autore: l'industria che si basa sullo sfruttamento del copyright ha la sensazione di venire derubata dai predatori in Internet e conduce una lotta senza quartiere per restringere sempre di più l'ambito del "fair use", mentre i cittadini della rete (*netizens*) invocano il rispetto delle garanzie costituzionali per far uso di questo diritto.

E la Francia ha imposto una inammissibile forma di "territorialismo" giudiziario⁴⁹ ordinando alla società californiana "Yahoo!" di identificare gli utenti francesi del portale americano, e di impedire loro l'acquisto tramite il sito Yahoo! di materiale di propaganda filonazista.⁵⁰ L'elemento di collegamento per realizzare questa manovra è stato fornito dalla filiale francese della Yahoo! – la quale aveva subito dichiarato di assoggettarsi alla richiesta del Paese ospitante – e che i francesi tengono ostaggio e garante dell'adempimento da parte della casa madre.⁵¹ La Francia cerca in sostanza di ottenere attraverso pressioni economiche

⁴⁸ Nel caso "Napster" per esempio, i tribunali americani hanno favorito l'industria discografica dando pieno riconoscimento al diritto d'autore attraverso una ampia, e per molti, dubbia interpretazione della "Copyright Clause" della Costituzione. V. fra le altre indebite interferenze (di cui parlerò ancora): (1) il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998; v. Pamela Samuelson. "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised." <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson>; (2) i casi di proprietà industriale della MPPA (Motion Picture Association of America) DVD e le comparse "amici curiae" in discussione dinanzi alla Corte d'appello federale del 2° Circuito il 1° maggio 2001, in http://www.eff.org/IP/Video/MPAA_DVD_Cases; (3) il Communications Assistance to Law Enforcement Act (CALEA) relativo alla sorveglianza telefonica, in <http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/CALEA/2000/>. V. GILC. "Regardless of Frontiers," <http://www.gilc.org/speech/report/>; ACLU. "Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?" <http://www.aclu.org/issues/cyber/burning.html>; ACLU. "Censorship in a Box," <http://www.aclu.org/issues/cyber/box.html>; EFF/Seth Finkelstein and Lee Tien. "Censorware White Paper # 1," http://www.eff.org/Censorship/Censorware/20010306_eff_nrc_paper1.html.

⁴⁹ Bisogna ammettere che l'esempio al quale la Francia si è ispirata è stato dato ripetute volte dagli stessi Stati Uniti, in altre circostanze. Sui problemi di competenza e giurisdizione v. David G. Post. "Personal Jurisdiction on the Internet—A Survey of the Cases," cit.

⁵⁰ V. le ordinanze del tribunale di Parigi del 22 maggio, 2000 e del 20 novembre 2000, No RG: 00/05308; v. <http://www.cnn.ru/2000/LAW/05/22/france.yahoo.reut/index.html>. (Provvedimenti palesemente contrari al principio di libertà di manifestazione del proprio pensiero, che non possono naturalmente essere fatti valere negli Stati Uniti in quanto violano un principio fondamentale della Costituzione americana, il 1° Emendamento).

⁵¹ "In a setback for free expression on the Internet, a French court has ruled that U.S.-based Yahoo, Inc. is liable under French law for allowing French citizens to access auction sites including Nazi memorabilia.

(in Francia) quello che non riesce a ottenere legalmente (negli Stati Uniti).⁵² La Yahoo! (americana) ha eliminato il materiale incriminato dai suoi siti.⁵³ Il provvedimento di censura francese ha fatto strada: lo hanno prontamente copiato in Germania.⁵⁴

Internet ha un grande potenziale sovversivo, perché ognuno può entrare, con relativa facilità, attraverso la Rete, nella sfera privata e patrimoniale altrui, e manipolare, sottrarre, distruggere questo tipo di proprietà.⁵⁵ Tutti gli sforzi fatti a protezione del diritto alla *privacy* impallidiscono dinanzi al potenziale di cattura, via Internet, dei dati, anche i più riservati, di chiunque.⁵⁶ È abbastanza agevole per tutti coloro (e sono tantissimi) che abbiano qualche conoscenza di come funzionano i programmi elettronici interferire con l'utilizzo altrui dei PC. Con l'uso ormai generalizzato dell'e-mail è impresa elementare distruggere l'operatività dei PC delle "vittime" avvalendosi della ingenua o disattenta collaborazione delle vittime stesse. Non esistono, al momento, difese efficaci. L'interattività offre uno strumento unico a chi, per gioco, per "sfida", per deviazione mentale o per fini criminali, vuole sovvertire l'organizzazione sociale, manomettendo, da un qualunque punto del globo, conti bancari, carte di credito, archivi anagrafici, fiscali, assicurativi, casellari penali, sistemi automatizzati di separazione

CDT [Center for Democracy and Technology] believes that holding all Internet publishers liable for the constantly changing and potentially restrictive laws of every country and municipality in the world could have a chilling effect on speech and commerce online. November 20, 2000 Update: The second highest court in Germany recently handed down a ruling similar to the one in France. The German court ruled that an Australian web site owner—whose web site questioning the Holocaust is illegal in Germany but not in Australia—could be jailed for violating German speech laws. December 15, 2000. <http://www.cdt.org/>

⁵² Gli imitatori non mancheranno. Sarà, in futuro, la conoscenza degli orrori dell'Unione Sovietica staliniana (20 o più milioni di persone sterminate) a essere vietata? Troveremo sotto il tiro Cina, Pakistan, Stati Africani, Argentina, Armenia, Cuba?

⁵³ Sotto riserva di portare avanti l'impugnazione del provvedimento francese. Per la Francia si tratta di una vittoria effimera perché al posto della Yahoo! ci saranno dozzine o centinaia di siti i quali, non avendo sedi o filiali in Francia, se la rideranno dei tribunali francesi: a questi siti, i cittadini francesi accederanno quando e come vorranno, per qualsiasi loro esigenza; sia per intermediazione di acquisto, inclusi articoli da collezionismo del periodo nazista e libri con riferimenti nazisti, sia di propaganda che gli studiosi di storia devono pur poter leggere, sia per fini del tutto innocui come l'acquisto del Diario di Anna Frank (il quale contiene ovviamente riferimenti al nazismo che non sono discernibili, con l'uso dei programmi di computer attuali, da quelli proscritti dal diritto penale francese). V. CNN.com: "Yahoo! defies court ruling over Nazi items," <http://www.cnn.com/2001/TECH/internet/02/21/defiant.yahoo.idg/index.html>. (Yahoo! does not intend to comply with the deadline of a court order requiring the company to block French users from accessing Nazi-related items on its U.S. Web site. . . . After Feb. 24 [2001], Yahoo! is liable for fines of 100,000 francs (\$13,970, at current rates) per day. . . . Yahoo! has filed a countersuit in a California court on grounds that a French court should not be able to impose its national laws on a U.S. company."

⁵⁴ V. un sommario sui tentativi di indebita ingerenza governativa nella libertà di espressione via Internet, Global Internet Liberty Campaign (GILC). "Regardless of Frontiers," <http://www.gilc.org/speech/report/>

⁵⁵ "[I]n the future, we'll all have fifteen minutes of privacy;" Kurzweil, cit. p. 247.

⁵⁶ Si potranno però introdurre efficaci controlli ai quali gli utenti "normali" daranno probabilmente una piena adesione volontaria, riconoscendo anzi per la protezione loro offerta (o "imposta"), anche a costo di rinunciare a una parte della propria riservatezza.

in volo di aerei di linea, scambi ferroviari, pagamenti di pensioni, liste di prenotazione di chi si reca in viaggio, ciò che potrà causare, nella migliore delle ipotesi, disguidi, ritardi e confusione, nella peggiore, collisioni, devastazioni, sciagure, tragedie. Internet è un fenomeno globale, ma, non esistendo un governo globale, non si possono efficacemente controllare dall'esterno le inevitabili deviazioni nell'uso.⁵⁷ Probabilmente, la soluzione dovrà venire più che da difficili controlli legislativi e polizieschi, da soluzioni tecnologiche (consistenti in interventi nel funzionamento stesso delle macchine, e non modificabili senza la distruzione del nucleo centrale di esse),⁵⁸ l'introduzione di controlli biologici,⁵⁹ dispositivi che escludano l'invio al PC di "istruzioni" dirette al sistema operativo.⁶⁰ Il problema della decrittazione verrà probabilmente risolto attraverso ulteriori progressi nella velocità della elaborazione con l'avvento dei computer quantici (che per ora sono ancora allo stato di sviluppo), i quali avranno dimensioni microscopiche e sapranno risolvere i problemi più complessi in frazioni minime di tempo.⁶¹

⁵⁷ Sul "Corriere della Sera" del 16 maggio 2000 (p. 19) spiccava il titolo: "L'Europa dice no allo 007 anti-hacker. Il vertice del G8 boccia i piani USA." Gli Stati Uniti avevano proposto uno "sceriffo cibernetico". "Internet, del resto, è transnazionale per definizione--insistono gli americani--che senso ha agire in ordine sparso? Se non superiamo i confini, saremo sconfitti in partenza." "Sul piano giuridico non esiste un cyberspazio"--taglia corto [il Ministro] Jean-Pierre Chevènement difensore di una sorta di nazionalismo di sinistra, il quale annuncia che la Francia ha creato il suo organismo . . .". Lo stesso articolo del "Corriere" riporta anche l'opinione dell'industria, espressa da Brian O'Higgins, di Entrust Technologies, impresa canadese leader nella crittazione: "Garantire la fiducia è essenziale, ma rallentare l'innovazione sarebbe un grave errore. Noi non vogliamo veder adottare leggi che rendano difficile o impossibile ai nostri clienti utilizzare le nuove tecnologie. Non mi fido di governi che non sanno niente di Internet."

⁵⁸ V. Kurzweil, cit. p. 115 ("A related quantum effect can provide a new method of encryption that can never be broken. Again, please keep in mind that, in view of the Law of Accelerating Returns, 'never' is not as long as it used to be.").

⁵⁹ Per esempio, verifica, prima di ogni accesso, attraverso lo schermo (che dovrà funzionare anche da telecamera) mediante il controllo dell'iride degli occhi, o di altri elementi biologici unici per ogni individuo. Che l'identificazione sulla base di elementi biologici sia pratica ed efficiente è ampiamente dimostrato da applicazioni già in atto. Per esempio, lo usano le banche al posto delle tessere "Bancomat". È diffuso, ai posti di immigrazione U.S.A., il controllo dell'identità delle persone attraverso le caratteristiche del palmo della mano. Recentemente si è suggerito di porre in essere controlli biometrici per il riconoscimento degli utilizzatori di computer. Questi farebbero sì che l'accesso al PC e l'accettazione di informazioni provenienti dall'esterno sia possibile solo a chi ne sia il legittimo utente. V. "Eye of the Beholder," in *Time Digital Magazine* dell'ottobre 2000, vol. 5 No 6. <http://www.time.com/time/digital/magazine/articles/0,4753,57957,00.html>.

⁶⁰ Per il caso di possibili manomissioni, i PC dovrebbero non solo bloccare l'accoglimento di tutte le istruzioni di tale tipo, e distruggerle automaticamente, ma altresì identificare la provenienza dei segnali, e inviare i dati di identificazione all'autorità più vicina al luogo da dove il segnale è pervenuto. Il sistema non dovrebbe permettere la ricezione di "programmi" (cioè un insieme di istruzioni operative) dalla rete se non in base a specifica richiesta dell'utente, controllata e verificata come tutte le altre attività d'uso del PC.

⁶¹ V. Kurzweil, cit. pp. 110-118. Scrive Kurzweil: "Quantum computing [is a] revolutionary method of computing, based on quantum physics, that uses the ability of particles such as electrons to exist in more than one state at the same time. . . . A 'quantum bit,' used in quantum computing, is both zero and one at the same time, until quantum decoherence. . . . causes each quantum bit to disambiguate into a state of zero or one. One qu-bit stores two possible numbers (zero and one) at the same time. N qu-bits stores 2^N possible numbers at the

Internet è subito diventata strumento per perseguire fini illeciti: dall'abuso delle carte di credito, alle attività dei pedofili che sono stati fra i primi a ricorrervi per stabilire i loro collegamenti e adescamenti⁶²; alla mafia che la impiega per organizzare in modo capillare le sue attività di commerci illegali, ricatti ed estorsioni, e per lavare i suoi proventi illeciti; a tutti i criminali e a tutte le organizzazioni criminali che si scambiano intelligenza vitale per danneggiare la collettività e combattere le forze dell'ordine.

Anche prescindendo da questi aspetti inquietanti che dovranno trovare adeguato rimedio con difese insite nel sistema non c'è dubbio che una parte considerevole delle potenzialità di Internet si disperderà in attività ludiche e di intrattenimento. Non sarei troppo critico al riguardo, salvo per gli eccessi che vengono segnalati e che probabilmente si attenueranno con lo sfiorire della novità. Il gioco e il divertimento fanno parte essenziale, nonché utile e spesso educativa, della vita. L'obiezione, qui come del resto per tutto il fenomeno di Internet, riguarda il carattere solitario della fruizione. Internet, si dice, è un tipo di comunicazione che elimina e sostituisce in grande misura i contatti fisici e sensibili su cui si basa la vita di relazione; il beneficio della immediata comunicazione con qualunque altro utente di Internet nel mondo avrebbe come contropartita la sostanziale eliminazione dei contatti personali, e potremmo finire col non essere più né capaci né desiderosi di gestire questi ultimi. L'uomo si isolerebbe dal mondo che lo circonda e si assuefarebbe a quello che, sotto la mentita spoglia del dialogo con il mondo, in sostanza finirebbe per essere un arido colloquio con se stesso.⁶³ C'è chi sostiene che questo carattere solitario non sarebbe necessariamente asociale; infatti, chi passa ore da solo giocando col computer potrebbe sviluppare attraverso la rete una serie di contatti e di rapporti interpersonali, che andrebbero ben al di là di quelli che possono essere occasionati dalla limitata cerchia sociale di cui gli uomini normalmente dispongono. Altri, pur ammettendo che questo è vero, sostengono che

same time. Thus an N qu-bit quantum computer would try 2^N possible solutions to a problem simultaneously, which gives the quantum computer its enormous potential power; id. at 309-10. Osserva ancora Kurzweil che "quantum computing is to digital computing as a hydrogen bomb to a firecracker; id. at 112. V. ora anche Giovanni Capraro. "Cade un'altra frontiera: intrappolata la luce," in "Corriere della Sera" del 19 gennaio 2001.

⁶² V. sull'attività di siti civetta in Italia "Punto Informatico", <http://punto-informatico.it/ps.asp>.

⁶³ Il Maldonado aveva avvertito il disagio e si era così espresso: "Attori sociali radicalmente depersonalizzati e, per giunta, costretti a esprimersi in un limitato repertorio di frasi prefabbricate, sono la negazione di un corretto modo di intendere l'esercizio della partecipazione democratica. Per me, la discussione pubblica di temi di grande rilevanza per la collettività deve irrimediabilmente assumere la forma di un aperto confronto di donne e uomini, con faccia, ossia di cittadini che si incontrano e si scontrano con tutto ciò che fa parte (e caratterizza) la loro individualità." Tomás Maldonado, *Critica della ragione informatica*. Milano: Feltrinelli, 1997, p.64.

sarebbe sempre meglio stare insieme con pochi altri che rinchiudersi nella propria stanza soli con un computer. La discussione andrà avanti. Forse si risolverà da sé quando, come dice il Kurzweil, fra una trentina d'anni si sarà instaurato "un ampio uso della comunicazione che adopera le connessioni neurali dirette, il che permetterà la comunicazione tattile virtuale onnicomprensiva senza entrare in un ambiente di pieno contatto, come era invece necessario fino a pochi anni prima".⁶⁴ Allora, "i membri di una famiglia potranno stare ciascuno seduto nel proprio soggiorno e potranno godere la reciproca compagnia, senza essere fisicamente vicini l'uno all'altro".⁶⁵

Inconvenienti minori, ma nondimeno importanti, dell'uso di Internet sono quelli di carattere finanziario ed economico, quali l'assuefazione a spendere in modo incontrollato (ad esempio, con gli abbonamenti, o con acquisti inutili), o lo spreco di risorse ed energie; ciò anche perché molti non riescono (o non riescono ancora) a fare una ricerca veramente mirata, e spesso si disperdono per rami laterali.

È comprensibile la convinzione che Internet di per sé solo non potrà sostituire quella formazione organica che buoni genitori, buoni maestri, buoni amici possono fornire. Chi pensa in questi termini, spera probabilmente di trovarsi di fronte a un fenomeno meramente di quantità dell'informazione, quello di cui gli scolastici dicevano "*quantitas in qualitate redundat*", e forse trascura di vedere le chiare avvisaglie che in Internet si contengono elementi non solo intrinsecamente qualitativi, ma anche rivoluzionari, sconvolgenti, che non ancora esplicano tutta la loro potenzialità. L'effetto di questo ancora filosoficamente quasi inesplorato fenomeno potrà essere veramente dirompente. Internet e la sua progenie potranno cambiare la vita culturale, spirituale e politica degli uomini, per il bene e per il male.

Internet ha la potenzialità di banalizzare la conoscenza, facendola diventare un semplice accumulo di notizie, e di appiattirne il contenuto nella mente di chi la recepisce; essa contiene, infatti, nella facilità dell'accesso e della raccolta, il germe dell'indulgenza alla pigrizia mentale. Certo, chi è dotato di una buona formazione culturale e di una personalità spiccata può trarre selettivamente dal sistema Internet quello che gli serve per far evolvere

⁶⁴ Kurzweil, cit. p. 222. ("*[T]here is extensive use of communication using direct neural connections. This allows virtual, all-enveloping tactile communication to take place without entering a 'total touch enclosure,' as was necessary ten years earlier.*")

⁶⁵ Kurzweil, cit. p. 222. ("*Similar to virtual reality, much of what is seen and heard in 'real' reality also has no physical counterpart. Thus family members can be sitting around the living room enjoying one another's company without being physically proximate.*").

creativamente il suo pensiero; ma i meno formati non faranno che accumulare dati e informazioni che spesso non sono preparati a trasformare in qualcosa di proprio e ulteriore.⁶⁶ La diffusione di Internet implica il pericolo di "schiavizzare" le masse – come ha già fatto, ma in minor misura, la televisione – e di condannarle all'abbandono dello sforzo interiore di ideare, concepire, creare. Le informazioni raccolte con Internet rischiano di non essere intelligentemente inserite in un sistema ed elaborate, e l'utilizzatore può non acquistare, o progressivamente perdere, l'attitudine e l'allenamento a pensare. Navigare in Internet può divenire un alibi per non pensare.

Da come il fenomeno è stato accettato e si sviluppa, sembra che l'umanità sia comunque (inconsciamente, per lo più) pronta per questa improvvisa e spettacolare esplosione della sua capacità cognitiva e comunicativa; dico inconsciamente, perché alla fine essa non sarà in grado di digerire questo che essa considera un inaspettato dono del cielo. Il potenziale di crisi è devastante, proporzionale alla vastità delle applicazioni e alle illimitate potenzialità. Crisi incontrollabili si innescheranno, e non vi saranno sistemi di controllo che possano evitarle.

F. Superamento dei confini fisici

Gli ultimi due secoli hanno assistito alla vasta affermazione di una creazione politica relativamente recente, lo Stato nazionale,⁶⁷ e a quella, molto meno generale, di regimi democratici e liberali, nonché di movimenti federativi regionali; e anche alla discussione, sia

⁶⁶ Martin, cit. p. 221, osserva: "Technology-capable people can invest money better, find better jobs, and find information when they need it. Perhaps the most dangerous consequence of the alien-intelligence revolution will be that it widens the chasm between the haves and the have-nots."

⁶⁷ V. David G. Post. "The "Unsettled Paradox": The Internet, the State, and the Consent of the Governed," 5 *Indiana J. Global Legal Studies* 521 (1998). Gli Stati nazionali sono il "frutto dell'immaginazione" cresciuto, negli ultimi duecento anni, sotto l'influsso della fantasia romantica intrisa di patriottismo e razzismo e, pur essendo superati da una impostazione che sempre più si allontana da perniciosi provincialismi, sopravvivono negli ambienti che hanno orizzonti limitati, e vengono protetti da leggi ottocentesche anch'esse largamente superate (in Italia, sono ancora previsti i reati contro la "personalità dello Stato", e sono puniti con severissime pene coloro che attentino alla "unità nazionale": v. Vincenzo Manzini. *Trattato di diritto penale*. Torino, UTET, 1950, vol. IV, p. 26, n. 2). (I "veneti" che occuparono il campanile di San Marco sono stati condannati per questo: non si può immaginare maggiore spreco delle risorse giudiziarie di un Paese). Molti ancora prendono sul serio la retorica patriottica dell'Ottocento, v. Manzini. *Trattato*, cit. vol. IV, p. 25 e n. 2; p. 27, n. 3. V. anche, sullo stato-nazione, lo studio di Giovanni Sartori. *Pluralismo, Multiculturalismo e Estranei. Saggio sulla società multi-etnica*. Milano: Rizzoli, 2000, pp. 39-44. V. da ultimo lo scambio di idee fra Galli Della Loggia e il Presidente della Repubblica, Ernesto Galli Della Loggia. "Presidente, parliamo della Patria", "Corriere della Sera" del 4 marzo 2001; Carlo Azeglio Ciampi. "Io, la Patria e i doveri di testimone", "Corriere della Sera" del 5 marzo 2001.

pure in via poco più che utopica, di vari modelli di collaborazione e concentrazione politica a livello mondiale. Le radici culturali, storiche, religiose, razzistiche delle ideologie "nazionali", dello Stato nazionale, sono lungi dall'essersi inaridite, come dimostrano i conflitti cosiddetti "etnici" ancora in atto in luoghi come i Balcani, il Medio Oriente, la penisola indiana, l'Africa. Almeno l'Europa occidentale sembra però essersi liberata delle sue storiche rivalità intestine e, anche se il processo sarà ancora lungo, in essa (e anzi su un'area più ampia di quella attuale) il cammino verso l'unione federativa sembra irreversibile.

Quanto ai regimi interni prevalenti, i sistemi di democrazia liberale si confermano e si affermano sempre più; e dove non si sono affermati, spesso sono oggetto di formale anche se ipocrito omaggio, e non mancano di potenzialità futura. Sessant'anni fa gran parte dell'Europa era governata da dittature; lo stesso si doveva dire dell'America latina, del Giappone e della Cina, mentre nel resto del mondo prevaleva ancora il colonialismo. Trent'anni fa, insieme agli Stati Uniti e all'Europa occidentale, l'India e il Giappone erano acquisiti a stabili regimi democratici e liberali. Oggi, dopo il collasso dell'Unione sovietica, tutta l'Europa orientale e buona parte dell'Asia si stanno sia pure faticosamente inoltrando sulla strada della libertà politica, e così l'America latina, talché si può dire che solo l'immensa Cina, la Corea del Nord e gli Stati pervasi dal fondamentalismo islamico non hanno ancora fatto passi in avanti in tal senso. (L'Africa postcoloniale, purtroppo, è costellata di regimi formalmente liberi e rappresentativi, ma la regola è la tirannia, il malgoverno e la guerra tribale).

Se è vero, come efficacemente diceva Churchill, che quello democratico è il reggimento peggiore dopo tutti gli altri, non si può negare che il mondo (almeno quello occidentale) sia ora governato, effettivamente o almeno nelle espresse intenzioni, meglio di quanto non lo sia mai stato, il ricambio dei governi avviene secondo regole legali predeterminate che non comportano la violenza o lo spargimento di sangue; e il popolo non è retto dalla dispotica e arbitraria autorità di tiranni.

Bisogna considerare che, da un punto di vista materiale, e nonostante le grandi e scandalose persistenti sacche di inopia, un grande numero di abitanti della terra (quadruplicati rispetto a due secoli fa) non ha mai avuto in precedenza un tenore di vita altrettanto decente. Ci sarebbe – se logisticamente organizzato – cibo sufficiente, vesti, un tetto, farmaci; chi non ne ha potrebbe esserne provvisto, o aiutato ad aiutarsi, da una azione concertata che non sarebbe al di sopra delle possibilità dei Paesi più prosperi, se

questi trovassero la necessaria, concorde volontà politica. I trasporti e le comunicazioni sono facili e universali. L'istruzione non è più privilegio di pochi. Sul continuo perseguimento di condizioni di vita minime accettabili e sul rispetto delle libertà fondamentali e dei diritti umani, tutti si dovrebbero trovare d'accordo quale che sia la visione del mondo di ciascuno, anche sulla base di un semplice comun denominatore utilitaristico. Quel tanto di felicità che è compatibile con la condizione umana non è irraggiungibile; e il suo stabile conseguimento ha come condizione la solidarietà, assicurabile da un insieme di governi federativi che, fermi nella difesa appunto dei valori essenziali della libertà, e nell'equo bilanciamento degli interessi fondamentali, lascino la cura di regolare, con mano leggera, la convivenza civile alle aggregazioni sociali più vicine a ciascuno dei cittadini e compatibili con l'efficacia di tale funzione regolatrice.

Da dove ottiene lo Stato l'autorità di esercitare il potere sovrano? Almeno dal tempo del Trattato di Westfalia (1648) la sovranità non risiede più in strati verticali sovrapposti, bensì in Stati territoriali geograficamente definiti. Questa sovranità non appartiene al legislatore – che è solo agente e fiduciario – e tanto meno al governo o ai magistrati, bensì al popolo, inteso come collettività, che la distribuisce e revoca, in altre parole, vi consente.⁶⁸ La Brilmayer ha sostenuto, in modo convincente, che ottenere il potere dal consenso dei governati presuppone l'esistenza di una sovranità territoriale (la cui concessione iniziale non si riesce a giustificare).

La situazione cambia radicalmente nel ciberspazio perché il problema cessa di esistere se si contemplanò entità che non hanno sostrato territoriale.⁶⁹ Scrive il Post: "Non siamo forse mai stati capaci prima d'ora di considerare seriamente che gli individui . . . avessero il potere di creare simili 'entità governative che non hanno sostrato territoriale.' . . . In un mondo di causa ed effetto fisici, è assolutamente naturale che la prossimità fisica e l'aggregazione geografica siano l'asse centrale intorno a cui le collettività legislative si raggruppino 'naturalmente.' Non è così nel ciberspazio, dove non si applicano più le regole naturali delle aggregazioni fisiche e dove, di

⁶⁸ "In the Constitutional scheme of things, the people no longer actually shared in a part of the government (as, for example, the people of England participated in their government through the House of Commons), but they 'remained outside the entire government, watching, controlling, pulling the strings for all their agents in every [governmental] branch.' The power of the people outside of the government was 'absolute and untrammelled; that of their various delegates in the government could never be.'" Gordon S. Wood. *The Creation of the American Republic 1776-1787*, 1969 (v. in particolare capitolo IX ("The Sovereignty of the People")); v. David G. Post. "The 'Unsettled Paradox'", cit.

⁶⁹ Lea Brilmayer. "Consent, Contract, and Territory," 74 *Minn. L. Rev.* 1 (1989); v. Post. "The 'Unsettled Paradox,'" cit.

conseguenza, la logica a-territoriale delle teorie basate sul consenso possono finalmente avere il loro pieno riconoscimento con gruppi legislativi decentralizzati e a-geografici che non *impongono* l'ordine al mondo elettronico, ma attraverso cui l'ordine può emergere. Alcuni di questi processi decentralizzati ci sono noti come una specie di 'federalismo elettronico.' In questo modello, gli operatori individuali di accesso alla rete piuttosto che Stati basati su territorio, diventano le unità essenziali di governo;⁷⁰ in effetti, gli utenti delegano loro il compito di fare le norme, conferiscono loro sovranità e scelgono fra tali unità in base alle loro opinioni individuali sugli elementi costitutivi di una società ordinata. La 'legge dell'Internet' emerge quindi non dalla decisione di una qualche autorità superiore, ma dall'insieme delle scelte fatte dai singoli operatori di sistema su quali regole imporre, e dagli utenti individuali sulla comunità di rete alla quale intendono aderire.⁷¹ Come la colonizzazione del Nuovo Mondo portò, alla fine, a un nuovo concetto della natura del potere sovrano, così l'"occupazione" del ciber spazio a-territoriale avrà un impatto decisivo sul vero contenuto e significato della sovranità popolare.⁷²

I singoli governi non possono impedire che gli elettroni (e le comunicazioni da loro portate) valichino le frontiere, né possono monopolizzare il diritto di sovranità sulla rete. I governi locali hanno naturalmente l'autorità di porre un freno ai problemi creati nello spazio fisico di loro sovranità da coloro che agiscono nel ciber spazio; ma quando costoro agiscono fuori dal loro dominio territoriale, diventano irraggiungibili: l'autorità del re giunge fin dove giunge la sua spada, si diceva un tempo. Per affrancarsi nel ciber spazio, basta porsi fuori portata delle spade dei re.⁷³

Comunque, per le attività che hanno un impatto minimo sugli interessi vitali delle istituzioni sovrane, le strutture auto-regolatrici del ciber spazio sono adatte, meglio delle autorità locali, a risolvere le questioni legali della rete. Gli operatori dei sistemi, ciascuno da solo, e tutti insieme, collettivamente, hanno il potere di controllare attività illecite e dannose sulla rete. Il senso di responsabilità da parte di queste istituzioni nell'ambito del ciber spazio potrà avere un forte peso contro l'argomento che la rete è "senza legge".⁷⁴

⁷⁰ Il Post parla di "Wagnerian Staatendämmerung".

⁷¹ Post. "The "Unsettled Paradox," cit; id. "Governing Cyberspace," 43 Wayne L. Rev. 155, 164 (1997).

⁷² V. Post. "The Unsettled Paradox" cit.; Johnson & Post. "The New 'Civic Virtue'" cit.

⁷³ V. l'ottimo studio di Johnson e Post. "Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace," cit.

⁷⁴ Id. pp. 255-57, 263-64. V. le acute osservazioni di David R. Johnson and David G. Post. "The New 'Civic Virtue' of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace," published in

Scrivono Johnson/Post: "La funzione legislativa sulle attività *online* non dovrebbe essere centralizzata in un ipotetico, anche se democratico "governo globale", e tanto meno da una autorità creata con il lento, farraginoso, incompleto, e non democratico processo di formazione di un trattato internazionale. La legittimità non può essere preservata permettendo ai sovrani territoriali esistenti di asserire un controllo incoerente e asimmetrico su tutte le attività *online* che possono ripercuotersi sui loro cittadini. . . i problemi dell'azione collettiva e della libertà possono essere risolti simultaneamente per il ciberspazio affidandosi alle decisioni dei singoli utenti di entrare nelle aree in cui possono godere di maggiore libertà abbandonando quelle che sono oppressive. La nuova scienza dei sistemi complessi induce a sperare che un sistema di governo comprensivo di Internet—che ricollega la funzione "legislativa" del ciberspazio a coloro che ne sono maggiormente affetti, e che inoltre permette ai gruppi operanti nel ciberspazio di prendere decisioni decentralizzate che possono avere un impatto su altri (e quindi richiedono differenti strategie di risposta) — creerà una nuova forma di virtù civica. La antica speranza che il razionale dibattito fra saggi rappresentanti eletti risulterebbe in complesso nel bene pubblico potrà essere sostituita, almeno nel ciberspazio, da una nuova certezza consistente nel presupposto che interazioni disperse e complesse fra gruppi di individui i quali intraprendono azioni unilaterali per ottenere scopi 'locali' sarà il meglio per tutti, nel complesso, e a lungo termine."⁷⁵

Internet è ingovernabile con mezzi tradizionali perché in Internet manca l'elemento essenziale dei mezzi tradizionali di governo, l'estensione e la delimitazione territoriale. La sovranità in genere — e la facoltà sovrana di emanare leggi — è definita dal controllo (internazionalmente riconosciuto) su un territorio.⁷⁶ Il ciberspazio distrugge il significato

The Emerging Internet (1998 Annual Review of the Institute for Information Studies), C. Firestone, ed. 1998; also in <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html>, p. 16.

⁷⁵ Johnson and Post. "The New 'Civic Virtue'," cit. ("Law-making for diverse online spaces should not be centralized in any single global government, even a democratic one, much less one created by the slow, incomplete, and undemocratic treaty process. Legitimacy cannot be preserved by allowing existing geographical sovereigns to assert an inconsistent and asymmetric control over all online activities that might have an impact on their citizens. . . the collective-action and liberty problems can be solved simultaneously for online spaces by relying on the decisions of participants to join (leave) those areas with rules they find empowering (or oppressive). The new science of complex systems gives reason to hope that an overall system of governance of the Internet that reconnects rule-making for online spaces with those most affected by those rules—and that also allows online groups to make decentralized decisions that have some impact on others, and that therefore elicit disparate responsive strategies—will create a new form of civic virtue. The old hope that rational debate among wise elected representatives will result in the overall public good may be replaced, online at least, by a new certainty that dispersed and complex interactions among groups of individuals taking unilateral actions to serve 'local' goals will be best for everyone, overall, over time.").

⁷⁶ Quando parliamo della legge del contratto o della legge dell'atto illecito ci riferiamo normalmente al luogo geografico dove l'evento si è verificato.

associato alla nozione di "luogo geografico": chi usa l'Internet non sa dove si trovano gli altri partecipanti; il costo, la velocità, la qualità dei messaggi su Internet sono indipendenti da ogni considerazione di spazio fisico. Come scrisse Larry Lessig, gli eventi nel cibernazio si verificano in nessun luogo, ma in ogni luogo, allo stesso tempo. Supponiamo – per fare l'esempio citato dal Post⁷⁷ – che Singapore abbia una legge che vieta di dire che Internet è ingovernabile (l'esempio non è poi tanto irrealistico, in Germania e Francia esistono leggi che vietano di negare l'olocausto), e che questo mio scritto venga pubblicato in Italia dalla "Rivista italiana del cibernazio" (RIC): il mio unico obbligo dovrebbe essere di verificare che nulla vi sia in esso di diffamatorio, ingiurioso, o altrimenti lesivo di diritti altrui o violativo delle norme penali italiane. Se però la RIC includesse il mio articolo nel World Wide Web, ecco che Singapore – e tutti gli altri Stati del mondo – applicherebbero ad esso la loro legge.⁷⁸

Il Post suggerisce un radicale decentramento nella formazione delle leggi, una specie di federalismo elettronico in cui i fornitori di servizi di rete – piuttosto che gli Stati territoriali – diventino le unità essenziali di "governo". La "legge dell'Internet (o delle Internet)"⁷⁹ emergerebbe quindi non da una qualche autorità superiore bensì dalle scelte volontarie sia degli operatori dei sistemi e sia degli utilizzatori individuali, i quali ultimi, approfittando dell'opzione di mobilità, scelgono e abbandonano gli operatori a seconda del servizio che questi offrono. "Sistemi decentralizzati sono capaci di generare un alto livello di coordinazione . . . senza necessità di alcuna formazione decisionale centralizzata".⁸⁰ Basta pensare alla stessa Internet: essa è un sistema adattivo complesso che ha raggiunto un, fino ad ora inimmaginabile, livello di interconnessione, coordinamento, ordine e armonia, senza dipendere dal controllo gerarchico dall'alto. I Protocolli di Internet ("IP") e le norme tecniche di funzionamento sono la "legge della rete" che non è stata emanata sotto l'autorità di alcun sovrano, nessuno ha costretto all'obbedienza, nessun trattato internazionale ha raccolto l'accordo dei partecipanti in un testo vincolante: la legge della rete è nata sulla base di un "rough consensus and working code", consenso e codice di lavoro approssimativi. In questa prospettiva, la sovranità risiede nella scelta e nel consenso di ciascun individuo. "Chi farà le leggi sulla libertà di espressione nel cibernazio?" si chiede Post, e risponde: "La farete

⁷⁷ David G. Post. "Sex, Lies, and the Internet: Some New, and Some Not-So-New, Questions about Free Speech in Cyberspace," http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Kops_Lecture.html, p. 3.

⁷⁸ La RIC sarebbe attenta a non mettere l'articolo sul www. in Italia se esso violasse la legge italiana.

⁷⁹ La federazione di reti.

⁸⁰ Post, "Sex, Lies, and the Internet," cit. p. 5.

voi tutti. Non abbiamo bisogno di una nuova legge di libertà d'espressione, ma ci serve la libertà di fare tali leggi, di ri-inventare i principi in base ai quali riteniamo che questa conversazione a livello mondiale possa procedere nel migliore dei modi".⁸¹

Nello speciale contesto della necessità di governare il cibernazio, i partecipanti non possono più ricorrere alla idea base delle democrazie rappresentative geograficamente definite, perché ovviamente non è pensabile concedere un voto uguale ai cittadini del cibernazio nel momento in cui questi non sono più "popolazioni" raggruppate in spazi territorialmente ben definiti.⁸² Invece di controlli centralizzati si passerà a comportamenti decentralizzati tali che le diverse unità si possano spontaneamente adattare nei sistemi che spontaneamente si organizzano da se stessi.⁸³ Già oggi, nessun giocatore di scacchi ha una chance di vincere contro una macchina; nessun pilota umano può guidare un aereo da combattimento o commerciale moderno senza il computer; aumentano quotidianamente le professioni nelle quali le macchine superano gli umani in specifiche attività; raggiungeremo presto lo stadio in cui le decisioni da prendere per tenere in funzione il sistema saranno troppo complesse per gli umani, i quali non potranno permettersi di "spegnere" le macchine perché sono troppo dipendenti da esse, e non potranno mantenere il "controllo" su di esse perché le macchine cambieranno con tale rapidità che nessun umano potrà tenere loro dietro.⁸⁴ Gli umani capiranno allora che è stato raggiunto lo stadio in cui "non sarà più possibile sganciare la civiltà ormai uomo-macchina dall'intelligenza della macchina".⁸⁵

Internet funziona – al pari del mercato azionario, dell'economia, del traffico cittadino, dei controlli di produzione, delle politiche che conducono alla guerra – come un sistema adattivo complesso⁸⁶ in rapida evoluzione, il cui comportamento è il risultato delle azioni e

⁸¹ Id. p. 6.

⁸² Johnson and Post. "The New 'Civic Virtue'", cit. p. 16.

⁸³ "In the special context of a need to govern the online world, however, there may be a better alternative. Participants in online spaces cannot readily make use of the basic ideas of geographically defined representative democracy. There is no way to meaningfully provide equal votes to online 'citizens,' who are not for this purpose whole people entirely located in particular territorially defined 'places.'" Johnson & Post. "The New 'Civic Virtue,'" cit.

⁸⁴ "Today's human methods will be like goat paths in Patagonia" dice Martin, cit. p. 435; v. anche id. pp. 430, 435-36. (L'Autore cita il seguente esempio: "How long will it be before a computer says to the Fed chairman, like HAL in the movie 2001: 'I'm sorry, Mr. Greenspan, I cannot allow you to do that; analysis shows that it would jeopardize a primary goal?'" p. 438). ("HAL" è il nome del computer nel film "2001: A Space Odyssey" di Stanley Kubrick).

⁸⁵ Kurzweil, cit. p. 223.

⁸⁶ Il *complex adaptive system* (CAS) è un sistema che rappresenta il risultato collettivo di molti partecipanti indipendenti, e che non ha quindi un management o controllo centralizzato; esso è un sistema decentralizzato nel senso che numerose unità operano indipendentemente creando una forma coerente di comportamento; v. Martin, cit. p. 346.

delle decisioni di milioni di utenti; è imprevedibile, vivo, in continuo cambiamento, una creatura globale; non ha un governo centrale, non ha uomini che lo comandano, non ha controlli tecnici centralizzati; è una "città globale senza sindaco"; è il risultato delle azioni indipendenti di numerose persone; si forma dal basso verso l'alto; è indipendente dai governi nazionali.⁸⁷ Internet è il prodromo della conquista della macchina sulla mente umana; anche se non hanno ancora "vita", queste macchine stanno evolvendo autonomamente, più veloci e più astute degli uomini, e hanno il vantaggio del collegamento globale.⁸⁸

Potrà l'intelligenza umana creare una partnership sinergistica e coesistere con l'intelligenza dei computer? Verrà da essi sopraffatta e sostituita? Resta da vedere cosa accadrà quando l'intelligenza delle macchine supererà quella umana; e l'uomo cesserà di essere la specie dominante. Le sorprese raggiungeranno l'umanità prima che essa sia pronta ad affrontarle. Abbiamo liberato una magia che non saremo in grado di controllare. Gary Kasparov osservò, dopo la sconfitta inflittagli dal computer *Deep Blue*, che nella macchina della IBM doveva essersi annidata una "intelligenza aliena". Le tecniche delle "intelligenze aliene" cresceranno in modo esplosivo nei prossimi decenni.⁸⁹ Fra gli scenari sul futuro dell'umanità mi sembra condivisibile – ed è accattivante – quello descritto dal Kurzweil, il quale vede, nel 2020, l'interazione con i computer mediante i gesti, e la comunicazione con essi in lingua parlata; computer praticamente invisibili, collocati nelle pareti, mobili, vestiti, corpi umani; attività che si svolgono in una realtà virtuale tridimensionale ad alta risoluzione indipendentemente dalla prossimità fisica degli attori; macchine che operano regolarmente con nanotecnologie;⁹⁰ e più in là nel tempo, la comparsa di *nanobot*⁹¹ che circoleranno nei vasi sanguigni del corpo umano per diagnosticare malattie; la comunicazione visuale, uditiva e tattile a mezzo di connessioni neurali dirette; l'apprendimento indipendente da parte delle macchine senza intervento umano; la discussione sui "diritti" dei computer e sulla definizione di ciò che è "umano".⁹² E verso la fine del secolo, la fusione fra la mente umana e il mondo dell'intelligenza delle macchine; la scomparsa della distinzione fra uomo e computer; la pretesa della macchina intelligente di essere "umana"; e finalmente il sorpasso, quantitativo, degli uomini che continuano a usare la funzione del pensiero basata sui neuroni, da parte

⁸⁷ V. Martin, cit. p. 362.

⁸⁸ *Id.* p. 431.

⁸⁹ *Id.* p. 449.

⁹⁰ Kurzweil, cit. pp. 202 segg.

⁹¹ Robot costruiti con nanotecnologia che si replicano da sé e hanno bisogno di mobilità, intelligenza e la capacità di manipolare l'ambiente.

⁹² Kurzweil, cit. pp. 220 segg.

delle macchine il cui cervello funziona con gli equivalenti elettronici e fotonici dei processi cellulari basati sul carbonio.⁹³ Nel mondo circoleranno tanti "Tobias Hull".⁹⁴ Chi è interessato potrà leggere da sé dove, secondo Kurzweil, ci porteranno le "macchine spirituali".⁹⁵

⁹³ *Id.* pp. 234 segg.

⁹⁴ Hermann Kasack li aveva chiamati "mechanische Doppelgänger." (Denn eines weiß ich . . . gewiß: Ich bin inzwischen vielen Menschen begegnet, . . . die bestimmt nicht sie selber waren, sondern bereits ihre mechanischen Doppelgänger"), Hermann Kasack. "Mechanischer Doppelgänger," in *Deutsche Erzähler der Gegenwart*. Stuttgart: Reclam, Nr. 8262-65/65a, 1959.

⁹⁵ Kurzweil, cit.

II. IL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE – LIBERTÀ E CENSURA

Le tensioni fra libertà e repressione della parola, fra i principi solenni delle costituzioni e le limitazioni pratiche, subdole e indirette dei diritti di libertà – che ora riemergono nel mondo di Internet – sono una costante della storia.

Agli inizi degli anni '50, Erich Kästner, autore fra l'altro di deliziosi libri per bambini, pubblicò "La piccola libertà" ("invece dello splendore di stelle ci hanno dato la luce al neon", disse, riferendosi alla costituzione tedesca del dopoguerra).⁹⁶ Nel capitolo "Der Trojanische Wallach"⁹⁷ Kästner protestava contro un progetto di legge tedesco inteso a salvare dalla rovina morale i bambini – quelli per esempio che avevano vissuto in promiscuità fra dozzine di famiglie nelle baracche di fortuna – vietando la letteratura "sporca" e le esibizioni di nudi nelle edicole.⁹⁸ Diceva Kästner: "Le arti libere non devono diventare un circo delle pulci gestito dallo Stato. Certo, fa parte della natura, anzi della non natura, delle cose far scomparire, con un sortilegio, dalla culla della nostra Costituzione il dono più bello, quello della libertà."⁹⁹ Promotori di questa "Schmutz- und Schundgesetz", "legge sul sudiciume e spazzatura" non sono solo, lamentava Kästner, i reazionari dai diversi colori e sfumature (il che sarebbe tollerabile, perché ci sono anche delle persone per bene, a Bonn); fra i sostenitori della legge sulla spazzatura ci sono purtroppo anche i numerosi, normali borghesi, i cosiddetti "Dünnbrettbohrer", "trapanatori delle assi sottili".¹⁰⁰ Questi sfuggono la responsabilità di affrontare i veri grandi problemi, quali la disoccupazione, la questione dei profughi e rifugiati, il pagamento dei danni di guerra, l'edilizia popolare, il complesso

⁹⁶ Erich Kästner. *Die kleine Freiheit. Chansons und Prosa-1949-1952*. München: DTV, 1989 ("Die große Freiheit ist es nicht geworden . . . Aus Traum und Sehnsucht ist Verzicht geworden. Aus Sternenglanz ist Neonlicht geworden").

⁹⁷ Il cavallo castrato di Troia.

⁹⁸ V. sulla situazione più vicina a noi, "Why Free-Wheeling Internet Puts Teutonic Wall Over Porn," "Christian Sci. Monitor," January 4, 1996; Karen Kaplan. "Germany Forces Online Service to Censor Internet," "L. A. Times" del 29 dicembre 1995.

⁹⁹ "Die freien Künste dürfen nicht zum staatlich betriebenen Flohzirkus werden. Um nicht im Bilde zu bleiben: Daß es bestimmte Kreise juckt, aus der Wiege unserer Verfassung das schönste Patentgeschenk, die Freiheit, wegzuzaubern, liegt in der Natur, genauer, in der Unnatur, der Sache, um die es diesen Kreisen und ihren Kreisleitern geht. Sie wurde schon einmal und fast von den gleichen Leuten in den zwanziger Jahren unseres fatalen Jahrhunderts betrieben." Kästner, cit.

¹⁰⁰ "Sie bohren das Brett an der dünnsten Stelle. Das ist das ganze Geheimnis."

dei reduci, la riforma fiscale—e allora creano problemi inesistenti, come quello della salvezza morale della gioventù, e naturalmente li risolvono subito, e con soddisfazione. La “legge pattumiera” era un nuovo cavallo di Troia: lo si era trattato un po’ con la piaia, ed ecco che diventò un pudico cavallo castrato, con in pancia i guerrieri — *Kulturkämpfer* — della moralità bigotta. State attenti, esortava Kästner, lo avete davanti alla porta, il cavallo di Troia; anzi, di “Schilda”.¹⁰¹

Il mondo si muove e continua tecnicamente a progredire. La condizione primaria per far muovere il mondo è la libertà. La libertà di agire, ma soprattutto la libertà di esprimersi, di parlare. Da quando esiste il mondo, esistono società aperte ed esistono i loro nemici. Questi ultimi hanno prevalso fino a tempi recenti, e ancora oggi, in molti luoghi e in molte circostanze, ostacolano, o addirittura impediscono, l’avanzamento della libertà. Basti pensare alla progressiva estinzione della scuola che istituzionalmente prepara alla metodologia dell’indagine autonoma come fondamento della libertà di pensiero — la scuola umanistica — e al futuro di appiattimento intellettuale e di uniformità di comportamenti cui ci condurranno gli orientamenti educativi che attualmente prevalgono. Lo spirito umano, per fortuna, è incoercibile, come si è visto sotto le tragiche dittature dell’ultimo secolo; è però sconcertante che le libere democrazie dell’Occidente non incoraggino, ma tendano anzi a comprimere, il tipo di insegnamento che meglio prepara alla libertà.

A. Informazione e libertà

Non voglio parlare di scuola e libertà, bensì di informazione e libertà, specialmente nel medio di Internet. Penso di poter dire tranquillamente che Internet è lo stadio supremo della comunicazione, e quindi al tempo stesso della libertà. La Rete è libertà nella sua forma più moderna, è il salto di qualità della libertà di espressione. L’impatto Internet ha appena

¹⁰¹ Secondo la leggenda, i cittadini di Schilda costruirono un municipio a pianta triangolare dimenticandosi le finestre (e rimediarono portandovi dentro la luce in sacchi); essi dimenticarono per di più di costruire una scuola, e acquistarono fama di persone di intelligenza limitata (“*Schildbürger*”). La vera storia di Schilda sembra però essere un’altra: i suoi cittadini erano tanto saggi che i potenti di tutta Europa li chiamarono come consiglieri alle loro corti. Questo ebbe per conseguenza una forte emigrazione dei cittadini più dotati e condusse quindi al declino della città. Per correre ai ripari—senza offendere i Principi—i cittadini di Schilda cominciarono a fare cose assai stupide, e diffusero ampiamente la voce di questa loro nuova caratteristica, in modo da non essere più chiamati altrove. Il consiglio venne dato dal guardiano di porci—che era stato per molti anni consigliere segreto del Duca di Mantova—il quale fece la acuta osservazione: “La saggezza è stata la nostra rovina. Solo la stupidità ci può salvare.” Con il trucco delle finestre “dimenticate”, Schilda si conquistò la nuova, diversa reputazione che la salvò. V. Kästner, cit. pp.100-102.

cominciato a farsi sentire, ma non ci sono frontiere politiche e ideologiche in grado di fermarlo a lungo. La cultura che si diffonderà attraverso la Rete potrà a volte a volte essere in parte discutibile, mal diretta secondo i nostri canoni tradizionali, troppo utilitaristicamente indirizzata a fini pratici e professionali, eccessivamente tendenziosa; ma essa rappresenta davvero un salto qualitativo rispetto ai secoli oscuri di ciascun popolo, e stimolerà energie intellettuali che altrimenti resterebbero inesprese, libererà potenzialità creative nelle scienze, nelle arti, nella gestione della cosa pubblica. Il bilancio fra l'utilità e gli inconvenienti non potrà alla fine che essere positivo perché la cultura, come essa sola può, renderà gli uomini più liberi.

Se Internet – al di là degli evidenti benefici che già ha apportato, e delle immense e ancora inesplorate potenzialità che essa riserva al progresso umano – avesse bisogno di un certificato di nobiltà, basterebbe guardare alla lista dei suoi nemici più violenti, gli Stati cioè in cui la sua penetrazione e diffusione sono scoraggiate, controllate, ostacolate, perfino proibite. Si tratta del "Who's Who" degli Stati nemici della libertà e della democrazia, degli esponenti dogmatici e fanatici della reazione contro la libertà di pensiero e della sua diffusione. Vale la pena di farne un elenco, anche se non completo: si tratta, significativamente, dell'Arabia Saudita, di molti dei nuovi Stati nati nel Caucaso e nell'Asia centrale dalla dissoluzione dell'Unione Sovietica, della Bielorussia, della Birmania, della Cina, della Corea del Nord, di Cuba, dell'Iraq, dell'Iran, della Libia, della Sierra Leone, del Sudan, della Siria, della Tunisia, del Vietnam.¹⁰² Si va, in questi Stati, dalla totale inesistenza della possibilità stessa di accedere alla Rete, alle varie forme più o meno penetranti di controllo sui pochi che sono autorizzati (e in che ristrettissimi limiti e sotto quale occhiuta vigilanza!) ad azzardarsi sulla Rete. Non ci si poteva aspettare altro da regimi che affidano la propria sopravvivenza alla loro capacità di isolare i propri sudditi dal commercio delle idee. Non credo però che vi sia dubbio che, come la censura sulla stampa e i più severi ostacoli alla diffusione degli altri media non sono riusciti negli ultimi decenni a fermare la generale tendenza verso forme di governo più libere, così, prima o poi, questi ultimi baluardi dell'oscurantismo nei confronti di Internet dovranno cadere, per il bene dei popoli in questione e dell'intera umanità.

B. Libertà di espressione

¹⁰² V. però, John Gittings. "Google is back in China but don't try asking any difficult questions," in <http://www.guardian.co.uk/Print>

Il 24 ottobre 2001 il Congresso americano approvò la legge che porta il titolo "Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism" (parole leziosamente scelte per creare l'acronimo perfetto per riflettere i sentimenti del momento, ma sviante sul suo vero contenuto, "PATRIOT" con il quale viene designata la nuova legge: USA PATRIOT ACT. Mia sottolin.). Questa legge trasferisce ampi poteri all'Esecutivo e limita grandemente le libertà dei cittadini.¹⁰³ E' stato correttamente notato che questa legge speciale non era necessaria perché il corpo di leggi esistenti poteva, se bene amministrato, ampiamente e adeguatamente far fronte alle minacce terroristiche.

¹⁰³ Gli Stati Uniti sono passati attraverso periodi di serie restrizioni al diritto di libertà di parola causate da situazioni o eventi speciali: la caccia ai "comunisti" istigata da McCarthy negli anni '50; e ora le limitazioni alle libertà dei cittadini giustificate dall'esigenza di "intercettare e ostruire i terroristi". Anche i tribunali, che dovrebbero svolgere funzione moderatrice e di difesa delle libertà, si alleano con il governo, come è stato rilevato da Nancy Chang. "The USA PATRIOT Act: What's So Patriotic About Trampling on the Bill of Rights," http://www.ccr.ny.org/whatsnew/usa_patriot_act.asp, la quale ricorda gli episodi della condanna di Eugene Debs, colpevole di essere contrario alla violenza, e l'internamento degli oltre 100.000 americani di origine giapponese durante la seconda guerra mondiale, colpevoli di essere di discendenza giapponese. V. in particolare, gli artt. 213, 216, 218 dell'USA PATRIOT Act i quali, in violazione del 4° Emendamento della Costituzione americana, permettono perquisizioni e monitoraggi (di telefoni, computer ecc.) senza avviso; l'art. 802 che crea il nuovo reato di "terrorismo interno" (colpisce praticamente ogni attività di protesta o disobbedienza civile contro le politiche del governo); l'art. 411 che conferisce al Governo la facoltà di designare un gruppo "organizzazione straniera di terrorismo" (per esempio, vi sarebbe compresa l'assistenza umanitaria e sanitaria all'Alleanza del Nord); l'art. 412 che permette al Ministro della giustizia di arrestare e tenere in carcere indefinitamente immigranti per violazioni di lieve entità (per esempio, l'aver superato il soggiorno autorizzato nel visto di entrata temporanea di qualche giorno: oltre un migliaio di persone sono state arrestate e continuano a esserlo, senza che vengano portate a giudizio e senza che venga fornita alcuna informazione su di loro); la legge arriva financo ad autorizzare gli agenti del servizio segreto di chiedere e ottenere dalle biblioteche l'elenco dei visitatori e dei libri da loro richiesti, con divieto alle biblioteche stesse di diffondere notizie al riguardo. V. Jennifer Van Bergen. "The Constitutional Implications of the USA Patriot Act," <http://www.truthout.org/docs>. V. sulle violazioni dei diritti umani, a livello internazionale, il resoconto di Marc W. Herold, "A Dossier on Civilian Victims of United States' Aerial Bombing of Afghanistan: A Comprehensive Accounting" in http://www.cursor.org/stories/civilian_deaths.htm; e, fra i numerosi altri, Universal Community of Friends. "US Human Rights Violations in the War Against Afghanistan," in <http://www.universalfriends.org/rights-violations.html>; Laurie Kellman, "Amnesty International: U.S. Sacrificing Human Rights," <http://www.salon.com/news/wire/2002/05/27/amnesty/index.html>; "US Human Rights Violations in the War Against Afghanistan", <http://www.universalfriends.org/rights-violations.html> (visitati il 14 luglio 2002); "Afghanistan: New Civilian Deaths Due to U.S. Bombing," in <http://www.hrw.org/press/2001/10/afghan1030.htm>; (analogo documento pubblicato in Internet da Amnesty International per comportamento già denunciato per il Kosovo: "NATO Accused of Human Rights Violations in Kosovo War," in <http://www.wsws.org/articles/2000/jan2000/nato-j15.shtml> (visitato il 14 luglio 2002); "International Law on the Bombing of Civilians" in <http://www.dannen.com/decision/int-law.html> (contiene – sembra un'ironia – l'appello dell'1 settembre 1939 del Presidente Roosevelt ai governi francese, tedesco, italiano, polacco e inglese a non bombardare obiettivi civili ("I am therefore addressing this urgent appeal to every government which may be engaged in hostilities publicly to affirm its determination that its armed forces shall in no event, and under no circumstances, undertake the bombardment from the air of civilian populations.")). V. in generale, sul terrorismo e le garanzie costituzionali, in USA, David Cole and James X. Dempsey. *Terrorism and the Constitution*. New York: The New Press, 2002.

Scrive Jennifer Van Bergen: "E' ora manifesto che l'11 settembre non è stato impedito non perché non c'erano buone leggi antiterrorismo, ma per la mancata applicazione delle procedure interne da parte delle agenzie governative."¹⁰⁴ E, aggiungo, l'evento non è stato mitigato a causa della paralisi delle forze armate americane durante la fase acuta dell'attacco, esempio fra i più deplorabili nella storia moderna di pessima "gestione" (più correttamente dovrei dire "non-gestione") della crisi.¹⁰⁵ E' incomprendibile, ingiustificabile, e indegno per la più forte potenza militare del mondo, di essere rimasta assente – con migliaia di aerei da combattimento fermi a terra, pronti a intervenire all'istante, e migliaia di piloti addestratissimi, lasciati senza ordini durante l'attacco – e di aver lasciato che quattro aerei di linea, sotto il controllo di terroristi, abbandonassero le rotte loro assegnate e, per minuti e ore, che sembrarono un'eternità al mondo che seguiva la progressione degli eventi alla televisione, dominassero indisturbati il cielo di New York, della Pennsylvania, della Capitale, senza che venisse lanciato un solo aereo di intercettazione o da combattimento per contrastarli. Chissà se qualcuno, fra coloro che non hanno altro compito che quello della difesa nazionale, verrà chiamato, prima o poi, per spiegare al mondo questa ingiustificabile mancanza al proprio dovere.¹⁰⁶ (In Italia – paesello incomparabilmente meno potente degli

¹⁰⁴ Van Bergen, cit. (*"In fact, it now appears that 9/11 was not prevented not because of inadequate antiterrorism laws, but because of intelligence agencies' own internal procedural failures"*).

¹⁰⁵ Gli Stati Uniti avevano buona intelligenza di un probabile attacco terroristico sul territorio USA. V. Harold Elliott. "The Secret History", TIMEcom., August 4, 2002, in <http://www.time.com/time/nation/printout/0,8816,333835,00.html>.

¹⁰⁶ Come tutto il mondo sa (per averlo constatato alla televisione), fra l'abbandono della rotta assegnata e l'impatto si sono avuti intervalli di tempo di oltre 30' per ciascuno degli aerei dirottati. (Per la precisione: l'AA 11 decollò da Boston alle 7:00 a.m., abbandonò l'aerovia verso le 7:15, colpì la prima torre alle 8:46; l'UA 175 decollò da Boston alle 7:14, abbandonò la rotta assegnata intorno alle 8:15, colpì la seconda torre alle 9:02; l'AA 77 decollò da Washington, D.C. alle 8:20, invertì la direzione di volo intorno alle 9:00, si schiantò sul Pentagono alle 9:37; l'UA 93 decollò da Newark alle 8:42, abbandonò la rotta intorno alle 9:35, si schiantò al suolo alle 10:06). C'era tantissimo tempo – un'eternità, in termini di gestione delle crisi – per intervenire; p. es., appena il controllo aereo e la difesa aerea territoriale (DAT) poterono constatare, con certezza, che gli aerei erano fuori rotta e non rispondevano ordinatamente alle chiamate radio e, in ogni caso dopo che il primo aereo aveva centrato la torre di New York e non potevano più esservi dubbi – per esperti gestori di crisi – sulle intenzioni dei terroristi, si sarebbero dovuti immediatamente lanciare un centinaio di aerei militari, con ordine di intercettare gli aerei dirottati e affiancarvisi, in formazione a "V" (almeno una ventina di caccia per ogni aereo dirottato) per impedire vista e manovra ai dirottatori, e costringerli a obbedire agli ordini della DAT. (Quello di circondare i dirottatori con folte formazioni era un ordine che non richiedeva la Scuola di guerra aerea: anche un ufficiale di prima nomina avrebbe saputo pensarci). Le forze armate più potenti del mondo non hanno saputo fare – non hanno neppure tentato di fare – quello che il PATRIOT ACT chiede di fare *"Intercept and Obstruct Terrorism"*. Eppure tutti i gestori di crisi sanno che quando si tratta di reagire a una crisi, 1 minuto è un periodo di tempo lunghissimo, 1 ora è un'eternità. (Ci sarebbero stati anche mezzi sofisticati per bloccare via terra i comandi di un aereo, e di azionare via terra guida e atterraggio, con esclusione di interventi manuali a bordo. Questa "cattura" degli aerei avrebbe però richiesto gestori di crisi veramente competenti: e non è quello che mi sarei aspettato di trovare – e non mi aspetterei ancora oggi – nelle unità DAT americane; anche se si tratta del Paese che ha sconfitto l'Unione Sovietica con le "armi stellari"). Dopo questo fallimento

USA – già verso la fine degli anni '50, in situazione analoga, gli aerei di pronta reazione dell'unità QRA dell'Aeronautica Militare si sarebbero levati in volo entro 2 minuti dall'allarme).

E' preoccupante che persino un giudice della Corte suprema americana, Sandra Day O'Connor, abbia reagito con le parole "è probabile che subiremo maggiori restrizioni della nostra libertà personale di quanto non sia mai avvenuto nella storia di questo Paese."¹⁰⁷ Non è necessario che ciò avvenga.¹⁰⁸ Gli attacchi terroristici non erano stati il risultato di troppa libertà in America; erano invece il risultato della incapacità di gestire i prodromi dell'attacco; e gli effetti degli attacchi non sono stati mitigati dalla incompetenza nel contrastare i terroristi.

Le leggi fondamentali di tutti gli Stati democratici e delle grandi associazioni internazionali contengono norme a garanzia della libertà di espressione. Sono quasi tutte leggi recenti, senza storia alle spalle. Le uniche costituzioni europee con antica storia di libertà sono quella inglese e la francese. Le costituzioni degli altri Paesi europei si ispirarono a questi modelli. Dopo la seconda guerra mondiale vennero emanate le dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo, quella delle Nazioni Unite, che sancisce all'art. 19: "Tutti hanno il diritto di libertà di opinione e di espressione; questo diritto include la libertà di avere opinioni senza interferenza, e di cercare, ricevere, e impartire informazioni e idee attraverso qualsiasi mezzo e senza riguardo alle frontiere;"¹⁰⁹ e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (del 1955) che dispone

– la totale mancanza di reazione alla fase acuta della crisi – sarebbe stato saggio che l'America si fosse concentrata sugli aspetti della gestione delle crisi (future) invece che sulla limitazione dei diritti di libertà e di riservatezza dei suoi cittadini. (Tutt'altra cosa è stata la reazione al disastro ormai avvenuto da parte della popolazione di New York. Mentre coloro cui incombeva l'obbligo di proteggere la città erano rimasti addormentati "sulle leve di controlli", la città reagì coraggiosamente).

¹⁰⁷ "We're likely to experience more restrictions on personal freedom than has ever been the case in this country," citata da Nancy Chang, op. cit., ripreso da Linda Greenhouse, "The New York Visit, O'Connor Foresees Limits on Freedom," *The New York Times*, Sept. 29, 2001, at B5. Se si mettono a raffronto reazioni come l'inconsiderato PATRIOTACT con l'inazione che ha preceduto e accompagnato l'attacco terroristico, viene da chiedersi quale strategia globale di sicurezza nazionale, e internazionale, il governo della nazione con il "manifest destiny" di guidare e proteggere il mondo intero, abbia avuto, e stia perseguendo. (Sembra piuttosto che si tratti della classica reazione di chi cerchi di coprire i propri errori deviando l'attenzione). V. lo studio di Natalino Irti. *Idola libertatis – Tre esercizi sul formalismo giuridico*. 1985.

¹⁰⁸ Una Commissione speciale del Senato americano aveva saggiamente ammonito, nel 1976, che "la distinzione fra dissenso legale e condotta criminale viene spesso dimenticata. E' nostro compito di fare raccomandazioni sui mezzi che possano aiutare ad assicurare che tale distinzione venga sempre osservata." V. Cole/Dempsey, cit. p. 177.

¹⁰⁹ Universal Declaration of Human Rights (1948). Article 19. *Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.*

similmente all'art. 10.1: "Tutti hanno diritto alla libertà di espressione. Questo diritto comprende la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza della pubblica autorità e senza riguardo a frontiere."¹¹⁰

La norma italiana (art. 21, 1948) così dispone:

"Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La Costituzione italiana vieta le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume)".

E il *Grundgesetz* tedesco (così chiamato in attesa di poter scrivere la "*Verfassung*" per entrambe le "Germanie", dopo la riunione) recita (art. 5, (1):

"Tutti hanno il diritto di liberamente esprimere e dissondere la loro opinione con la parola, o scritto e l'immagine, e di attingere senza impedimento le proprie conoscenze dalle fonti pubblicamente disponibili. Nessuna censura avrà luogo. (2) Questo diritto ha i suoi limiti nelle disposizioni generali della legge, nelle norme legali per la protezione della gioventù, e nel diritto dell'onore della persona. (3) L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi".¹¹¹

Quella americana è una costituzione antica, e coerente nel tempo, con forte tradizione di garanzia delle libertà del cittadino. È stata emanata nel 1787; salvo aggiunte sotto forma di "Emendamenti", e qualche modifica di poco conto, è rimasta invariata. L'artefice principale della costituzione fu Thomas Jefferson, statista insigne, seguace del Locke, il quale seppe imprimere al testo della costituzione universalità e valore duraturo. Il 1° Emendamento (del 1791) prescrive che "il Congresso non faccia leggi . . . che riducano la libertà di parola, o della stampa."¹¹² La Corte Suprema statuì che l'essenza

¹¹⁰ Art. 10. 1. "Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de la télévision à un régime d'autorisations. 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire."

¹¹¹ "Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten . . . Eine Zensur findet nicht statt. (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. (3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei."

¹¹² 1st Amendment. Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech, or of the press.

del 1° Emendamento è "la libertà di pensare come uno vuole e di parlare come uno vuole."¹¹³

La libertà continua ad avere i suoi nemici – e continuamente ne acquista di nuovi. Questi, anche se sono in talune aree sulla difensiva, sono agguerriti e ben lontani dalla resa. E' dovere di tutti coloro che dei benefici della libertà godono, da sempre o da poco, di fare quanto è pacificamente possibile perché siano ridotti e progressivamente eliminati gli ostacoli al suo pieno godimento. Questo vale per Internet allo stesso modo come per qualunque altra area dell'informazione e della comunizzazione. La Rete deve essere difesa dall'attentato alla sua libertà. E' su questa difesa che desidero richiamare l'attenzione, suscitare l'allarme, e invocare l'azione. Occorre difendere la libertà a ogni costo; non è una difesa che possiamo delegare: siamo tutti responsabili e coinvolti, come individui e come collettività.¹¹⁴

È sempre, e per tutti i tempi a venire sarà valido, il monito dello Stuart Mill:

"Se tutta l'umanità meno uno dei suoi membri fosse di una certa opinione, e solo quest'ultimo fosse dell'opinione contraria, l'umanità intera non sarebbe più giustificata a far tacere questa persona di quanto costui lo sarebbe a far tacere l'umanità, se ne avesse il potere."¹¹⁵

Questa libertà non è senza limiti. Se dalla libertà di espressione come manifestazione pacifica di un'idea si passa a una condotta che istighi a commettere atti vietati dalle leggi democraticamente adottate (o di apologia di delitti), essa diventa contraria a interessi che lo Stato ha ritenuto degni di tutela; e dovrà essere bloccata. L'interesse della società prevale, quello del singolo deve lasciare il passo. Il corpo sociale ha diritto di limitare la libertà di coloro che minano i principi che la tengono insieme e che permettono una convivenza ordinata dei suoi componenti. Rimane l'eterno dilemma di quando e come assicurare la difesa sociale contro l'esercizio, da parte di qualche membro della società, dei propri diritti di libertà in modo tale che confligga con i diritti di libertà di altri suoi

¹¹³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (Brandeis, J., concurring). Il 1° Emendamento svolge una importante funzione nel limitare la *Copyright Clause* (anche in relazione alle nuove, recenti tensioni fra i titolari dei diritti d'autore e gli utenti di Internet).

¹¹⁴ Valgono sempre, a questo riguardo, le parole di Johann Gottlieb Fichte: "*Und handeln sollst du so, als hinge/Von dir und deinem Tun allein/Das Schicksal ab der deutschen Dinge,/Und die Verantwortung wär' dein.*" ("Dovrai agire come se da te solo e dalla tua azione dipendesse il destino della patria, e come se tutta la responsabilità fosse tua").

¹¹⁵ John Stuart Mill. *On Liberty*. New York: Penguin Books, 1982 (1859). ("If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.")

membri. Occorre inoltre chiedersi se il bene sociale che merita la tutela è solo quello previsto dalle leggi, o se vi è un'altra fascia di legittima intolleranza sociale. Rispondo subito che in uno Stato di diritto--il solo nel quale può affermarsi la libertà--non è pensabile che vi sia alcuna interferenza nella sfera di libertà dell'individuo se non sulla base di una legge approvata dal Parlamento (o di antica consuetudine, come per esempio la Costituzione inglese). Questo equilibrio fra libertà individuale e interesse sociale è oggetto di continui aggiustamenti a seconda che prevalga nel corpo sociale l'una o l'altra sensibilità o convinzione: è comunque essenziale che queste trasformazioni siano convertite in leggi dello Stato attraverso il prevalere non di minoranze irresponsabili e tiranniche, o sotto l'impulso della piazza, ma solo attraverso la meditata attività legislativa di assemblee elette con il normale processo democratico (e che con lo stesso processo possano essere rinnovate o rimosse periodicamente).

C. Attacchi alla libertà di espressione

Il prof. Lessig ricorda l'episodio, occorso agli inizi degli anni '70, di una nuova tecnologia che la RCA presentò alla Disney Corporation. La tecnologia consisteva nel riprodurre film su videocassette munite di un dispositivo per bloccare la cassetta dopo ogni visione. Chi voleva rivedere il film doveva ritornare al negozio, pagare e farlo sbloccare. La reazione della Disney Corporation fu che essa non avrebbe mai permesso che i suoi film venissero distribuiti in questo modo perché la società cinematografica non poteva avere alcuna certezza su quante persone avrebbero visto il film (senza che ciascuno pagasse per la sua visione).¹¹⁶ Il mercato delle videocassette prese un'altra strada; ma le case cinematografiche non hanno abbandonato l'idea del controllo assoluto e la convinzione del loro sacrosanto diritto di farsi pagare per ogni visione. Ora le case cinematografiche utilizzano il pretesto di Internet per sferrare l'attacco "decisivo e duraturo". Gli imprevedibili alleati delle case cinematografiche e discografiche sono i moralisti, coloro che vorrebbero stabilire cosa sia bene lasciar vedere sia agli adulti sia ai minori. Hanno esercitato questo controllo per millenni, la censura li ha ben serviti per molto tempo, recentemente però i controlli puritani (ma spesso abusivi perché non imposti da legge dello Stato) sono caduti in sfavore. Internet

¹¹⁶ Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 234.

è la scusa perfetta per tornare all'attacco. La riservatezza della sfera privata ha avuto la sua lenta affermazione—e disfunzione a causa delle inevitabili esagerazioni—verso la fine del XX° secolo. Anche questa proibizione, sostengono i nemici di Internet, è stata sovvertita. Con la Rete, la sfera privata di tutti sarebbe in pericolo: l'invasione della *privacy* non sarebbe più solo il feudo "necessario" della polizia e di alcuni altri organi governativi, ma può essere insidiata senza difficoltà da malintenzionati e curiosi che dispongano di un PC e di un modem.

Queste insidie esigono — secondo i nemici di Internet — rigidi controlli della Rete. La Rete fa paura perché essa rende i "suñditi" liberi di comunicare con chi vogliono e di muoversi nel ciberspazio senza impedimenti. La tendenza è di imbrigliare Internet perché il cambiamento che essa porta è troppo veloce, perché le possibilità di Internet sono troppo imprevedibili, perché la novità di Internet è troppo rischiosa.

Chi possiede il potere non può permettere che gli venga sottratto. Perché, si chiede Lessig, i capi sovietici non hanno preso i provvedimenti ovvii quando agli inizi degli anni '80 era chiaro che il sistema non poteva funzionare? Perché ogni cambiamento era un'incognita per chi doveva preoccuparsi del proprio personale interesse, della propria personale sfera di dominio. E, continua Lessig, "sovietica" è la mentalità di tutti coloro che ostacolano la libertà e il progresso di Internet, di tutti coloro che controllano e soffocano l'innovazione.¹¹⁷

Non è da escludere che un rigido controllo presto ritorni, là dove è divampata per breve stagione la rivoluzione di Internet: nelle mani dei potenti e dei "vecchi" (e dei giudici che ratificano il diritto al controllo). Non è da escludere che la nuova era di libertà in Internet tramonti. "E saremo quindi di nuovo in un mondo nel quale l'innovazione avanza al ritmo voluto da coloro che comandano."¹¹⁸

La domanda che in pochi si pongono è, realmente, non "chi" debba controllare le risorse (il governo o il mercato), ma se le risorse debbano essere controllate del tutto.¹¹⁹

La controrivoluzione sta già segnando i suoi successi con l'interposizione di barriere digitali; la ripresa di censura, blocchi, filtri; il tentativo (non ancora riuscito) di limitare la libertà di tutti per l'incapacità di controllo sulle comunicazioni indecenti; lo

¹¹⁷ Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 146.

¹¹⁸ Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 266.

¹¹⁹ Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 14.

sprejudicato e palesemente clientelistico giro di vite nel campo della protezione dei diritti d'autore; l'affermazione di principi, nel campo del copyright, in palese violazione delle leggi antitrust; la confusante situazione creata dalla concessione dei brevetti sul software. I vari protagonisti della protezione e sfruttamento delle opere dell'ingegno si adoperano a continuamente allargare l'area della tutela dei propri interessi. I titolari ("proprietari") del diritto di autore premono per prolungare, spesso oltre il ragionevole, la durata dell'esclusiva sull'opera, limitare o eliminare il "fair use", bloccare ogni riproduzione – per quanto limitata e parziale possa essere – che non sottostia al pagamento di un congruo compenso, impedire la riproduzione (tanto meno quella ripetuta) attraverso apparecchi che non siano quelli da loro voluti, esigere l'automatico pagamento dei diritti di "uso" o "lettura". Il pubblico – e anche i concorrenti, sempre insofferenti di ogni remora al libero uso – si ingegnano per infiltrarsi, superare le barriere, accedere in qualunque modo ma senza spesa all'opera protetta, per godere gli usi leciti (e anche quelli proibiti). Nel mondo normale – quello prima di Internet – la situazione si era stabilizzata, le regole erano chiare, la loro applicazione presentava sì lacune e difficoltà, concettualmente però si conosceva la distinzione fra pirati professionisti, piccoli approfittatori d'uso, gente per bene; il *fair use* era rispettato, occasionalmente si verificavano eccessi da parte degli approfittatori, il sistema era in una specie di equilibrio.

Tutto sembra cambiato nell'enorme, nuovo, ancora largamente inesplorato mondo di Internet. La differenza fra il nostro mondo "reale" e quello della "Rete" è veramente solo quantitativa, milioni e centinaia di milioni di possibili utenti immediatamente accessibili e capaci di accesso in tempo reale, rispetto alla clientela più limitata e "affidabile" rappresentata da un libro cartaceo, da una partitura, da una esecuzione di musica classica, o da quella di un brano rock in un locale notturno – o anche da quella raggiunta da un programma radiofonico o televisivo? Internet ha cambiato le regole del gioco: la quantità degli utilizzatori è cresciuta a dismisura, le protezioni giurisdizionali a base territoriale stanno perdendo determinatezza, la velocità e quindi il numero delle possibili "violazioni" sembra non avere limiti, le possibilità di perseguire sistematicamente i contraffattori diventa aleatoria, anzi quasi impraticabile, se non si è preparati a costituire una complessa polizia dell'etere che inevitabilmente si trasformerebbe presto in uno strumento limitativo della libertà e foriero di censure e restrizioni.

"*Cuius commodum, eius et incommodum*". La Corte Suprema americana statui nel caso *Betamax*: "Non è la società Sony che mette a disposizione degli utenti di *Betamax* le opere [della *Universal City Studios*]; sono questi ultimi che le mettono a disposizione,"¹²⁰ implicitamente accettando che gli individui che le ricevono ne facciano il *fair use* pacificamente ammesso nella prassi secolare del diritto d'autore. Lo stesso ragionamento vale per Internet: se il titolare di un diritto d'autore mette l'opera protetta su Internet, è lui stesso o il suo "server" che producono e trasmettono la "copia" al computer che visita il suo sito; non si può a questo livello parlare di "riproduzione non autorizzata", cioè di violazione del copyright. Una delle ragioni per mettere l'opera in Internet è proprio quella di "esporla" per tutti gli usi consentiti, la premessa per valersi dei quali è appunto la trasmissione di una "copia" alla *Random Access Memory* ("RAM") del computer ricevente.¹²¹ L'utente potrà farne un uso temporaneo nell'ambito del *fair use*; o, se consentito dal fornitore, farne anche altre copie per uso commerciale pagando la *royalty* convenuta.¹²² Il controllo della distribuzione rimane comunque sempre nelle mani del titolare del diritto il quale, se non vuole che la distribuzione continui, non deve

¹²⁰ *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), p. 436: "Sony in the instant case does not supply *Betamax* consumers with respondents' works; respondents do."

¹²¹ La corte d'appello del nono circuito federale stabilì nel caso *MAI Systems, Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993), cert. dismissed, 114 S. Ct. 671 (1994) che, quando la copia è caricata nella RAM del computer ricevente, viene "creata una copia" ai sensi della legge del copyright, perché, così ragionò la corte, il computer può essere lasciato acceso indefinitamente, e quindi altrettanto può rimanere la copia (come dire che sarebbe violazione di copyright proiettare un'opera su uno schermo attraverso una lavagna luminosa, perché la lavagna può essere lasciata accesa indefinitamente). La sentenza *MAI* è stata ampiamente criticata dalla maggiore e accreditata dottrina. Essa è in contraddizione con la storia legislativa del Copyright Act del 1976. La relazione parlamentare dice: "[T]he definition of fixation would exclude from the concept purely evanescent or transient reproductions such as those projected briefly on a screen, shown electronically on a television or other cathode ray tube, or captured momentarily in the memory of a computer." . . . 'Reproduction' under clause (1) of section 106 is to be distinguished from 'display' under clause (5). For a work to be 'reproduced,' its fixation in a tangible form must be 'sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.' Thus, the showing of images on a screen or tube would not be a violation of clause (1), although it might come within the scope of clause (5)." H.R. Rep. No. 94-1476, pp. 53, 62 (1976), anche in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5666, 5675. La sentenza *MAI* è stata richiamata in un caso Internet, *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995). In nota, il tribunale osservò: "Browsing technically causes an infringing copy of the digital information to be made in the screen memory . . . [Browsing] is the functional equivalent of reading, which does not implicate the copyright laws and may be done by anyone in a library without the permission of the copyright owner . . . absent a commercial or profit-depriving use, digital browsing is probably a fair use." V. Jackson, cit. L'autore aggiunge: Even if one accepts the court cases that have held that a document in RAM creates a copy, no rights are being involved. This is because the author of [the work] B has authorized the distribution and/or display/performance of B by placing B on a server." *Id.* p. 15.

¹²² Non c'è infatti ragione perché in Internet debba essere lecito utilizzare a fini di lucro senza riconoscere i diritti d'autore le opere coperte dal diritto d'autore e non liberate dal titolare.

fare altro che togliere l'opera dal suo sito o da quello del suo server.¹²³ Comunque, è pacifico che chi partecipa al mercato (con la speranza di ottenere profitti o per perseguire e ottenere altri interessi o vantaggi) deve attendersi che la sua opera venga legittimamente presa a base per nuove diverse creazioni: questo vale per ogni opera, che sia protetta o meno. È naturalmente buon diritto del titolare del diritto d'autore di mettere in atto tutti i ragionevoli mezzi protettivi disponibili, e legittimi. Altrettanta libertà deve essere concessa agli utenti i quali dovrebbero avere la facoltà di fare – anche in Internet – quello che hanno sempre potuto fare, e hanno fatto, finora: inventare i mezzi che eludano le protezioni inventate dagli altri qualora ciò sia necessario per esercitare gli usi permessi. Il fatto che ci si trovi in Internet non fa differenza. Chi espone un'opera in Internet deve accettare che essa venga "scaricata" per essere vista (nell'ambito del *fair use*): questo è lo scopo primario di mettere l'opera nella Rete.¹²⁴ Il fatto che ci si trovi in Internet non deve d'altronde essere utilizzato come giustificazione per creare nuovi diritti d'autore, o espandere quelli esistenti. Se, a causa della natura di Internet, i confini attuali del *fair use* si rivelassero troppo restrittivi della libertà di espressione, piuttosto che restringere tale libertà sarebbe meglio limitare i diritti d'autore.

Lo Stato dovrebbe starsene fuori, e non emettere continuamente nuove leggi per aiutare i titolari di copyright a rendere quasi impossibile agli utenti di esercitare i diritti che sono loro riservati. Imporre il proprio *imprimatur* a un sistema di recinti digitali colpendo con sanzioni civili e penali chi sviluppa e impiega o distribuisce o rende possibile di procurarsi nuove tecnologie elusive delle restrizioni degli usi a cui il pubblico è ammesso rispetto al diritto d'autore, è il peggior esercizio di paternalismo (spesso anche di sostegno a pratiche monopolistiche) che uno Stato possa fare. Le pratiche monopolistiche dovrebbero essere non tollerate ma colpite: quando l'industria cinematografica produce e mette in commercio DVD che possono essere eseguiti solo con un determinato software (privilegiato, e che ha, come nella situazione in esame, il dominio del mercato), e lo Stato la aiuta emettendo una legge (come il DMCA) che

¹²³ La risposta sarebbe diversa se l'opera non fosse stata inclusa nel server dall'autore e se chi rende possibile l'accesso al sito (da parte dei suoi utenti) fosse a conoscenza di questa violazione diretta del copyright: in tale caso si avrebbe responsabilità contributiva.

¹²⁴ Scrive Jackson, cit. p. 16: "As Congress debates altering the current copyright law, it would do well to note that the phenomenal growth of the Internet is due in large part to the free flow of information through the World Wide Web. Authors who place their documents on the Web know full well that others may link to the document and download it for viewing. That is its whole purpose. The information industries now see the Web as a potential marketplace to be exploited. Changing copyright law to suit these private industries would significantly alter the development of the Internet as a public forum dedicated to the free exchange of ideas."

colpisce con gravi sanzioni chi sviluppa dispositivi per rendere possibile l'esecuzione di quei dischi anche su altri sistemi di software, mi pare si sia raggiunto un livello inaccettabile di supporto statale a un cartello.¹²⁵ Scrive il Boyle: "La trinità dell'Internet"¹²⁶ ci dice che l'informazione vuole essere libera e che le grosse dita del Leviatano sono troppo maldestre per trattenerla.¹²⁷

D. Comunicazioni indecenti

La tensione fra libertà di espressione e controllo statale era scoppiata, violenta, al tempo della radio;¹²⁸ ed è riscoppiata in pieno nel 1996, quando il Congresso americano emanò il *Telecommunications Act of 1996*¹²⁹ (il cui scopo primario era di ridurre la regolamentazione e incoraggiare "la rapida applicazione di nuove tecnologie"). La maggior parte di questa legge poco ha a vedere con Internet; dei suoi sette titoli, sei sono stati oggetto di ampie testimonianze e discussioni, prima di essere approvati, mentre uno, il quinto – noto ora come il *Communication Decency Act of 1996* – è stato aggiunto in gran parte a seguito di emendamenti presentati durante la discussione al Congresso. Due norme in particolare, quelle che incriminano "la trasmissione indecente" e la "esibizione manifestamente ripugnante" a minori degli anni 18, sono state aggiunte a seguito di un emendamento proposto dal Senato. L'idea era di proteggere i bambini da programmi "indecenti" trasmessi via Internet. I conservatori sostengono che le rappresentazioni indecenti conducono alla decadenza della società, e invocano rigidi controlli. Da parte di chi? Nessuno lo sa. Parrebbe lungi dalle

¹²⁵ Un sottile tentativo di assicurarsi il mercato è quello di legarlo in qualche modo al proprio sistema operativo (v. Microsoft in Graham Gori. "Fears About Microsoft Return, in Mexico," in "The New York Times" del 24 aprile 2002, <http://www.nytimes.com/2002/04/24/technology/24PESO.html>).

¹²⁶ "The technology of the medium, the geographical distribution of its users and the nature of its content. This tripartite immunity came to be a kind of Internet Holy Trinity." James Boyle. "Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors," <http://www.law.duke.edu/boylesite/foucault.html>, p. 2.

¹²⁷ Id., p. 11. ("Thus by making it illegal or impractical for me to go around through or over the fence, the state adds its imprimatur to an act of digital enclosure. The Internet trinity tells us that information wants to be free and that the thick fingers of Leviathan are too clumsy to hold it back. The position is less clear if that information is guarded by digital fences which themselves are backed by a state power maintained through private systems of surveillance and control").

¹²⁸ V. Thomas W. Hazlett and David W. Sosa. "'Chilling' the Internet? Lessons from FCC Regulation of Radio Broadcasting." 4 Mich. Telecomm. Tech.L.Rev. 35 (1997), at <http://www.mtlr.org/volfour/Hazlettfr.html>.

¹²⁹ Pub. L. 104-104, 110 Stat. 56.

intenzioni di tutti voler ritornare ai tempi del *"nihil obstat"* della Chiesa, dei partiti politici, dei governi, e tanto meno di organi senza alcuna vera legittimazione come per esempio i gruppi di "proviviri" che un tempo ordinavano i tagli dei film. In uno Stato di diritto, solo i tribunali possono vietare la diffusione di uno scritto o rappresentazione di un'opera, e disporre sequestri. Bene o male, lo fanno: è un compito difficile. Il giudice della Corte suprema americana Potter Stewart, osservò, con una frase ormai celebre: "Se mi chiedete di descrivere cosa è la pornografia, non sono in grado di farlo. Ma so se lo è, quando me la mostrate".

I conservatori ragionano così: si conceda pure che le disgustose fotografie di un Mapplethorpe siano accessibili agli sparuti visitatori di una piccola galleria d'arte a Cincinnati (il cui ingresso può essere vietato ai minori), ma lasciare che le possano vedere tutti in Internet è troppo rischioso per la pubblica moralità; inoltre, non c'è modo di tenere lontani da Internet i minori degli anni 18; è vero, dicono, che la televisione e i giornali ampiamente offrono questo stesso genere di informazione, ma c'è la scritta "non adatto ai minori" e ci sono i genitori che vegliano sui figli e non fanno loro vedere quello che non è conveniente.¹³⁰ Con Internet, dicono, tutto è cambiato. I miliardi di persone che hanno accesso a questo tipo di immagini non sono maturi, secondo i conservatori, per vederle; e comunque, si rovina la gioventù. Essi passano sotto silenzio che i minori hanno, in Internet, un accesso assai limitato a spettacoli non adatti se non dispongono di carta di credito, perché la maggioranza di queste informazioni è a pagamento. La soluzione sarebbe semplice: non concedere ai minori la carta di credito (che possono ottenere solo con l'assenso dei genitori). A dire il vero, i giovani sono abili nel superare le barriere elettroniche; ma a questo punto occorre rassegnarsi al pensiero che sapranno comunque violare tutti i controlli, sia quelli convenzionali che quelli elettronici.

Forti dell'argomento di dover salvare i bambini dalle rappresentazioni indecenti, i conservatori riuscirono a persuadere il Congresso americano a emanare il *Communication Decency Act of 1996 (CDA)*.¹³¹ Questa legge dispone:

¹³⁰ E' il ragionamento che si fa col fumo: lo Stato avverte dei pericoli, incassa diecimila miliardi di imposta sui prodotti da fumo, e paga una cifra molto superiore per il trattamento e la cura delle persone che contraggono tumori ai polmoni provocati dal fumo (il 95% dei tumori al polmone è causato dal fumo, i tumori al polmone sono circa il 30% di tutti i tumori).

¹³¹ "Facciamo una legge, e salviamo la gioventù" aveva detto Kästner (*"Hokuspokus – endlich ein Gesetz! Endlich ist die Jugend gerettet! Endlich können sich die armen Kleinen am Kiosk keine Aktfotos mehr kaufen."*)

Chiunque, in una comunicazione interstatale o internazionale, usando un dispositivo per telecomunicazione, fa, crea, o sollecita . . . commenti, richieste, suggerimenti, proposte, immagini o altra comunicazione oscena o indecente sapendo che il destinatario è un minore degli anni 18; oppure permette che un dispositivo in suo controllo venga utilizzato a tale fine . . . è soggetto a una multa e/o alla pena della reclusione fino a due anni (art. 223[a])¹³²

Chiunque, in una comunicazione interstatale o internazionale usa un servizio di computer interattivo per inviare a specifica persona minore degli anni 18, oppure usa un servizio di computer interattivo per mostrare in modo accessibile a minore di anni 18 un commento, richiesta, suggerimento, proposta, immagine o altra comunicazione che nel contesto, delinea o descrive, in termini chiaramente offensivi, misurati con riguardo allo standard contemporaneo della comunità, attività sessuale; oppure permette che un dispositivo in suo controllo venga utilizzato a tale fine . . . (pena come sopra) (art. 223 [d]).¹³³

La legge contiene anche difese affermative per chi intraprende “good faith . . . effective . . . actions” per impedire l’accesso dei minori alle trasmissioni proibite¹³⁴ e per chi limita l’accesso con l’imposizione di determinate formalità di prova dell’età, quali una carta di credito verificata o un numero di identificazione di persona adulta.¹³⁵

I libertari attaccarono subito la legge perché, sostennero, essa violava la libertà di espressione sancita dal 1° Emendamento. Il tribunale distrettuale della Pennsylvania vietò quindi prontamente – con ingiunzione preventiva – l’applicazione di queste due

¹³² 47 U.S.C.A. Sect. 223 (a) (Supp. 1997) (trasmissione intenzionale di messaggi osceni o indecenti a qualsiasi destinatario sotto i 18 anni). “Whoever— (1) in interstate or foreign communications— (B) by means of a telecommunications device knowingly— (i) makes, creates, or solicits, and (ii) initiates the transmission of, any comment, request, suggestion, proposal, image or other communication which is obscene or indecent, knowing that the recipient of the communication is under 18 years of age, regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communication; (2) knowingly permits any telecommunications facility under his control to be used for any activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both.”

¹³³ 47 U.S.C.A. Sect. 223 (d) (Supp. 1997) (proibisce l’invio e l’esibizione di messaggi manifestamente offensivi in un modo che renda possibile l’accesso a minori di 18 anni). “Whoever—(1) in interstate or foreign communication knowingly—(A) uses an interactive computer service to send to a specific person or persons under 18 years of age, or (B) uses any interactive computer service to display in a manner available to a person under 18 years of age, any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication that, in context, depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities of organs, regardless of whether the user of such service placed the call or initiated the communication; or (2) knowingly permits any telecommunications facility under such person’s control to be used for an activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both.”

¹³⁴ (Sect. 223 (e) (5) (A).

¹³⁵ (Sect. 223 (e) (5) (B).

norme in quanto violative del diritto fondamentale della libertà di espressione. La legge è stata dichiarata incostituzionale.¹³⁶

Il tribunale che esaminò il merito passò in ampia rassegna la genesi e il funzionamento di Internet notando che la Rete era concepita come mezzo per la rapida trasmissione di informazioni attraverso connessioni duplicative e spesso in sovrapposizione, senza intervento umano, ed era caratterizzata dalla irrilevanza del contenuto dei dati (almeno fino all'avvento del CDA) e dall'assoluta mancanza di qualsiasi sindacato sul contenuto dei messaggi trasmessi per la partecipazione a Internet. Il tribunale notò che il CDA era idoneo a minare i benefici derivanti dall'incoraggiamento della "conversazione" e a far diminuire la diversità dei contenuti, e che avrebbe gravemente compromesso la partecipazione di persone adulte nell'Internet. Citando *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*,¹³⁷ il tribunale osservò che "al cuore del 1° Emendamento sta il principio che ciascuno deve decidere da sé quali idee e credi meritino di essere espressi, considerati e accettati; che il nostro sistema politico e la nostra vita culturale si fondano su questo ideale; che l'azione governativa che limiti la parola per via del suo contenuto o imponga l'espressione di un particolare messaggio che il governo favorisce, contravviene a questo diritto essenziale; che leggi di questo tipo comportano il rischio che il governo cerchi non di perseguire un legittimo scopo regolatorio ma piuttosto di sopprimere idee o informazioni impopolari o di manipolare il dibattito pubblico attraverso la coercizione invece che la persuasione; che queste restrizioni 'evocano lo spettro che il governo possa effettivamente spingere fuori dal "mercato" idee o punti di vista non graditi.'" Il tribunale statò che non è esagerazione dire che Internet ha ottenuto, e continua a ottenere la massima partecipazione al mercato del colloquio di massa che gli Stati Uniti – e il mondo intero – abbiano mai visto finora; che Internet ha un effetto profondamente democratizzante perché anche chi ha mezzi limitati può parlare con un uditorio mondiale. E sentenziò che l'argomento del governo, che in Internet troppa gente ha troppa libertà di parola, e l'insistenza del governo a porvi un freno, è profondamente ripugnante al principio del 1° Emendamento. Infatti, Internet esaudisce la promessa di Gutenberg di fornire "un mezzo facile e non costoso per permettere a chi parla di raggiungere un ampio uditorio, potenzialmente di milioni di ascoltatori".

¹³⁶ V. *ACLU v. Reno*, No. 96-963 (E.D. Pa 1996); *ACLU v. Reno*, 521 U.S. 844 (1997).

¹³⁷ 114 S. Ct. 2445 (1994), p. 2458.

Il Presidente del tribunale, giudice Sloviter, addusse come esempi di comportamenti che sarebbero ingiustamente colpiti dal divieto della "comunicazione indecente" secondo il tenore della legge: la rappresentazione teatrale di Broadway "Angels of America" (per l'esibizione di nudità in ambiente omosessuale), la descrizione dell'infibulazione, fotografie della rivista "National Geographic" di sculture indiane che mostrano coppie nelle più svariate posizioni sessuali, l'analisi di aspetti critici del contagio di AIDS, la descrizione di una violenza carnale in prigione, il dipinto "Labyrinth" di Francesco Clemente. Il CDA, disse il presidente del tribunale, ha l'effetto di bloccare le organizzazioni che diffondono programmi di istruzione sessuale: Internet può salvare vite umane, il CDA lo impedisce.

Il tribunale, dopo avere ribadito che "la regola generale è che la Costituzione proibisce al governo di far tacere chi vuole parlare a causa del particolare contenuto del messaggio" concluse che gli esempi sopra riportati rappresentano comunicazioni permesse, che non devono essere bloccate (come infatti la legge faceva).

"Dobbiamo cominciare con concetti fondamentali," disse il giudice Dalzell (anch'esso del tribunale distrettuale della Pennsylvania). "Se la finalità della giurisprudenza sul 1° Emendamento è 'la dignità e scelta individuali', che derivano dal lasciare sostanzialmente nelle mani di ciascuno di noi la decisione su quali idee diffondere, allora dovremmo essere particolarmente vigili nell'impedire la regolamentazione di un mezzo (il quale dà a ciascun cittadino l'opportunità di prendere ogni minuto queste decisioni) la quale sia basata sul contenuto dei messaggi. Qualsiasi regolamentazione di Internet, basata su contenuto, indipendentemente dall'intento più o meno lodevole, potrebbe incendiare il villaggio globale per arrostitire il maiale."¹³⁸ "L'Internet può ben essere vista come una conversazione mondiale infinita. Il governo non ha il diritto di interrompere questa conversazione attraverso la legge CDA. Come

¹³⁸ Naturalmente qui non si parla dell'oscenità e della pornografia che coinvolge i bambini, che vengono perseguite e punite da altre leggi (e quindi non hanno bisogno del CDA); e certamente non sono protette dal 1° Emendamento. V. anche John Stuart Mill. *On Liberty*. Penguin Books: New York, 1982 (1859) il quale mise in risalto che la sua opera si applicava solo "a esseri umani nella maturità delle loro facoltà" ("We are not speaking of children or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood and womanhood. Those who are still in a state to require being taken care of by others must be protected against their own actions as well as against external injury"). Correttamente, l'ISP "BuffNET" è stata ritenuta responsabile per contenuto illecito sui suoi server, ed è stata condannata a una forte multa per aver permesso che il suo newsgroup "Pedo University" distribuisse immagini e video di pornografia di bambini. (La BuffNET, contattata dalla polizia, si era rifiutata di eliminare subito il contenuto illegale). V. "ISP Guilty in Child Porn Case", <http://wired.com/news/culture/0,1284,41878,00.html>.

la più partecipativa forma di conversazione di massa finora sviluppata, l'Internet ha diritto alla massima protezione da qualsiasi intrusione governativa. Certo, c'è chi troverà ripugnanti alcune delle conversazioni che si svolgono su Internet, e molti sentiranno nel brusio del ciberspazio rumori discordanti, che essi considereranno indecenti. L'assenza di regolamentazione governativa dei contenuti di Internet ha senza dubbio prodotto una specie di caos ma, come uno degli esperti chiamati dagli attori ha detto in udienza, 'ciò che ha procurato il successo di Internet è stato proprio il caos che la contraddistingue. La forza di Internet è questo caos.' Come la forza di Internet è caos, così anche la forza della nostra libertà dipende dal caos e dalla cacofonia della incondizionata libertà di parola che il 1° Emendamento protegge."¹³⁹

La Corte Suprema accettò di esaminare il ricorso contro detta sentenza. Dopo aver fra l'altro portato come esempi aberranti quello di un genitore che, in base alla legge, si espone a una lunga pena detentiva se lascia usare il computer di famiglia a un figlio di 17 anni perché questi raccolga informazioni che, a giudizio del genitore, sarebbero adatte al minore; o quello di una madre la quale, per aver inviato attraverso un e-mail alla figlia di 17 anni – che ha appena iniziato il "college" in un'altra città – informazioni sul controllo delle nascite, rischia anni di prigione se la comunità dove si trova il "college" considera tali informazioni "indecenti", a nulla valendo il fatto che esse non sono affatto considerate tali nella comunità di residenza della famiglia, confermò la decisione del tribunale di merito."¹⁴⁰ La Corte stabilì che sia la normativa sulla "trasmissione indecente" sia quella sulla "rappresentazione manifestamente ripugnante" limitavano la libertà di parola protetta dal 1° Emendamento alla Costituzione americana.¹⁴¹ La Corte aggiunse: "In base alla tradizione costituzionale, . . . esiste la

¹³⁹ ACLU v. Reno, cit. p. 113-114. All'indomani dalla pubblicazione della sentenza (12 giugno 1996), Cathy Clever, Director of Legal Studies del "Family Research Council" disse: "What else should we expect from an ACLU-hand-picked judge than a sweeping, radical decision allowing adults to knowingly send and display pornography to minors on the Internet? . . . The decision written by Dolores K. Sloviter . . . contradicts previous Supreme Court decisions on the distribution of indecent material through the media. It is an arrogant decision which flies in the face of the Supreme Court and our society." (V. però la sentenza della Corte Suprema che invece confermò pienamente la correttezza della sentenza emessa dal giudice Sloviter e dai suoi colleghi).

¹⁴⁰ We agree with the District Court's conclusion that the CDA places an unacceptable heavy burden on protected speech, and that the defenses do not constitute the sort of "narrow tailoring" that will save an otherwise patently invalid unconstitutional provision. In *Sable Communications of California v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989), p. 127, we remarked that the speech restriction at issue there amounted to 'burn[ing] the house to roast the pig.' The CDA, casting a far darker shadow over free speech, threatens to torch a large segment of the Internet community." ACLU v. Reno, 521 U.S. 844 (1997). (Le mie citazioni sono dalla sentenza originale).

¹⁴¹ La sentenza fu presa con una maggioranza di 7 a 2. (Il giudice parzialmente dissenziente, O'Connor, cui si aggregò il Chief Justice, si limitò, in sostanza, a sostenere—in modo poco convincente—che la

presunzione che la regolamentazione governativa del contenuto dell'espressione interferisca con il libero scambio di idee. L'interesse di incoraggiare la libertà di espressione in una società democratica prevale su ogni beneficio teorico ma non dimostrato della censura."¹⁴²

I giudici confermarono che la libertà di espressione (anche quella "indecente", ma non quella della pornografia dei bambini o delle rappresentazioni oscene, comunque vietate da altre leggi) è costituzionalmente protetta, e che non si deve privare tutti di questa libertà solo per proteggere una piccola categoria di destinatari (i minori). I tribunali suggerirono di ideare dispositivi tecnici che escludano i minori dall'accesso a questo tipo di informazioni, e di migliorare la supervisione di chi li educa. Entrambe le sentenze sono degne di lettura.

I conservatori, sconfitti, ritornarono all'attacco. Il Congresso emanò quindi una legge simile a quella precedente, depurata di alcuni aspetti manifestamente incostituzionali, lo *Child Online Protection Act of 1998* (COPA).¹⁴³ Il tribunale federale distrettuale ha ancora una volta emesso un provvedimento d'urgenza contro l'esecutorietà della legge, confermato dalla corte d'appello del 3° Circuito la quale statui: "Data la particolare caratteristica del cberspazio di essere libero dal territorio geografico, l'esame [di ripugnanza, contenuto nella legge COPA] secondo lo standard della comunità esigerebbe che chi comunica in Internet dovrebbe conformarsi sempre allo standard più rigoroso." E questo era, secondo la corte d'appello, inaccettabile.¹⁴⁴ La Corte Suprema, con insolito provvedimento (dato il breve tempo trascorso dalla sua sentenza su analoga controversia), accettò il riesame della costituzionalità della legge,¹⁴⁵ e ha deciso, il 13 maggio 2002, rimandando la controversia ai giudici di merito. Poiché il Ministro della giustizia non aveva chiesto l'annullamento dell'ingiunzione, questa

costituzionalità della "trasmissione indecente" a "persona specifica" non era intaccata nella situazione in cui la comunicazione aveva luogo fra un solo adulto e uno o più minori; concordava con la maggioranza sugli altri punti).

¹⁴² "As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship."

¹⁴³ 14 U.S.C. §§ 1401-1406, 47 U.S.C. § 231 (1998).

¹⁴⁴ *ACLU v Reno II*, 31 F. Supp. 2d 473 (1999), confermato dalla Corte federale d'appello del 3° circuito il 22 giugno 2000. V. http://www.eff.org/pub/Legal/Cases/ACLU_v_Reno/; http://www.eff.org/Censorship/Ratings_filters_labelling.

¹⁴⁵ V. "High Court to Hear Net Porn Case," Associated Press, Washington (21 maggio 2001); <http://wired.com/news/politics/0,1283,43963,00.html>. La discussione orale ha avuto luogo il 28 novembre 2001, v. Transcript, Oral Argument, No. 00-1293.

rimane in vigore, e le autorità non possono attualmente applicare la legge.¹⁴⁶

La giusta preoccupazione di proteggere i bambini non deve diventare l'alibi per un revival di odiose, e comunque inefficaci, restrizioni della libertà di tutti. I bambini devono essere protetti dai siti Internet a loro inadatti, ma in modo diverso: è innanzitutto compito dei genitori provvedere, educandoli e sorvegliandoli. Vi sono soluzioni tecniche (di struttura) che non richiederebbero interferenza con la libertà (tranne quella dei bambini stessi che si vuole proteggere): dovrebbero essere seriamente considerate, sviluppate, e messe in pratica.¹⁴⁷

La libertà di espressione in Internet ha vinto i primi due round nel campo della comunicazione e rappresentazione c.d. "indecente". Vittorie scontate, sicuramente simboliche, ma di modesta rilevanza pratica. Gli sforzi dei conservatori non piacquero all'industria dell'editoria e dello spettacolo (che ricava notevoli profitti anche dalle pubblicazioni e spettacoli erotici e sessualmente espliciti). Aveva però piani ben più grandi e non si intromise in questa piccola disputa "da parrocchia". Sapeva che la massima libertà "libertina" avrebbe alla fine trionfato.¹⁴⁸

E. Censura

Ogni censura è un "cavallo di Troia". Gli sconvolgimenti della seconda guerra mondiale diedero impulso decisivo alle trasformazioni che, a partire dagli anni '50 e '60, cambiarono in modo rivoluzionario le società occidentali, e alle conquiste sociali e civili

¹⁴⁶ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, et al., 535 U.S. ____ (2002), <http://www.supremecourtus.gov/opinions/01pdf/00-1293.pdf>.

¹⁴⁷ Un tentativo di soluzione potrebbe prendere come base il seguente concetto: impiego di tecniche biometriche che stabiliscono un collegamento fisico (impronte digitali, analisi dell'iride) con un dato di riconoscimento positivo, per esempio, il numero di *social security* del minore identificandolo quindi specificamente quanto all'età ogni volta che entra in rete (queso comporta però che tutti gli utilizzatori della rete dovrebbero fornire il proprio numero di *social security* e gli elementi fisici di riconoscimento di modo che si possa stabilire, previa verifica con l'archivio, chi è minore e debba quindi essere escluso da certe informazioni. Così come descritto sarebbe un metodo invasivo della sfera privata degli utenti e non può essere incoraggiato. Ma lo si può prendere come base e, combinando biometria, educazione, responsabilità dei genitori e responsabilizzazione degli OSP, si potrebbe ottenere una soluzione accettabile senza dover giungere alle intollerabili interferenze con la libertà di espressione di tutti. V. Lawrence Lessig, Lawrence. "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach." 113 Harv. L. Rev. 501 (1999), pp. 518, 538. (Un tentativo in questa direzione è stato fatto nello Stato del Michigan per rendere possibile l'arresto dei pedofili: si tratta del *Michigan Internet Minimal Identifiers Act* (preparato dal *Wayne County Sheriff's Department*) il quale richiederebbe a tutti gli ISP che operano in Michigan di identificare i loro abbonati con verifica di numero ai telefono o carta di credito. V. "Would Pedophile Law Go Too Far?" <http://wired.com/news/politics/0,1283,41740,00.html>.

¹⁴⁸ V. *infra*.

si accompagnò, o ne derivò, una pervasiva e clamorosa evoluzione del costume, nel senso di una sempre maggiore permissività e libertà. Le pastoie delle vecchie convenzioni sociali, e anche quelle di molti dei principi morali generalmente accettati nei secoli, apparvero come limitazioni intollerabili della libera determinazione individuale e dello sviluppo delle singole personalità. Vennero messe in discussione tutte le ragioni, laiche e religiose, che da sempre avevano giustificato le restrizioni alla libertà dei comportamenti. Dal conformismo e dall'ipocrisia di società chiuse, restrittive e soffocanti si passò a una benefica ventata liberatoria. I più accesi fra i rivoluzionari sociali impugnavano la bandiera del "proibito proibire".

L'avvento di Internet ha rotto la tregua. Da un lato, i reazionari insorgono: concedere la libertà di espressione mantenendo il controllo della situazione, è una cosa; lasciare che tutti si prendano la loro libertà sfruttando una situazione caotica che sfugge a ogni controllo, è cosa assai diversa. Dal campo opposto, i sostenitori della più ampia libertà dicono: "L'Internet considera qualsiasi censura dannosa, e la evita girandole intorno"¹⁴⁹. Filosoficamente, hanno probabilmente ragione. Praticamente, non può che essere così: un sistema come Internet, nato per sopravvivere a un attacco nucleare, impostato sulla tecnica di fare arrivare i messaggi facendoli girare intorno a tutti i problemi-blocchi, interruzioni di linee, mutilazioni, sabotaggi-mette qualsiasi censore dinanzi a un compito non solo arduo, ma probabilmente irrisolvibile.¹⁵⁰

La libertà di diffondere informazioni "indecenti" (e anche rappresentazioni della violenza) è, a dire il vero, considerata da molti una tolleranza eccessiva. D'altronde però, un ritorno all'"ordine" e al "controllo" significherebbe ripristinare qualche forma di censura, e ciò mentre il costume sociale è evoluto rapidamente e la soglia di ciò che è considerato inaccettabile è calata vertiginosamente. Una marcia indietro di questo tipo dovrebbe essere evitata a ogni costo (e comunque non sarebbe nemmeno tecnicamente possibile farla con la valanga di materiale di informazioni oggi disponibile, e non solo in Internet). Bisogna ammettere che per una minoranza della popolazione, quella psichicamente più debole e culturalmente indifesa, la morbosa attenzione che i media

¹⁴⁹ John Gilmore è uno dei fondatori della Electronic Frontier Foundation (pare che lo stesso Gilmore non ricordi dove abbia scritto questa frase, ora ripetutamente citata); v. James Boyle. "Foucault in Cyberspace," cit. nota 4.

¹⁵⁰ V. ACLU. "Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?" <http://www.aclu.org/issues/cyber/burning.html>; ACLU. White Paper. "Censorship In a Box," <http://www.aclu.org/issues/cyber/box.html>; EFF. Seth Finkelstein and Lee Tien. "Censorware White Paper #1," http://www.eff.org/Censorship/Censorware/20010306_eff_nrc_paper1.html.

dedicano con abbondanza di particolari alla praticamente assoluta mancanza di ogni freno nella rappresentazione di tutto quanto attiene alla sfera sessuale non possono che fornire modelli per comportamenti abietti e fomentare delitti che sconvolgono la compagine sociale; e lo stesso si deve dire della esposizione sempre più assidua e insistente allo spettacolo di violenze crudeli ed efferate, di sevizie e torture, di mutilazioni e omicidi descritti in minuzioso dettaglio. Tutto questo indubbiamente fornisce suggerimenti e stimoli a chi non è sufficientemente dotato di freni inibitori, ma ha anche un altro grave effetto: quello di innalzare per tutti la soglia di ciò che è socialmente tollerabile, cioè del comune senso del lecito e di quello che una volta si chiamava il pudore. Ci si è inoltrati da tempo su una spirale in cui comportamenti una volta ritenuti riprovevoli sono accettati e apertamente praticati da masse sempre più ampie, e l'area dei comportamenti un tempo considerati trasgressivi si riduce sempre di più. Ci sarà un freno a questa evoluzione, prima che si arrivi al trionfo del "tutto è lecito" e alla conseguente disgregazione della società civilmente organizzata?¹⁵¹ Guardando alla sfrenata rappresentazione, e spesso apologia di ogni pratica sessuale e della violenza sui media, ci troviamo di fronte all'eterno conflitto fra la libertà di espressione e la difesa sociale. La prima è un valore primario, ogni non indispensabile limitazione del quale prelude e avvia alla restrizione o soppressione di altre, e presto di tutte le libertà, allo stato totalitario. La seconda è indispensabile, specialmente per proteggere i deboli dall'avidità sfruttamento di profittatori senza scrupoli. Il dilemma è difendere la società--al di là della ovvia applicazione delle leggi penali che lo stato democratico si è dato per frenare le attività che possono stimolare la commissione di reati--senza compromettere oltre il necessario la libertà.

Tutto sommato, conviene attenersi al consiglio di Thomas Jefferson, che è cioè meglio accettare gli inconvenienti di troppa libertà che di troppa poca. Nel dubbio, il favore deve essere per la libertà.¹⁵² Un ritorno alla censura è inaccettabile, e ogni tentazione di reinstaurarla deve essere combattuta. Anche se dovremo vedere qualche immagine "indecente", sarà sempre il minore dei mali se si pensa all'alternativa: la dittatura cui ogni censura prelude. Ognuno dovrebbe potersi esprimere liberamente usando i nuovi mezzi di comunicazione. In linea di massima, tolta di mezzo la

¹⁵¹ V. Gianfranco Bettetini e Armando Fumagalli. *Quel che resta dei media. Idee per un'etica delle comunicazioni*. Milano: Franco Angeli, 1998, pp. 200-237.

¹⁵² "I would rather be exposed to the inconveniences attending too much liberty than those attending too small a degree of it."

"censura", e salvo la violazione delle norme penali (e costituzionali) che impongono il limite della contrarietà alla morale e al buon costume, nonché il divieto della apologia e istigazione a commettere reati, si era raggiunta, prima dell'avvento di Internet, una fase di equilibrio. Scrive la ACLU:¹⁵³ "Una volta che si permette al governo di imporre la censura su materiale che non piace, si cede al governo il potere di censurare anche quello che piace—anche la propria parola. La censura, come il gas tossico, ha l'efficacia desiderata quando il vento soffia in una determinata direzione. Ma il vento ha tendenza a cambiare direzione, e prima o poi soffia su chi lo ha scatenato. Che venga fornito in una scatola o *online*, nelle mani del governo il software di blocco è sempre tossico per la società democratica."

Un ritrovato preferito dai puritani è quello di imporre filtri e blocchi ai contenuti di libri, radio, televisione, film, e naturalmente Internet. Coloro che decidono per tutti gli altri impongono programmi che, se applicati a livello di ISP, rendono praticamente impossibile l'accesso a determinate trasmissioni (se non si cambia l'ISP). CyberPatrol è uno di questi "software di blocco". Con il suo "Cybernot Oversight Committee" esso mette sulla lista Cybernot (la lista di blocco) i siti che a suo giudizio devono essere vietati alla consultazione. Esempi aneddotici – che rasentano il ridicolo – di siti bloccati sono quelli che hanno le tre lettere "XXX" (quindi anche "Superbowl XXX"), le tre lettere successive "s", "e", e "x" (quindi anche "Middlesex", "sexton", "Sexagesima", "sextet", e "Mars exploration"), le parole che hanno "breast" (quindi anche "breast cancer", "breastfeed", e "breastplate"), la American Family Association (fondata dal Rev. Donald Wildmon) perché si oppone alla omosessualità, i libri "Ulysses" e "Little Red Riding Hood".¹⁵⁴ In aggiunta all'arbitrario blocco di interi siti da parte degli ISP su richiesta di organizzazioni private, ci sono gli interventi pubblici. In gennaio 2001, il Congresso americano ha approvata una legge che impone l'applicazione di tecnologie di blocco in tutte le scuole e biblioteche che partecipano in programmi sovvenzionati dal governo.¹⁵⁵ I relativi "filtri" escludono tutti i siti anonimi, confidenziali e quelli che offrono

¹⁵³ ACLU. White Paper. "Censorship In a Box," cit. p. 9.

¹⁵⁴ ACLU. White Paper. "Censorship In a Box," cit. pp. 5-6. Con i computer attuali, le parole ed espressioni innocue possono essere identificate in tabella ed escluse dall'eliminazione (lo si poteva fare facilmente anche con gli elaboratori di 40 anni fa). La generazione più avanzata di computer "intelligenti", probabilmente disponibili entro il prossimo decennio, potrà valutare, in modo simile alla mente umana, il contesto, e decidere se le espressioni usate siano o meno "indecenti e ripugnanti" indipendentemente dalla presenza di determinate parole.

¹⁵⁵ V. EFF. "Joint Statement Opposing Legislative Requirements," <http://www.eff.org/Censorship/Ratings>.

servizi di traduzione.¹⁵⁶ I più duramente colpiti da questi provvedimenti sono ancora una volta gli scolari e studenti poveri, quelli che non possono permettersi un computer con accesso Internet proprio. Cosa si ottiene con questi filtri? Quale è la giustificazione dell'avere una classe di 100 scolari di cui 80 possono consultare determinati siti e 20 no?¹⁵⁷

Probabilmente non esiste possibilità per alcun sistema legislativo di impedire lo sviluppo di qualsiasi forma di software, di qualsiasi partecipazione nelle attività di Internet, dello "sviluppo di [questa] superintelligenza aliena" in qualsiasi forma essa si presenti.¹⁵⁸

¹⁵⁶ V. EFF. Seth Finkelstein & Lee Tien. "Censorware. White Paper #1", cit. pp. 8-9.

¹⁵⁷ "If people find they are blocked, they can work around it easily," disse Ben Laurie, l'esperto consultato dal tribunale di Parigi. Tonya Antonucci della Yahoo! osservò: "As nations assert their legal and cultural norms on their piece of the planet, efforts to divide the 'Net into separate sovereignties could become increasingly popular." Il professore di Harvard Jonathan Zittrain così si esprime: *Erecting borders could turn a truly revolutionary technology into just another mainstream commodity.* E il pericolo è di suddividere il World Wide Web in "regional virtual fiefdoms." <http://www.cbsnews.com/now/story/0,1597,262503-412,00.shtml>; <http://www.nwfusion.com/news/2000/1120yahoonaazi.html?nf>; <http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,19965,00.html>; <http://news.cnet.com/news/0-1005-200-2495751.html>.

¹⁵⁸ Martin, cit. p. 447.

III. LA DIFESA DELL'INFORMAZIONE – “PROPRIETÀ” INTELLETTUALE

Dagli albori della civiltà, ogni generazione ha ricevuto la cultura – tutto quello che era stato scoperto e inventato da chi la aveva preceduta – e ha usato questo patrimonio di conoscenze per creare nuovo sapere. L'umanità ha sempre fatto quello che la Apple Computer usa come slogan per pubblicizzare le cose che le sue macchine sanno fare: copiare, modificare, rendere accessibile (*rip, mix, burn*).¹⁵⁹ Il giudice Kozinski osservò: “Nulla, al giorno d'oggi, e probabilmente nulla, da quando abbiamo imparato a controllare il fuoco, è totalmente nuovo: la cultura, come la scienza e tecnologia, evolve per accrescimento, e ogni nuovo creatore costruisce sulle basi di chi lo ha preceduto. L'eccesso di protezione irrigidisce proprio quelle forze che essa dovrebbe invece alimentare.”¹⁶⁰

A. Cenni storici

La storia dei brevetti si confonde con la storia dei monopoli. Il primo monopolio tramandato dalla storia è quello di Sibari, risalente al 5° secolo A.C. Lo racconta Ateneo in un suo zibaldone (“I sofisti a banchetto”) nel quale si parla dell'esclusiva che veniva concessa per la durata di un anno dai sibariti (noti edonisti) a chi “inventava” una nuova pietanza. I romani non si occuparono di brevetti. Ma a partire dal medioevo, i Principi incominciarono a dare un premio (per lo più il diritto di aggregarsi alla loro corte) a inventori, poeti, autori; le città italiane e i Re d'Inghilterra istituirono la prassi di concedere esclusive private a favoriti, create dalla mera generosità del sovrano, consistenti, p. es., del diritto di riscuotere una tassa fissa o percentuale su ogni chilo di sale scaricato nel porto di Plymouth. Nacquero anche i primi diritti d'autore, sulla base di editti che decretavano che nel Regno nessuno poteva pubblicare un certo libro tranne l'autore (non si trattava di diritti generali, ma di privilegi individuali, di cui potevano godere solo gli autori che chiedevano, e ottenevano la concessione dal Principe).

Il sistema moderno dei brevetti nacque con i privilegi concessi, a partire dalla

¹⁵⁹ V. Lessig. *The Future of Ideas*, cit. p. 9. (Lo aveva anche detto, scherzosamente, Wilhelm Busch: la scienza è quello che copiamo dagli altri).

¹⁶⁰ In *Vanna White v. Samsung Elecs. Am., Inc; David Detsch Assocs.*, 989 F.2d 1512, 1530.

seconda metà del XV° secolo, dalla Repubblica di Venezia ai cittadini che sviluppavano invenzioni, apportavano contributi tecnici o importavano prodotti o tecnologie, utili alla Repubblica (ne ottenne uno Galileo, quando insegnava a Padova); e dallo "Statute of Monopolies" del 1623, che fu la sola eccezione che il legislatore inglese ammise alla contemporanea, generale soppressione dei numerosi monopoli privati su vari rami dell'attività economica che erano stati concessi dalla monarchia e che avevano a lungo afflitto quel Paese.¹⁶¹ Il principio ispiratore di questi "monopoli" era che potevano essere concessi per periodi limitati come mezzo per incoraggiare chi crea (inventa) qualcosa di nuovo e utile per il pubblico. Fu l'intelligente compromesso¹⁶² fra coloro che avversavano ogni forma di monopolio e coloro che vedevano nei monopoli temporanei l'incentivo all'innovazione.

B. Il patto fra inventori/artisti e società

Tutti i monopoli temporanei (brevetti, diritti d'autore) che furono successivamente riconosciuti nei Paesi sviluppati hanno a loro base e giustificazione (a parte un opinabile "diritto naturale" degli inventori e degli autori alla protezione anche economica dei loro contributi) il concetto che è ragionevole e utile, nell'interesse della comunità, incentivare gli inventori e gli autori a creare e mettere subito a conoscenza del pubblico le opere del loro ingegno,¹⁶³ attraverso il riconoscimento di una esclusiva temporanea per lo sfruttamento economico di tali risultati: un compromesso che affida alla accoglienza da parte del mercato (oltre che alla diligenza e agli sforzi del titolare nel curare lo sfruttamento dell'opera oggetto dell'esclusiva) l'esistenza stessa e l'ammontare del "premio", e ciò senza onere per lo Stato, e senza gli arbitrii e gli errori che qualunque altro tipo di sistema incentivante inevitabilmente comporterebbe.

Questo compromesso, che comporta una limitata e temporanea rinuncia alla generale ostilità ai monopoli, giustificato dal desiderio di stimolare in certi campi l'attività innovativa e la sua rapida applicazione pratica, sembra aver funzionato: lo sviluppo economico mondiale dei secoli XIX° e XX° e il miglioramento generale anche se ineguale del

¹⁶¹ L'esecutivo inglese aveva proibito di concedere monopoli tranne agli inventori di "arti nuove e utili".

¹⁶² La limitazione temporale del privilegio in uno con il premio commensurato alla capacità e diligenza del monopolista nel portare l'invenzione sul mercato, con beneficio al pubblico.

¹⁶³ La parola inglese e tedesca per brevetto, "patent", significa aperto, pubblico.

tenore di vita – nonostante la moltiplicazione della popolazione del mondo cui si è assistito in tale periodo – devono indubbiamente molto (anche se è difficile dare una prova quantitativa di questa affermazione) all'enorme progresso tecnologico intervenuto. La quasi totalità di tale progresso è stata realizzata nei Paesi che godono di un efficiente sistema brevettuale. Si può d'altronde anche ragionevolmente affermare che la ricca fioritura di opere letterarie e artistiche, e la diffusione delle idee, che hanno caratterizzato negli ultimi due secoli il mondo occidentale, abbiano ricevuto forti stimoli dalla protezione assicurata dal diritto d'autore.

Ciò non significa che il complesso dei c.d. "diritti di proprietà intellettuale" sia stato instaurato e si sia evoluto senza contrasti e polemiche. Con l'emanazione dello *Statute of Monopolies* iniziò anche la diatriba fra brevettisti e antibrevettisti, cioè la controversia sulla domanda se i vantaggi del monopolio temporaneo fossero o meno superiori a quelli di una libertà totale di subito imitare le invenzioni e opere altrui.¹⁶⁴ Dopo lo *Statute of Monopolies* furono le due grandi rivoluzioni, quella americana e quella francese, a instaurare per prime i sistemi di monopoli temporanei disponibili a tutti, a condizione che l'invenzione rispondesse ai criteri della novità, originalità, applicabilità industriale con effetti tecnologici industrialmente utili; nel rispetto di specifiche esclusioni (non brevettabilità) delle leggi di natura, le verità scientifiche, i metodi matematici.¹⁶⁵ Gli altri Stati seguirono l'esempio: Italia,¹⁶⁶ Germania, Austria, Giappone. Alcuni introdussero esclusioni specifiche: la Germania, p. es., escluse inizialmente i prodotti della chimica. Fece questo per non inibire l'industria chimica nascente tedesca dal copiare le invenzioni francesi e inglesi.¹⁶⁷ L'Italia per lungo tempo escluse i prodotti farmaceutici.¹⁶⁸ E gli Stati Uniti esclusero per lungo tempo dalla protezione di copyright le opere di autori stranieri. La polemica fra gli economisti (molti dei quali di scuola liberale i quali sostenevano che i supposti benefici dei monopoli concessi dallo Stato sulle opere dell'ingegno non compensassero i danni inerenti appunto a qualunque situazione di monopolio) perdurò per tutto l'800, particolarmente in

¹⁶⁴ Un ovvio vantaggio del sistema di brevetti consiste nell'obbligo dell'inventore di descrivere subito l'invenzione (e non mantenerla segreta, come fanno, per esempio, la Coca Cola e la Campari con le loro ricette).

¹⁶⁵ Nel corso della preparazione della Costituzione americana, James Madison propugnò il "compromesso" che divenne poi la "copyright clause", ma Thomas Jefferson, pur d'accordo in linea di principio, non era esente da dubbi.

¹⁶⁶ Prima il Piemonte (1853) poi l'Italia unita (1869).

¹⁶⁷ L'industria chimica tedesca presto dominò i mercati, e si affrettò a includere le invenzioni chimiche nella sua legge dei brevetti.

¹⁶⁸ Vennero inclusi negli anni '70.

Gran Bretagna, e continuò nei primi decenni del '900;¹⁶⁹ ma verso la metà del secolo si poteva considerare raggiunto un generale consenso sulla desiderabilità e sull'utilità economica e sociale degli istituti in questione, ciascuno dei quali, e la loro proiezione internazionale, venivano costantemente affinati attraverso modifiche e aggiunte legislative, trattati, evoluzione giurisprudenziale; e con correttivi – in verità non molto applicati – quali la licenza obbligatoria e (ad essa connesso) l'obbligo di utilizzare industrialmente l'invenzione entro un determinato periodo di tempo, pena la perdita del brevetto.¹⁷⁰ L'accettazione del sistema, ormai generale, si estendeva a poco a poco senza più seri contrasti a tutto il mondo (compresi i Paesi a economia di comando), mentre le caratteristiche e le limitazioni dei relativi monopoli venivano chiarite e confermate.¹⁷¹

C. Una legge di proprietà intellettuale per tutto il mondo

Gli Stati Uniti, che hanno la più alta posta in gioco, e sono rigidamente consequenzialisti quando si tratta dei loro interessi, combattono con tutti i mezzi – Ministero del Commercio, Ministero degli Esteri, sanzioni economiche – per assicurare il rispetto dei loro brevetti e diritti d'autore, in tutto il mondo. L'industria agisce persistentemente sullo U.S. *Patent and Trademark Office* per ottenere interpretazioni favorevoli della leggi sui brevetti nei tribunali, e insiste per allargare i campi brevettuali (includendo per esempio le biotecnologie, o allungando il periodo di protezione dei farmaci) e ridurre le esclusioni (programmi software, novità vegetali e animali).¹⁷² Per estendere a tutto il mondo il sistema brevettuale più conveniente, sfruttano l'assioma – non provato e non di portata generale, ma politicamente appetibile – che i brevetti incentivano ricerca e innovazione. Il concetto è che la protezione brevettuale debba essere globale (è uno dei contenuti della globalizzazione), che tale protezione debba essere la più ampia possibile, e che tutto il mondo debba acriticamente riconoscere e rispettare i brevetti.¹⁷³ Hanno in linea di massima ottenuto quanto volevano, con la convenzione della WTO *"Trade-Related Aspects of*

¹⁶⁹ Sono molti i difetti del sistema dei brevetti, e sono sempre numerosi gli avversari. V., in Inghilterra, Joan Chamberlain. *The Theory of Imperfect Competition*.

¹⁷⁰ V. breve analisi di quanto si è recentemente verificato in Sudafrica (AIDS) in Nicola Walter Palmieri. *Le crisi. Natura e gestione*. Padova: CEDAM, 2001, p. 406, n. 787.

¹⁷¹ Sulla storia dei brevetti v. Remo Franceschelli. *Svolgimento storico del diritto industriale*, 1960, Cap. X, XII.

¹⁷² La convenzione internazionale è un tipico esempio di questa tendenza.

¹⁷³ E' questo uno degli aspetti che gli anti-globalisti combattono.

Intellectual Property Rights" (TRIPS). I mezzi di pressione nei riguardi dei Paesi recalcitranti sono stati la minaccia (talvolta seguita dall'esecuzione) di ri-imporre dazi doganali, trattenere fondi bancari, e altre sanzioni economiche e ritorsioni commerciali. Il TRIPS ha non solo esteso la portata territoriale ma ha anche ampliato lo spazio dell'oggetto brevettabile. Anche i campioni dei poveri, anche le nuove Repubbliche russe, hanno aderito (senza chiara razionalizzazione) alla visione brevettuale americana e alle convenzioni internazionali propagate essenzialmente dagli Stati Uniti.

IV. LA PROTEZIONE DELL'INFORMAZIONE – DIRITTI D'AUTORE

Il professore Lawrence Lessig ricorda che una legge inglese del 1710 aveva limitato il copyright a un periodo di 14 anni. Poco dopo, intorno al 1740, quando un editore scozzese iniziò a liberamente stampare classici, gli editori di Londra insorsero sostenendo che il copyright vale per l'eternità, e chiesero che il *common law* lo affermasse.¹⁷⁴ (Erano più arditi della signora Mary Bono che si accontenterebbe dell'"eternità meno un giorno"). In effetti, nella causa *Miller v. Taylor* decisa nel 1769, prevalsero; ma poco dopo, nella causa *Donaldson v. Beckett* decisa nel 1774, la Camera dei Lord bloccò il copyright, e la cultura venne liberata.

La cultura libera venne portata in America. Il diritto d'autore venne introdotto nella Costituzione americana per iniziativa di Madison (e non senza qualche preoccupazione di Jefferson il quale temeva le concentrazioni di potere e i monopoli artificiali che il copyright avrebbe causato). Si raggiunse il "compromesso di Madison" fra gli interessi del pubblico e quello degli autori ed editori di libri: questi ottennero un limitato monopolio per un breve periodo di tempo¹⁷⁵ e il pubblico ottenne l'accesso alle opere, che non poteva (comunque) copiare (perché non disponeva delle presse), mantenendo però il libero uso dei fatti, dei dati e delle idee ivi contenute. Questo è noto come il "copyright deal".¹⁷⁶ Il "codice" era aperto: ognuno poteva studiare lo stile di Shakespeare, la costruzione delle sue frasi, l'uso delle parole, i trucchi per ottenere gli effetti scenici, e ognuno poteva ispirarsi per le proprie

¹⁷⁴ V. Lawrence Lessig. "Free Culture," Keynote from OSCON 2002, in <http://www.oreillynet.com>. Scrive Lessig: "These publishers, people whom Milton referred to as old patentees and monopolizers in the trade of book selling, men who do not labor in an honest profession."

¹⁷⁵ Inizialmente, il Congresso concesse la protezione per 14 anni, se l'autore era in vita. Ora è invalsa la pratica di continuamente estendere il termine sia per opere non ancora create sia per opere già create e protette. Questa pratica è relativamente recente. Nei primi cento anni il Congresso ha esteso il termine solo due volte (prima a 28, poi a 42 anni, quest'ultima nel 1831. Nei cinquanta anni successivi estese il termine ancora una volta. Negli ultimi quaranta anni lo ha esteso undici volte. (Lawrence Lessig. *The Future of Ideas*, New York: Random House, 2001, p. 107, osserva scherzosamente: "Each time, it is said, with only a bit of exaggeration, that Mickey Mouse is about to fall into the public domain, the term of copyright for Mickey Mouse is extended.").

¹⁷⁶ Quando il presidente Washington esprime il suo appoggio al Copyright Act del 1790, egli proclamò che il copyright avrebbe arricchito la cultura politica "[by] convincing those who are entrusted with public administration that every valuable end of government is best answered by the enlightened confidence of the public; and by teaching the people themselves to know and value their own rights; to discern and provide against invasion of them; to distinguish between oppression and the necessary exercise of lawful authority."

opere dell'ingegno. Le norme costituzionali che si confrontano in America sono il 1° Emendamento e l'art. I, 8, cl. 8.¹⁷⁷ Fra le due, il 1° Emendamento è un comando assoluto ("il Congresso non farà"), l'art. 8(8) contiene solo una facoltà ("il Congresso ha autorità").

Il diritto d'autore rappresenta il risultato del compromesso ("contratto") fra titolari del diritto e pubblico in base al quale, il *quid pro quo* del monopolio limitato sono *fair use*, limitazione temporale della protezione, diritto di prima vendita e protezione limitata alla espressione delle idee (quindi non comprendente le idee in se stesse).

Oggi, le leggi di protezione del copyright vengono percepite, e chiamate in America, "*Mickey Mouse Protection Acts*": questo perché ogni volta che il personaggio[non] creato da Walt Disney minaccia di passare nel dominio pubblico, il copyright viene ulteriormente prolungato. Ho detto "non" creato perché Disney aveva (usando il frasario della casa cinematografica) "rubato" (tecnicamente si direbbe oggi "*ripped, mixed and burned*") il suo "topolino Steamboat Willie" dal "Steamboat Bill" di Buster Keaton.¹⁷⁸ A quel tempo si poteva fare, osserva argutamente Lessig, perché negli anni trenta del secolo scorso si operava in un mondo "libero da avvocati".

Negli ultimi vent'anni l'ambito del diritto d'autore è stato ampliato e copre ora aree più vaste, tempi più lunghi, modi di protezione più svariati.¹⁷⁹ Sempre più terreni già *communes omnium* vengono recintati dall'industria che sfrutta il copyright. Attualmente essa sta corrodendo le due aree che un tempo si pensava non potessero mai essere oggetto di proprietà: i fatti e le idee.¹⁸⁰ Commenta il Boyle: "Alessandro Magno pianse quando scoprì che non vi era più mondo da scoprire. Jack Valenti e Hilary Rosen¹⁸¹ probabilmente non faranno altrettanto. Continueranno a chiedere di più; ma dove si aggrapperanno, quando avranno esaurito [i terreni da recintare,] le aree da trasformare in 'commodities'; come si

¹⁷⁷ "Il Congresso non farà leggi . . . che restringano la libertà di parola, o della stampa (1° Emendamento). "Il Congresso ha autorità . . . di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili assicurando per un limitato periodo di tempo agli autori e inventori il diritto esclusivo sui loro scritti e le loro scoperte" (Art. I, 8).

¹⁷⁸ "Rubare" era tipico di Walt Disney. Non rubò le favole dei fratelli Grimm?

¹⁷⁹ V. Andrea Sirotti Gaudenzi. *Il nuovo diritto d'autore*. 2001; Mauro Masi [a cura di]. *L'autore nella rete: creatività e proprietà intellettuale nell'editoria multimediale*. Milano: Guerini, 2000; Stefania Ercolani [a cura di]. *La creatività in Europa e la sfida digitale: il diritto d'autore nella società dell'informazione: gli orientamenti della Commissione europea e dei titolari dei diritti: atti delle Giornate europee del diritto d'autore*. Roma, 22-23 aprile 1996. Milano: Giuffrè, 1996

¹⁸⁰ V. esempi riportati da James Boyle. "Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property," 53 *Vanderbilt L. Rev* 2007 (2000), p. 2010.

¹⁸¹ Id. p. 2010. (Valenti è Presidente e AD della Motion Picture Association of America, Rosen della Recording Industry Association of America).

giustificeranno dinanzi ai politici e al pubblico?"¹⁸²

La durata dei diritti d'autore è stata ripetute volte prolungata negli ultimi due secoli,¹⁸³ ma rimase sempre saldo il principio che l'opera cade nel pubblico dominio alla scadenza del termine; erano incontestati i c.d. diritti di "fair use", quali le copie e riproduzioni per uso privato, l'utilizzazione ai fini di ricerca, certi limitati diritti di citazione, parodia e caricatura, l'esaurimento del diritto con la prima vendita di un esemplare dell'opera (con i conseguenti diritti per l'acquirente di rivendere e di prestare, ma non ovviamente di riprodurre senza autorizzazione); e il principio che il monopolio copre la specifica espressione di idee, non le idee in se stesse. Nel caso di software è permessa (fino a quando?) la copia di riserva, mentre è vietata la decompilazione e l'ingegneria all'inverso,¹⁸⁴ ed è permessa, a parole almeno dati gli effetti ancora sconosciuti della Direttiva 2001/29, l'interoperabilità per evitare effetti anticompetitivi.¹⁸⁵ Ci stiamo velocemente avvicinando all'abolizione totale delle copie per uso personale, e a severe limitazioni di software con la protezione delle banche dati, le proibizioni contenute nel DMCA/Direttiva 2001/29 (che nega principi fondamentali della libertà di espressione), una legge poco nota americana, la UCITA ("*Uniform Computer Information Transactions Act*" che legalizza l'inclusione automatica ("*shrink wrap*") di clausole abusive a danno dei consumatori, e naturalmente il WIPO Copyright Treaty (WCT) e il WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), entrambi

¹⁸² Id. p. 2010. (V. "Alexandros" di Giovanni Pascoli: "Giungemmo: è il Fine. O sacro Araldo, squilla! Non altra terra se non là, nell'aria, quella che in mezzo del broccier vi brilla. . . . E così, piange, poi che giunse anelo: piange dall'occhio nero come morte; piange dall'occhio azzurro come cielo.")

¹⁸³ V. sui retroscena americani dell'estensione di durata, Jessica Litman. *Digital Copyright*. Prometheus Books, 2001; parzialmente in <http://www.msen.com/~litman/digital-copyright/ch2.html>, p. 2, 3.

¹⁸⁴ In Europa e in USA, ma è permessa in Giappone salvo, per accordo bilaterale, di software americano (l'ingegneria all'inverso è permessa nei campi diversi dal software).

¹⁸⁵ In base alla interoperabilità, le interfacce di software (informazione necessaria per permettere la comunicazione fra software diversi) non sono coperte da copyright; e la proibizione della decompilazione del software non si applica quando essa è fatta per ottenere la interoperabilità. L'interoperabilità viene costantemente aggirata, in pratica, dai ritardi di introdurre i programmi di inter-comunicazione (ma garantendo una buona inter-comunicazione solo per i propri programmi!). La mancanza di conformarsi agli standard di comunicazione è violazione delle leggi di protezione del consumatore, che non vengono però fatte valere. La Microsoft ha, durante l'ultimo decennio, in tenzionalmente applicato questa strategia per impedire e bloccare la concorrenza. Smets-Solanes, cit. p. 26 elenca una lunga lista di standards non applicati, fra cui formati files e protocolli di rete creati da essa stessa (RTF, HTML, Kerberos, Word 6 for Macintosh, SMB, CHAP, Java, SNMP). La Commissione europea minacce azione legale contro la Microsoft per costringerla a pubblicare le interfacce (non coperte da copyright) ma la Microsoft si difende asserendo ambiguità interpretative della Direttiva 91/250. La Microsoft sostiene in sostanza che è sufficiente che venga garantita la possibilità di visualizzare i suoi programmi su un terminale remoto (non Windows) mentre secondo l'opinione contraria è che è necessario che i programmi siano effettivamente in grado di comunicare direttamente via protocollo di Rete o scambio di files. Smets-Solanes, cit., 26.

del 1996, che ne hanno formato la base, a livello globale.¹⁸⁶

La risposta del mercato è l'apparizione sempre più insistente e vasta di software distribuito con specifica libertà di copia: dinanzi alla massima appropriazione delle opere digitali da parte dell'industria, si stanno diffondendo modelli di licenza libera che implicano il diritto della libera riproduzione e rappresentazione. Invece di usare la legge per vietare la copia si usa l'accordo (contrattuale) per autorizzare, e persino per vietare di vietare.¹⁸⁷

Il diritto d'autore non costituisce un bene suscettibile di "proprietà": è un diritto di esclusiva temporanea. (Sfortunatamente, è invalso e si perpetua l'uso di comprenderlo sotto l'erronea espressione "proprietà intellettuale"). L'unico contenuto del copyright era, al tempo di emanazione delle leggi di copyright (200 anni fa) la temporanea proibizione al pubblico dal fare copie di libri (che venivano prodotti con le macchine da stampa). Era pressoché impossibile, per chi non possedesse una (costosa) macchina, fare copie. In pratica, gli unici destinatari del divieto di fare copie erano gli editori privi di scrupoli, che avrebbero altrimenti potuto continuare a copiare, come avevano fatto per secoli, le opere di successo, e a venderle senza riconoscere alcun compenso agli autori. Il sistema perse il suo equilibrio con la invenzione e diffusione delle macchine fotocopiatrici e dei registratori audio, e ancora di più dei videoregistratori. Ora era il grande pubblico (che non era contemplato fra gli originali destinatari del divieto di fare copie per la ragione che allora esso non era in grado di farne; e non aveva rinunciato a un diritto che in sostanza non aveva) a voler fare copie, almeno quelle permesse. Cominciò così un periodo di ostilità fra i detentori dei diritti d'autore e gli utenti delle opere protette. L'industria, specialmente quella dello spettacolo, si accaparrava sistematicamente i diritti sulle opere coperte da copyright e le sfruttava ottenendo grandi profitti. Convinta di avere un monopolio assoluto su beni di sua "proprietà", essa iniziò e continua a condurre una crociata contro i "ladri" e i "pirati" che cercano di sfruttare indebitamente questa "proprietà".¹⁸⁸

L'industria tedesca del copyright fece anni fa un timido tentativo reclamando l'imposizione di una tassa (Lehrkassettenabgabe) su tutte le cassette registrabili perché, essa sosteneva, solo così poteva ottenere un "risarcimento" per le registrazioni abusive. Ottenne

¹⁸⁶ V. WCT articoli 11 e 12, e WPPT articoli 18 e 19 che contengono rispettivamente le "*Obligations Concerning Technological Measures*" e le "*Obligations Concerning Rights Management Information*", recepite nel DMCA e nella Direttiva 2001/29 in base ai loro "obblighi internazionali".

¹⁸⁷ Smets-Solanes, cit. p. 29.

¹⁸⁸ Una lettura anche superficiale delle relative norme di diritto penale non rivela alcuna base per integrare il reato di furto (e tanto meno di qualche fattispecie assimilabile alla "pirateria") nell'azione di chi copia, per uso privato, un articolo o un brano musicale.

la sua tassa, ma non risolse con ciò alcun problema.

La Sony era uscita, negli anni settanta, con le videocassette "Betamax", e l'industria cinematografica americana (Universal Studios e altri) la citò in giudizio perchè, a suo parere, le cassette della Sony potevano essere utilizzate per copiare film protetti da copyright, e la Sony contribuiva così (potenzialmente) alla violazione dei diritti d'autore. Secondo la difesa Sony, quello che gli utenti generalmente facevano con le cassette erano usi consentiti (per esempio, il "time shifting") e quindi non c'era violazione. La Corte Suprema degli Stati Uniti dette ragione alla Sony.¹⁸⁹ Questa storica sentenza, rispettosa della libertà di espressione, fu un duro colpo per l'industria del cinema. L'avvento di Internet, come ho già accennato, divenne la perfetta occasione per reagire a questa sconfitta. La lobby dello spettacolo presentò al Congresso una legge fatta su misura per una protezione "totale" dei diritti d'autore. L'attacco fu preceduto da una lunga campagna psicologica nella quale si cercò di convincere il pubblico che i "pirati" bloccano il progresso delle arti, che gli autori vengono depredati dei loro sacrosanti diritti, che copiare un libro significa "uccidere" l'editoria (e quindi la possibilità di avere libri in futuro), che copiare una canzone o registrare un film su videocassetta è un furto e comunque un atto moralmente riprovevole; che, sommo oltraggio alla convivenza civile, gli "hackers" minano le basi della società.¹⁹⁰ La maggioranza degli utenti è convinta che quello che dice l'industria dello spettacolo è "fair" e che bisogna assolutamente fermare i pirati e gli "hackers".

L'industria cita Napster e Gnutella come casi emblematici di veri e propri furti commessi a danno degli autori delle opere dell'intelletto. Con la propaganda sulla "pirateria digitale" l'industria è riuscita a convincere anche una grande fascia di consumatori che occorre difendersi dai "ladri", e che è corretto ("fair") farlo. Molte fra le richieste dell'industria troveranno formidabili ostacoli sul loro cammino: i contratti standard (di adesione) non possono essere fatti valere senza riserva in diversi Stati, le leggi antitrust rendono illegali i contratti che regolano o vietano la rivendita, le leggi sulla tutela della riservatezza impediscono il monitoraggio dell'uso che fanno i privati; potrebbe risultare più

¹⁸⁹ Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp., 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal. 1979); 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981); Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

¹⁹⁰ Il senatore Ted Kennedy affermò, durante la discussione del Communications Decency Act, che permettere la libertà di comunicazione in Internet avrebbe condotto alla distruzione della società civile, e addusse, come esempio, l'attacco al Federal Building di Oklahoma City (che costò centinaia di vittime, fra cui molti bambini) reso possibile, secondo Kennedy, dalla dettagliata descrizione in Internet di come fabbricare ordigni esplosivi.

difficile di quanto pensi l'industria eliminare il "fair use".¹⁹¹ Questi ostacoli però sono sotto assedio, e cominciano a essere espugnati; i primi passi dell'industria verso la vittoria sono già stati fatti sia con il legislatore, sia con i tribunali.

L'industria confonde intenzionalmente pirateria (termine pittoresco ma usato fuori luogo), usi consentiti, e altri fini. Impunemente distrugge la concorrenza che dà fastidio agli oligopolisti. La Microsoft ha una lunga storia di abusi in materia:¹⁹² lo scontro con la giustizia americana per i suoi comportamenti anticompetitivi perdura da undici anni, e continua.¹⁹³

Questa "pirateria" deve essere combattuta (anche se, come è stato giustamente osservato, la pirateria di massa – cioè non quella dei "professionisti" – provoca in complesso perdite economiche minime);¹⁹⁴ ma non è ammissibile che, qualificando una diversa condotta con termine che richiama un grave comportamento delittuoso, si costringa il pubblico a usare (cioè in sostanza ad acquistare) solo macchinari e software dei produttori che detengono il monopolio, e per di più si cancellino anche i diritti acquisiti del pubblico di fare un ragionevole e corretto uso delle opere messe a disposizione, qualunque sia il mezzo utilizzato.

La Litman osserva che la "minaccia e la promessa di Internet hanno indotto i legali del copyright a fare un passo di arroganza tale da mozzare il respiro".¹⁹⁵ Essi hanno voluto norme che regolano ogni "movimento" dell'informazione codificata in elettronici; essi non si chiedono se queste norme siano rispettose dei principi fondamentali che hanno permeato per secoli le leggi dell'espressione e dell'informazione.¹⁹⁶ Aspetto sconvolgente—ma

¹⁹¹ Che concede per esempio il privilegio di "decompilare" il software per fini competitivi.

¹⁹² V. *infra* Cap. X. L'arsenale usato dalla Microsoft per scoraggiare il pubblico dall'usare qualsiasi software che non sia il suo (o quello da essa autorizzato) si spinge fino alle più minute (e meschine) angherie. Chi usa, per esempio, WordPerfect (Corel, oggi) lo fa perché questo software è superiore al Microsoft Word (e contiene qualche elemento di "open code"). Ebbene, se invia un documento in WordPerfect via e-mail a chi non ha installato questo software—e usa l'operativo Windows—dovrà riinviarlo dopo averlo convertito in Microsoft Word perché altrimenti il destinatario o non riesce ad aprirlo o si trova un documento la cui conversione produce un documento imperfetto (e la conversione indietro in WordPerfect è quasi sempre impossibile). (Recentemente la Microsoft ha acquistato una significativa quota azionaria di Corel).

¹⁹³ La controversia *US v. Microsoft* è stata transata—a livello federale—alla fine del 2002. Molti Stati, pure coinvolti nella causa giudiziaria, si sono riservati perché considerano la transazione "ridicola", dato il provato comportamento anticompetitivo della Microsoft, e la sua recidiva. V. *infra* Cap. X.

¹⁹⁴ V. Forno, cit. p. 7 ("*mass piracy . . . [is] a minor economic loss in their [the industry's] grand scheme, given how corrupt the entertainment cartels are*"). V. anche, Bricklin, *infra*, e Nicola Walter Palmieri. "Internet e la libertà di espressione", *Materiali di discussione*, Fascicolo n° 363, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Dipartimento di Economia Politica, Maggio 2001, p. 30, 37.

¹⁹⁵ Cit. p. 8 ("*[T]he threat and promise of the Internet has induced copyright lawyers to an act of breathtaking hubris*").

¹⁹⁶ *Id.*

utilitaristicamente giustificato—è che gli ISP (*Internet Service Providers*), le società telefoniche e tutti gli altri ausiliari accettano il supruso in cambio della promessa di esenzione da responsabilità (che hanno ottenuta).¹⁹⁷

La legge del copyright è sorta nel contesto della riproduzione cartacea. Essa si è adattata alla radio, il film, la televisione, l'audio- e la videoriproduzione. Ora deve adattarsi al mezzo digitale. Giunta a questa svolta decisiva, l'industria tenta di limitarsi ad adattare la teoria "cartacea" del concetto di "copia" trasferendolo nel mondo digitale. Questo è impossibile. Cito ancora la Litman la quale conclude, amaramente e con rassegnazione: "Il Congresso è contento di lasciare [che l'industria] faccia le leggi che vuole".¹⁹⁸

Si sono viste molte volte in passato resistenze accanite contro le cose nuove: la trazione a cavallo per esempio non ha certo volontariamente lasciato il passo ai veicoli a motore; oggi, non ci sono più cavalli da tiro.¹⁹⁹ Domani, i pittori vedranno in Internet i quadri da loro venduti: cosa c'è di diverso dal vederli esposti in un museo? (ma siamo ormai già al *pay-per-view* per ogni quadro esposto anche nel museo).²⁰⁰ E fra non molto non ci saranno più case discografiche perché i nuovi mezzi di diffusione renderanno possibile che gli autori facciano, ciascuno da sé, quello che prima potevano fare solo le grandi entità organizzate.²⁰¹ Le case cinematografiche tramonteranno perché il monopolio dei pochi verrà eliminato da miriadi di piccoli produttori che si faranno autentica concorrenza. Dove? Nella Rete, naturalmente. Invece di rendere difficile la visione e audizione, tutti faranno di tutto per conquistarsi clienti soddisfatti (invece di scoraggiarli come è prassi attuale dei monopolisti). John Gilmore scrive: "Le società incapaci di adeguarsi ai tempi dovrebbero scomparire ed essere sostituite da quelle che invece hanno appreso quest'arte. A mano a mano che le industrie imparano a esistere e svilupparsi senza creare artificialmente scarsità, esse creeranno modelli ed esperienze per altre, che a loro volta dovranno cambiare quando la loro inefficiente produzione sarà sostituita da efficienti metodi di copiatura, fra dieci o quindici anni. Affidarsi alla protezione dalla copiatura oggi ci manderebbe nella direzione

¹⁹⁷ Id.

¹⁹⁸ Id., p. 9: "Congress, for its part, is content to let them make the rules they want to."

¹⁹⁹ "Ci sarà sempre un rivoluzionario che mette in discussione e sfida la status quo", Forno, cit. 7.

²⁰⁰ V. la Direttiva europea.

²⁰¹ V. Shari Steele (Direttore esecutivo della Electronic Frontier Foundation, EFF): "For artists, the Internet means control. Control over how their works get distributed, control over how they are compensated, and control over the future uses of their works. Right now, when a recording artist signs a contract with a major studio, she gives up her copyright in her own work in order to get her work heard or viewed. This model is no longer necessary. Artists can arrange their own distribution networks—or distribute their works themselves. . . . No wonder why the MPAA and RIAA are so concerned about the Internet." Citata da Forno, cit. p. 6.

esattamente sbagliata! La protezione dalle copie finge che la legge, e qualche semiseria attività di sottofondo dei cartelli industriali, possa mantenere le strutture economiche attuali, nonostante l'uragano di positivi cambiamenti tecnologici che li sta sollevando e scaraventando via, come foglie d'autunno."²⁰² Nella sua nota, il Gilmore elenca fra le cose sbagliate nella protezione dalla copiatura che (i) i prodotti competitivi sono eliminati dal mercato, (ii) che le società che applicano tecniche di restrizione alla copiatura non lo rivelano (e quindi non rendono possibile al consumatore di boicottare il prodotto), (iii) che la ricerca scientifica diventa non pubblicabile, (iv) che la concorrenza viene bloccata, (v) che l'abuso della protezione del copyright va a favore dei monopoli, (vi) che le politiche sociali sono create dalla grande industria senza ascoltare il pubblico, (vii) che si perde l'equilibrio fra diritti d'autore e libertà di espressione, e (viii) che coloro i quali traggono profitto sono una frazione minima della società.²⁰³ "Perché", chiede il Gilman, "dovrebbe essere permesso a industrie egoiste di modificare l'equilibrio delle libertà fondamentali, mettere a rischio la libertà di espressione, il libero mercato, il progresso scientifico, i diritti dei consumatori, la stabilità sociale? Solo perché qualcuno potrebbe riuscire a rubare una canzone? Mi sembra una scusa veramente ridicola".²⁰⁴

Quello dei diritti d'autore è indubbiamente un campo nel quale la libertà di espressione si scontra con enormi interessi economici; e minaccia di soccombere. L'industria che sfrutta i diritti d'autore chiede l'*imprimatur* e l'aiuto dello Stato per espandere i diritti, erigere "barriere digitali", imporre licenze a pagamento che operano automaticamente attraverso i comandi dei computer ("*click-wrap*" licenses). Essa vuole eliminare le eccezioni standard riconosciute dal sistema del diritto d'autore: il "*fair use*" e il diritto di prima vendita;²⁰⁵ vuole che il software, la musica, i film, i testi vengano solo concessi in licenza, con numerose restrizioni, mai "venduti", togliendo così ai consumatori le facoltà che tradizionalmente ineriscono alla proprietà di un oggetto "comprato"; vuole che venga criminalizzato (o almeno costituisca atto illecito) penetrare una cortina digitale, indipendentemente dal fatto che lo scopo sia lecito o illecito; vuole che vengano introdotti impedimenti tecnologici all'uso dei prodotti di seconda mano. Si è già spinta fino a

²⁰² John Gilmore. "What's Wrong With Copy Protection? 16 febbraio 2001, <http://www.toad.com/gnu/whatswrong.html>, p. 5.

²⁰³ Id.

²⁰⁴ Id.

²⁰⁵ In Italia sarebbe l'esaurimento del diritto nel senso che il compratore può fare dell'oggetto comprato l'uso che vuole compreso anche un indefinito numero di rivendite o di cessioni in uso temporaneo dell'oggetto, ma non la riproduzione del contenuto protetto.

chiedere, e ottenere, dai governi di criminalizzare la creazione di programmi software o dispositivi che permettano di penetrare le barriere digitali.²⁰⁶ L'industria chiede inoltre che il diritto dei contratti, le norme antitrust e vari altri aspetti del diritto vengano modificati per permetterle di introdurre limitazioni "concordate", accordi intesi a vietare la rivendita, lo scambio, la donazione, la dazione in prestito del libro o del CD, assicurando l'adempimento mediante impedimenti fisici e legali, vincolando gli strumenti digitali all'uso da parte di particolari persone e computer, aggiungendo controlli "retinici" o di DNA, ed eventualmente predisponendo gli strumenti protetti in modo che essi si autodistruggano se venissero, nonostante il divieto, venduti o ceduti.²⁰⁷ In sostanza, vogliono una volta e per tutte eliminare il mercato "nero" e quello "grigio", bloccare ogni tentativo di "decompilazione" e di ingegneria all'inverso, rendere impossibile la "interoperatività" dei sistemi. Alla fine, ciascuno potrà "vedere, usare e consumare solo i beni di informazione per i quali è disposto a pagare [ogni volta]:" sarà un mondo "pay-per-view".²⁰⁸

Il Boyle, nel suo più volte ricordato studio "Cruel, Mean, or Lavish?" esamina gli effetti anticompetitivi della eccessiva protezione dei diritti d'autore e conclude che l'informazione vuole essere libera e disponibile a tutti. Non è ammissibile che alcuni vengano esclusi dall'informazione solo perché non hanno i mezzi finanziari per pagare, non una ragionevole e adeguata aggiunta al costo marginale del bene, bensì il sovrapprezzo portato al massimo che il mercato può sostenere per assicurare il più alto surplus al produttore dell'informazione. Certo il mercato è efficiente, sia che si tratti di mercato competitivo sia di mercato monopolistico (possibilmente con perfetta discriminazione dei

²⁰⁶ A questo punto, solo i consumatori tecnicamente più sagaci potrebbero riuscire a superare queste difese (e lo farebbero violando la legge).

²⁰⁷ Boyle, "Cruel, Mean, or Lavish," cit. p. 2021, 2024-25. Boyle ipotizza (realisticamente) che in caso di violazione del "contratto" il bene oggetto di "difesa" potrebbe farsi "giustizia da sé" bloccando per esempio altri beni e programmi e rendendoli inutilizzabili finché non si paghi il "riscatto". (È in un certo senso il concetto da me illustrato in altra sede per controllare la disciplina sulla strada—dove mi pare giustificato per salvare milioni di vite umane—con la autoinibizione di operatività dei veicoli in violazione, la autoinflizione di sanzioni e il prelievo diretto, *online* dei relativi importi; v. Nicola Walter Palmieri. *Le crisi. Natura e gestione*, cit. Cap. VII. H). V. la interessante analisi di Boyle sulla discriminazione dei prezzi, id. a pp. 2021-2035. (Boyle ricorda l'esempio perverso di un produttore di stampanti da computer il quale, per aumentare le vendite e raggiungere sia clienti commerciali sia privati, vendeva le macchine che stampavano (regolarmente) alla velocità di 8 fogli al minuto ai clienti commerciali i quali erano disposti a pagare un prezzo elevato, e aveva introdotto un "chip" ritardante che lasciava stampare solo 4 fogli al minuto alle stampanti offerte, a prezzo notevolmente ridotto, ai privati (era evidentemente antieconomico inserire un—più giustificabile—chip "di incremento" per ottenere migliori prestazioni); id. p. 2024 (citando Carol Shapiro & Hal R. Varian. *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*. 1999, p. 59).

²⁰⁸ Id., p. 2033.

prezzi):²⁰⁹ la differenza sta solo nelle tasche in cui confluisce il surplus, quelle del consumatore nel mercato competitivo, quelle dell'industria nel monopolio.

E' giusto che i produttori abbiano il loro margine di guadagno in misura adeguata per essere incentivati a continuare a produrre nuova informazione. Questo costo deve però essere messo sulla bilancia contro le perdite, causate da qualsiasi monopolio, di benessere sociale e del peso morto della informazione persa piuttosto che elargita a costo marginale zero a quella fascia di consumatori i quali non sono rappresentati interesse per i produttori dell'informazione a causa della loro inability di pagare almeno il livello minimo predeterminato dai produttori per ottenere un profitto. Questi si trasformano spesso in "ladri" in quanto l'unico modo per loro di entrare in possesso dell'informazione è di procurarsela dal mercato secondario. E contro questi si accanisce l'industria senza però mai fare il vero calcolo del dare e avere. L'Internet è il foro ideale per queste "illecite" transazioni perché è facilmente accessibile, il materiale che si può copiare da Internet è illimitato, ed è assai semplice copiare. E, come ho detto nell'introduzione, è stato Internet il catalizzatore della fiera reazione dell'industria titolare dei diritti d'autore. L'industria ha fatto propria la retorica classica dei politici – danno all'economia nazionale, perdita dei posti di lavoro, distruzione della capacità di innovazione, la fine della creatività degli autori (specialmente di quelli morti da 70 anni!) – per dare dignità alla favola che ladri e pirati devono essere combattuti ed estirpati affinché la creatività degli autori sopravviva (gli autori non sono la mitica Alanis Morissette, ma gli studios di Hollywood e i giganti dell'industria del software). Sicuro, Internet causa perdita di proprietà intellettuale per l'aumentata facilità di copia, ma è questa perdita (del 5% o meno del totale delle vendite, per stessa ammissione dell'industria) maggiore o minore dei benefici della facilitata distribuzione, pubblicità, riproduzione? La Microsoft si è ben guardata finora dal mettere pubblicamente a raffronto le sue perdite per copie illegali di programmi software in Internet, e i vantaggi che essa trae dall'effetto rete, e dall'impatto della Rete sull'innovazione. Il vantaggio del livello di penetrazione dei prodotti Microsoft grazie all'Internet è impareggiabile rispetto a qualsiasi altro mezzo pubblicitario; e costa zero (mentre ogni altra forma tradizionale di pubblicità costerebbe alla Microsoft milioni di dollari).

L'accanimento dell'industria nel perseguire una perfetta penetrazione del mercato che

²⁰⁹ Per perfetta discriminazione di prezzi si intende la vendita dell'identico prodotto (stessi qualità e quantità, apparenza, condizioni di vendita, luoghi, scansione temporale), per esempio, e simultaneamente a 15, 25 o 85 a tutti coloro che possono pagare tali prezzi (è l'esempio fatto dal Boyle).

escluda tutti gli usi secondari, e o raggiunge tutti i consumatori abili a pagare con una ben calibrata discriminazione di prezzi, o preferisce negare il prodotto non solo a chi non può pagare alcun prezzo ma anche alla fascia di consumatori con abilità di pagare ritenuta troppo bassa, ricorda la crudele pratica delle società farmaceutiche le quali, piuttosto di distribuire a costo marginale zero i farmaci che riducono la sofferenza o salvano la vita alle popolazioni inabili a pagare il prezzo – e che non hanno mai ragionevolmente contemplate nelle previsioni di vendite – scelgono di non produrli, di non lasciarli produrre, o addirittura distruggono le quantità prodotte in eccesso.²¹⁰

L'assalto dell'industria dell'informazione contro i consumatori ha oltrepassato i limiti. Si parla già – è la proposta di legge di un deputato americano – di concedere all'industria il diritto di utilizzare metodi "hacker" per infiltrarsi nei PC dei cittadini e controllare cosa hanno sul disco, e cosa è stato illegalmente copiato. Il DMCA di cui parlerò fra breve – che è stato imprudentemente subito copiato dalla Commissione europea con la infausta Direttiva 2001/29 (che dovrà diventare legge anche da noi entro dicembre del 2002) – è la tappa più vistosa di questa inutile crociata. Inutile perché i mezzi messi in campo non sono in alcuna proporzione con il danno netto causato per lo più da coloro che non vengono comun que serviti dal mercato (perché non hanno i mezzi). Gli Stati prestano solerte ma sospetta assistenza all'industria: forse ha ragione il Boyle quando commenta che lo Stato non è interessato tanto alle curve dell'andamento dell'economia bensì solo alle curve in persistente salita dei contributi politici. L'accerchiamento dei diritti dei consumatori è quasi completato: mancano solo ancora alcune barriere digitali, qualche esempio di "ladro" che venga mandato in prigione (Dmitry Sklyarov rischia 25 anni di prigione per avere scritto in Russia un programma che aggira le barriere digitali degli eBooks della Adobe!), l'autorizzazione del più invasivo monitoraggio della sfera èrivata incluso l'ampio uso di identificatori codificati nel hardware, nel software, e anche nei consumatori per seguire passo passo il loro operato.

Il titolo dell'articolo di Boyle è tratto dal seguente passo di Jules Dupuit:

"Non è questione di qualche migliaio di franchi se le ferrovie continuano a mantenere in esercizio le carrozze di 3^a classe senza tetto e con panche di assi. La vera ragione è che le ferrovie vogliono impedire che i passeggeri che hanno i mezzi per pagare la 2^a viaggino in 3^a. Colpiscono i poveri non perché vogliono infierire contro di loro ma perché vogliono fare paura ai

²¹⁰ V. la concisa analisi del recente caso speciale del Sudafrica (2001) in Palmieri. *Le crisi*, cit. p. 406, nota 787.

ricchi. E per la stessa ragione, dopo essere stati crudeli con i passeggeri di 3[^] e cattivi con quelli della 2[^] classe, fanno gli spreconi con quelli che viaggiano in 1[^]. Dopo aver negato ai poveri il necessario danno ai ricchi il superfluo.”²¹¹

Come tutti i monopoli, anche quello dell'industria dell'informazione cadrà sotto il suo stesso peso. Il consumatore, anche se viene tacciato (come dice Boyle) di giacobinismo economico analfabeta, non si lascerà incantare a lungo dalla favola della creatività degli autori combinata con il bene pubblico da proteggere e l'incessante aumento di potere della proprietà intellettuale. Anche e proprio in condizione di monopolio la curva della domanda scenderà: è così perché il monopolista – specialmente quello eccessivamente protetto – tende a dimenticarsi della creatività, non spende in ricerca perché l'innovazione non è necessaria dato che il mercato è protetto, i prezzi sono alti. Nonostante leggi come la Direttiva 2001/29, ci saranno concorrenti che inventeranno qualcosa di totalmente nuovo, non avranno bisogno di copiare, simulare o penetrare barriere, avranno un prodotto innovativo, moderno, di vari ordini di grandezza migliore di quello così religiosamente protetto dai monopolisti. E questi scompariranno; come sono scomparse le carrozze trainate dai cavalli, e i transatlantici. Le chiare avvisaglie della nuova era dell'informazione si profilano con il software libero. I monopolisti – quelli del codice chiuso – stanno combattendo l'ultima battaglia, quella di impedire – usando la sanzione penale del DMCA (vediamo cosa ci porterà, in termini di repressione penale, la Direttiva 2001/29) – la interoperatività. Ma non servirà. Il software libero non avrà bisogno di interoperare con nessun altro sistema “chiuso” perché non ci sarà più codice chiuso sul mercato.²¹²

A. La formazione delle leggi di copyright

²¹¹ Jules Dupuit. “On Tolls and Transport Charges 23,” International Economic Papers No. 11. Elizabeth Henderson transl., 1962.

²¹² V. “The Economist” del 12 maggio 2001, p. 71. Craig Mundie, il capo strategista della Microsoft, disse a un convegno alla NYU, “[b]eware of open-source software, those nefarious free computer programs written online by groups of volunteers. The license that comes with most of this code could turn a company's intellectual property into a public good. More important, it undermines the livelihood of commercial software developers, putting a brake on innovation”. I sostenitori dell'open-source risposero: “just another example of Microsoft's trademark strategy: spreading fear, uncertainty and doubt to undermine rivals.” Linus Torwalds, il creatore di Linux, disse che “to Mr. Mundie, research and development seem to be driven mainly by untellectual property rights, which is entirely ignoring the fact that pretty much all of modern science and tgechnology is founded on very similar ideals to open source.” (L'open-source non è lo strumento ideale anti-Microsoft, come questa vorrebbe far credere. E' invece profondamente un effetto di Internet, e quindi continuerà a rimanere e ad affermarsi.

"Arte di fare le leggi di copyright" è la frase usata da Jessica Litman per descrivere l'asservimento del Congresso americano all'industria discografica e cinematografica. Perché dovremmo inter essarci di questa arte americana? Perché in Europa si copia tutto dall'America, e lo si fa assiduamente nel campo del diritto d'autore. La Commissione europea ha copiato il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) ma probabilmente nessuno si è chiesto come il DMCA era diventato legge negli USA, e se fosse opportuno copiare una legge sorta con tanta indulgente leggerezza.²¹³

La lobby americana dell'industria dello spettacolo, assai potente (anche grazie ai sostanziosi contributi elettorali che essa elargisce), ha instaurato la prassi, ormai da molti decenni accettata dal Congresso, che i progetti di legge in questa complessa materia vengano elaborati e concordati dall'industria stessa, e che il Congresso si limiti più o meno ad apporvi il suo sigillo.²¹⁴ Se un deputato uscisse dai ranghi e presentasse un progetto di legge non previamente approvato dall'industria, esso verrebbe quasi sicuramente bloccato.²¹⁵ Il legislatore americano è convinto che la protezione del diritto d'autore – particolarmente nell'arena digitale – deve essere ampliata.²¹⁶ Esso giustifica questa convinzione brandendo "rapporti di esperti" che proverebbero il ripido declino, a livello mondiale, dell'incentivo per gli autori a creare nuove opere a causa delle insidie della "pirateria".

B. Il caso Betamax

I detentori di copyright (che si identificano per lo più con i grandi

²¹³ In Europa, le leggi non si fanno in questo modo (e neppure in Italia, che è tenuta a recepire la Direttiva 2001/29). Occorrerà vedere come l'Italia concilierà l'art. 171-bis della n. 248/00 con la quale è stata recentemente modificata la normativa sui diritti d'autore per quanto riguarda la protezione software. (La Direttiva non si applica quando non vi è significativo impatto commerciale, mentre la legge italiana parla di profitto, ivi quindi incluso anche quello personale).

²¹⁴ Lessig ricorda: "Every new idea is a threat to those who depend upon old ways of doing business. As David Hughes puts it, "[B]ig corporations have always marched to government to lock in their profits." Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 223.

²¹⁵ Così Jessica Litman. *Digital Copyright*. Prometheus Books, 2001; parzialmente in <http://www.msen.com/~litman/digital-copyright/ch2.html>, p. 2.

²¹⁶ V. James Boyle. "Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property," 53 *Vanderbilt L. Rev* 2007 (2000), p 2008: "In intellectual property policy, the Congressional Record is particularly full of dubious economic studies; odes to the importance of providing incentives to the dead and supposedly scientific lists of reasons why the policy predilections of content providers must necessarily be enacted as law." Le odi al contributo innovativo da parte dei morti si riferiscono al Sonny Bono Copyright Term Extension Act, 17 U.S.C. §§ 301-304 (1999).

produttori/distributori) da molto tempo tentano di controllare i dispositivi che permettono l'esecuzione delle opere di loro "proprietà".

Quando negli anni '70 la Sony Corporation introdusse sul mercato americano i videoregistratori "Betamax", la Universal City Studios – proprietaria di programmi trasmessi dalla televisione – citò la Sony in giudizio sostenendo che gli apparecchi da questa venduti sarebbero stati utilizzati da una parte del pubblico per registrare programmi coperti da copyright; sia gli acquirenti dei videoregistratori che la Sony avrebbero quindi violato i diritti d'autore della Universal City Studios. Questa, senza chiedere alcun compenso agli utenti dei registratori *Betamax* – che avrebbero "illegittimamente" copiato i programmi – invocò la "responsabilità vicaria" della Sony,²¹⁷ chiese ad essa il risarcimento dei danni (incluso il rendiconto equitativo dei profitti) e sollecitò un provvedimento d'urgenza per bloccare la "contraffazione" da parte della Sony.²¹⁸ Il tribunale di merito respinse la richiesta della Universal City Studios; la corte d'appello del nono circuito federale (che ha sede in California) la accolse; la Corte Suprema respinse definitivamente.²¹⁹

La Corte Suprema, ricordando che il giudice di merito aveva preso atto che i programmi televisivi della Universal City non erano mai stati tanto redditizi come nelle settimane precedenti il dibattito (1979) e che ciò poteva essere attribuito almeno in parte all'aumentato numero di ascoltatori causato dalla diffusione degli apparecchi *Betamax*, notò, soppesando gli equilibri della "regola equitativa di ragionevolezza,"²²⁰ che il cosiddetto "home time-shifting" era un "fair use" e quindi impedirlo sarebbe stato costituzionalmente illegittimo. "Si cercherebbe invano nel *Copyright Act* per qualche indizio che i rappresentanti eletti di milioni di persone le quali guardano la televisione ogni giorno abbiano reso illegittimo di copiare un programma per vederlo a casa più tardi, o imposto un rigido divieto di vendere macchine che rendono possibile far simili copie."²²¹

²¹⁷ "Contributory infringement and vicarious liability".

²¹⁸ Un ammontare spropositato di risorse pubbliche e private venne consumato per questa causa. Il processo si trascinò per oltre cinque anni, e giunse fortunatamente alla Corte Suprema. Le comparse "amicus curiae" al livello di Supreme Court furono numerosissime (ne conto almeno 24).

²¹⁹ *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp.*, 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal. 1979); 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981); *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

²²⁰ "Equitable rule of reason."

²²¹ "The direction of Art. 1 [of the Constitution] is that Congress shall have the power to promote the progress of science and the useful arts. When, as here, the Constitution is permissive, the sign of how far Congress has chosen to go can come only from Congress," *DeepSouth Packing Co. v. Laitram Corp.*, 406 U.S. 518, 530 (1972). Lo Corte disse: "One may search the *Copyright Act* in vain for any sign that the elected representatives of the millions of people who watch television every day made it unlawful to copy a program for later viewing at home, or have a flat prohibition against the sale of machines that make such copying possible."

Nell'aprile del 2000, il prof. James Boyle, richiamando questa vicenda giudiziaria, scrisse: "Hollywood ha cercato prima di convincere il Congresso a imporre una tassa sui videoregistratori "VCR" e sui Betamax della Sony;²²² poi ha tentato la sorte in tribunale. Per sua fortuna, perse su entrambi i fronti. Dico per sua fortuna, perché oggi Hollywood trae oltre il 50% dei suoi utili dal noleggio di videocassette."²²³

C. La ripresa delle ostilità

Una società di architetti statunitensi ha iniziato, recentemente, a citare in giudizio i proprietari di case i quali avevano costruito le loro ville, in America, usando la facciata di Andrea di Pietro (Palladio). Questi architetti americani hanno "registrato" qualche anno fa i loro disegni, servilmente imitativi dell'architettura palladiana, con lo USPTO, e chiedono ora un "contributo" da chiunque intenda usare l'idea architettonica della villa palladiana (e i "danni" da chi ha già incorporato questa idea nella sua casa). I malcapitati, minacciati di essere trascinati in giudizio, di regola transigono pagando una modica somma agli architetti titolari della privativa. Fanno bene a transigere. Perderebbero le cause; e rischierebbero condanne a salati "danni punitivi" riconosciuti da giurie composte da individui sfaccendati e incompetenti.²²⁴ Lessig ricorda il caso di un film documentario sull'istruzione in America. Per meno di due secondi si intravede nel fondo della classe una televisione accesa con la *Homer Simpson Show*. Risultato: pagare per "l'uso" dei *Simpsons* o tagliare i due secondi dal film. I titolari di copyright hanno chiesto recentemente al Parlamento americano di legiferare sul "vigilantismo digitale" confermando il loro "diritto" di inviare "codici di distruzione" alle macchine P2P.

Ci sarà chi pensa in Italia che queste situazione rappresentino esagerazioni e

²²² Sul tipo della "Lehrkassettenabgabe" tedesca.

²²³ "Hollywood attempted first of all to lobby Congress to have VCRs and Sony Betamax taxed, then they tried to use the courts. Luckily for them, they lost both times. I say luckily because of course Hollywood derives more than 50 percent of its revenues from the rental of videotapes;" Boyle. "Conservatives," cit. Non è più un segreto: più i fanatici del controllo girano la vite, peggio vanno gli affari. V. Dan Bricklin. "The Recording Industry is Trying to Kill the Goose That Lays the Golden Egg", in <http://www.bricklin.com/recordsales.htm>; Forrester Research. "Downloads Did Not Cause The Music Slump, But They Can Cure It", in <http://www.forrester.com/ER/Press/Release/0,1769,741,FF.html>.

²²⁴ Il grande giudice di corte d'appello del Secondo Circuito Learned Hand. "The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter," in *Lectures on Legal Topics*, 3:89 (1926) aveva scritto, parlando del tribunale americano: "Courts have fallen out of repute: many of you avoid them whenever you can, and rightly. About trials hang a suspicion of trickery and a sense of a result depending upon cajolery or worse. . . . I must say that as a litigant I should dread a lawsuit beyond almost anything else short of sickness and death."

aberrazioni occasionali "americane". Non è così.

L'esempio americano ha fatto scuola in Europa. Un inserto del quotidiano "Dolomiten"²²⁵ – siamo nella tranquilla provincia di Bolzano – annuncia il prossimo proliferare di cause per violazioni di copyright in Internet. Lo spunto dell'articolo è la citazione in giudizio minacciata da un servizio meteorologico austriaco a un "navigatore" sudtirolese per avere questi incluso, nel suo sito, una connessione diretta al sito meteorologico d'oltrealpe.²²⁶

L'avvento di Internet (fenomeno che ha moltiplicato il numero degli utenti possibili delle opere dell'ingegno coperte dal diritto d'autore, e quello dei contatti/impieghi, e che certo li moltiplicherà più volte ancora nel prossimo futuro) ha provocato un ripensamento della portata dei diritti in questione, e ciò non tanto da parte degli autori o delle loro associazioni, ma da parte delle grandi case che incettano e sfruttano i diritti d'autore specialmente nel campo cinematografico e musicale. Internet ha fornito l'occasione all'industria per un tentativo senza precedenti di allargare la portata del diritto d'autore.²²⁷ L'industria dell'informazione e dell'intrattenimento fa valere argomenti quali il fatto che nella tecnologia digitale, diversamente da quanto avviene nell'ambito cartaceo, l'ennesima copia possiede la identica qualità della prima, e che attraverso la Rete migliaia di copie identiche per qualità possono essere inviate simultaneamente, semplicemente premendo un tasto del

²²⁵ Sabine Gamper. "Gelinkte' wollen Bares sehen," in "WIKU", 11 settembre 2002, p. 9.

²²⁶ Si tratta di richiesta modesta: solo € 1.758 per coprire un anno di indebito riferimento Internet, ma se non paga entro dieci giorni, continua l'avviso, la richiesta probabilmente aumenterà perché "estenderemo le ricerche più indietro nel tempo". (Sarebbero partite un migliaio di fatture, alcune anche di 100.000 €). L'articolaista conclude che ci avviciniamo all'addio ai "tempi selvaggi" dell'Internet. (Internet è lo strumento fra i più idonei a far progredire conoscenza e creatività. La potenza di Internet è stata sprigionata dalla libera e aperta innovazione scambiata fra tutti i suoi utilizzatori; mentre l'effetto "gelo" di interferenze di questo (e altro) tipo bloccherà sicuramente il potenziale di innovazione). Nell'800 si sviluppò in America il "cow law": consisteva nello spingere le mucche sotto i treni che attraversavano le praterie per fare poi causa alle società ferroviarie e ottenere risarcimenti. I navigatori Internet della val di Fleres, o di Scandicci come era solito dire il compianto amico Sandro Cerrai, stiano all'erta: se sentiranno bussare alla porta alle sette di mattina, non sarà il proverbiale lattaiolo, ma qualche cow lawyer specializzato in cause di copyright e brevetti su software. Anche il solo uso di programmi che incorporino algoritmi brevettati esporrà l'utilizzatore (il pubblico) al rischio di essere citato in giudizio. V. Gamper, cit. ("*Und in manchen Faellen sind sie nicht einmal selbst fuer die Rechtsverletzung verantwortlich, sondern die Programmierer der beauftragten Computerfirma*"); Garfinkel, Stallman & Kapor, cit. p. 3 ("*Although programs incorporating the algorithm are still in the public domain, using these programs means risking a lawsuit*").

²²⁷ V. l'interessante analisi della Litman sulla storia della legislazione americana in materia di diritti d'autore, e in particolare sul modo in cui i grandi interessi economici hanno approfittato della rivoluzione di Internet per accrescere la protezione dei diritti d'autore e limitare ulteriormente le eccezioni tradizionalmente accettate. L'autrice sostiene che utilizzando le riforme del 1998 l'industria e i suoi legali cercano di trasformare il ciberspazio in un enorme mercato per materiali protetti dal diritto d'autore. L'esito è incerto, ma se la tendenza attuale continua, vi sarà "una violenta collisione fra le nostre aspettative di libertà di espressione e il diritto d'autore 'potenziato'".

"mouse", per sostenere l'esigenza di una protezione rafforzata contro le possibilità aperte agli utilizzatori dalla nuova era. La Rete è considerata (e temuta) come una gigantesca macchina copiatrice, mostruosa, incontrollabile, terrificante. I sostenitori a oltranza della più capillare protezione dei diritti di autore argomentano come segue: poiché un PC funziona "riproducendo" l'informazione ricevuta nella Random Access Memory (RAM), e poiché tutto ciò che è nella RAM può essere copiato su disco, tutto quanto è nel PC è tecnicamente violazione del copyright; il titolare del diritto di copyright deve quindi poter esercitare un controllo illimitato, vietare l'uso se lo ritiene necessario o utile, pretendere di essere pagato;²²⁸ e poter inserire dispositivi di esazione automatica o di blocco, e valersi di un divieto (possibilmente sanzionato penalmente, ultima ratio degli impotenti) di interferire su qualsiasi dispositivo di tale genere.²²⁹ Una efficace risposta all'industria dello spettacolo sarebbe di stabilire che a chi rende di pubblico dominio un'opera in Internet – quindi necessariamente ne permette la "copia" nel RAM – venga preclusa (1) la possibilità di invocare diritti contro la riproduzione integrale o parziale, per fini non commerciali, del contenuto delle opere, e (2) la facoltà di inserire dispositivi atti a complicare (o addirittura impedire, ai non esperti) tale riproduzione. Se poi l'industria continua a esagerare nelle sue pretese, l'alternativa è di riaprire la discussione e ripensare dalle fondamenta la legge del diritto d'autore, anche in vista di abolirla totalmente. Questo sarebbe per il momento probabilmente difficile negli Stati Uniti dato il favore che l'industria gode (presso il legislatore). La società Walt Disney è intanto riuscita a evitare che Topolino – nato nel 1927 – entri per i prossimi 40 anni nel dominio pubblico.

L'industria della musica e del cinematografo si sentono talmente assicurati dal sostegno loro concesso dal governo e dalla maggioranza del Congresso da tenere nel massimo spregio la insoddisfazione del pubblico: infatti, esse hanno comunicato che intendono premere perché la qualità delle copie degli spettacoli televisivi sia resa tecnicamente inferiore (o "degradata"), e arrivano persino a chiedere che siano resi obbligatori per legge metodi che rendano tecnicamente impossibile qualsiasi copia, totale, parziale, di brani, per scopi di studio, ricerca, o svago. Queste proposte evocano, in altro

²²⁸ Secondo la Costituzione, dicono, togliergli questo diritto significherebbe "impedire il progresso delle scienze e delle arti utili". V. Litman, cit. p. 4, 5.

²²⁹ La Litman fa il suggestivo paragone con il blocco automatico degli autoveicoli che superano i limiti di velocità, che lei però considera irrealistico allo stesso modo come considera inaccettabili quelli invocati dai titolari di copyright. Dissento da questa conclusione: i dispositivi di blocco delle auto avrebbero, se introdotti, una importante giustificazione nella loro idoneità a salvare vite umane, che quelli del copyright non hanno. V. Palmieri, *Le crisi. Natura e gestione*, cit., Cap. VII.H.

campo, il tentativo della Monsanto di porre sul mercato sementi geneticamente modificate non solo per produrre il risultato (magari anche utile) promesso, ma per far divenire sterile il raccolto, così da impedire all'acquirente di utilizzare parte del suo raccolto per la prossima semina, costringendolo a tornare ogni anno ad approvvigionarsi dalla Monsanto. Questo tentativo è rientrato, e la casa americana ha fatto marcia indietro di fronte alla reazione indignata dell'opinione pubblica. Non diverso dovrebbe essere il fato delle case discografiche e cinematografiche che, con il DMCA, hanno superato il limite del tollerabile.

Il prof. Boyle propone provocatoriamente di immaginarci gli Stati Uniti senza la decisione *New York Times v. Sullivan*,²³⁰ e di immaginare inoltre che questo mondo si muova per "rafforzare" decisamente la tutela contro la diffamazione, accentrando gran parte di tale tutela nelle leggi federali, ampliando la definizione di diffamazione, i rimedi disponibili ai diffamati, e la lista delle parti che possano essere chiamate a rispondere per responsabilità "vicaria" e "contributiva";²³¹ allargando la portata del danno alla reputazione, facilitando l'onere probatorio, permettendo la sopravvivenza dell'azione alla morte del diffamato, concedendo al diffamato il diritto di chiedere provvedimenti d'urgenza per bloccare la pubblicazione e persino il diritto di ottenere il sequestro dei computer o altri strumenti usati o che potrebbero essere usati per la diffamazione. L'esempio è portato avanti facendoci immaginare che, data la drammatica espansione di Internet, il governo americano facesse della protezione contro la diffamazione un'iniziativa chiave della sua politica, sia interna che internazionale, e incoraggi anche le altre nazioni ad adottare un simile ampio concetto di diffamazione, minacciando di sanzioni commerciali le nazioni recalcitranti.²³² Gli *Online Service Providers* ("OSP") sarebbero oggettivamente responsabili per le diffamazioni compiute dai loro utenti, l'anonimità verrebbe ripudiata dagli standard tecnologici (magari imposti dalla legge), il governo sosterebbe che la protezione contro la diffamazione è

²³⁰ 376 U.S. 254 (1964). Nel caso *Sullivan* la Corte Suprema ha stabilito che un personaggio pubblico non può ottenere un risarcimento di danni per una notizia falsa e diffamatoria relativa alla sua condotta ufficiale, a meno che non riesca a provare che la dichiarazione diffamatoria sia stata fatta con "effettivo dolo" ("actual malice"), cioè con la conoscenza che fosse falsa o con ingiustificabile indifferenza ("reckless disregard") sul fatto che essa fosse o meno falsa. Id. pp. 279-80.

²³¹ Si parla di responsabilità vicaria quando il terzo (1) è in una posizione di controllare ed esercitare supervisione sull'utente (che ha la responsabilità diretta della violazione) e (2) trae beneficio dalla violazione; si parla invece di responsabilità contributiva quando il terzo è a conoscenza della violazione e "induce, causa o materialmente contribuisce al comportamento violativo". ("Just as benefit and control are signposts of vicarious liability, so are knowledge and participation the touchstones of contributory infringement."). *Demetriades v. Kaufmann*, 690 F. Supp. 289 (S.D.N.Y. 1988), p. 293; *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971), p. 1162; Matt JACKSON. "Linking Copyright to Homepages," <http://www.law.indiana.edu/fcli/pubs/v49/no3/Jackson.html>, p. 6.

²³² V., in altro campo, la reazione europea, nel 2000, contro la coalizione liberale dell'Austria.

necessaria per garantire il commercio e la libertà di parola in Internet, e forse proporrebbe leggi e trattati internazionali per introdurre nuovi tipi di interessi alla reputazione e nuovi tipi di protezione.²³³ Se si considera, come faceva Boyle, il comportamento del governo americano, tutto questo non è fantasia (non c'è ragione di pensare che l'amministrazione repubblicana abbia programmi diversi da quelli dell'amministrazione precedente). Boyle conclude: basta cambiare il caso ipotetico della diffamazione a quello del diritto d'autore. "Tutto quanto ho descritto è la semplice realtà". È tutto già qui: la responsabilità "vicaria" degli OSP, l'estensione dell'oggetto, l'ampiezza e durata dei diritti, l'aumento delle sanzioni penali e dei danni civili, i tentativi di proibire o scoraggiare tecnologie che potrebbero essere usate per facilitare la diffamazione anonima, le restrizioni degli "usi permessi".²³⁴ Le forze contrarie non sono però mancate. La Federal Trade Commission ("FTC") e la Direzione Antitrust del Ministero della Giustizia percepirono i pericoli degli effetti anticompetitivi (il costo per i consumatori e la concentrazione del mercato—specialmente nel contesto di reti di computer);²³⁵ ma queste forze avverse erano concentrate sugli effetti economici negativi dell'espansione della protezione del diritto d'autore e non sulle implicazioni relative alla libertà di parola; e comunque i collegamenti fra antitrust e diritto d'autore non sono stati correttamente percepiti.

Al di là delle intenzioni degli oligopolisti dello sfruttamento del diritto d'autore, ogni eccesso di protezione di tale diritto, come auspicato dai suoi più accaniti difensori, ci potrebbe avvicinare, attraverso le possibilità fornite dalle recenti e prossime tecnologie, a un controllo pervasivo e penetrante delle abitudini e dei comportamenti dei cittadini utenti di Internet; e ciò fino a limiti che nessuna "Gestapo" o "NKVD" avevano mai concepito.²³⁶ Si pensi all'"inseguimento", attraverso il controllo della retina o altri sistemi biometrici, di tutti coloro a cui una riproduzione di un'opera protetta venga successivamente trasferita. Forse ci saranno anticorpi che sia in America che negli altri Paesi si opporranno alle tentazioni di avviarci a questo tipo di regimi totalitari.

L'arresto di Dmitri Sklyarov²³⁷ ha anch'esso messo in luce gli inaccettabili

²³³ James Boyle. "The First Amendment and Cyberspace: The Clinton Years," 63 *Law & Contemp. Probs.* 337 (Winter/Spring 2000), anche <http://www.law.duke.edu/journals/lcp/articles/lcp63d> WinterSpring2000.htm.

²³⁴ *Id.*

²³⁵ V. il caso Microsoft; v. James Boyle. "Missing the Point on Microsoft," SALON (Apr. 7, 2000), anche <http://www.salon.com/tech/feature/2000/04/07/greenspan/index.html>.

²³⁶ Veramente, devo aggiungere a onor del vero, perché non avevano Internet, e non erano ancora state inventate le tecnologie dei controlli biometrici su larga scala.

²³⁷ V. *infra*.

inconvenienti, i pericoli e la incostituzionalità del DMCA. In effetti, il pubblico americano—e quello di qualsiasi altra parte del mondo—non può accettare che gli siano sottratti i diritti di libertà di espressione che prima del DMCA erano considerati pacifici, elementi essenziali del compromesso costituzionale fra il diritto di libertà di espressione e il monopolio riconosciuto, ai fini del “progresso delle arti”, al titolare del diritto di autore: dalla possibilità per lo studente di fotocopiare pagine di un libro presente in una biblioteca pubblica per compilare una sua ricerca, al diritto dello spettatore di fare copia di un film mostrato in televisione per vederlo in un momento successivo, a quello dell'utente di un personal computer di fare prudentemente copie di riserva delle informazioni che ha accumulato nella “memoria” (con l'implicita autorizzazione degli autori che hanno spontaneamente trasferito l'informazione al PC). Tradizionalmente, è legale fare tutto questo senza pagare compensi né chiedere approvazioni preventive; e tutto questo è giustamente considerato essenziale per l'esercizio del diritto costituzionale della libertà di parola. Vietare la produzione di strumenti che hanno usi legittimi, come il programma in questione, e lasciare, per esempio, libera la produzione di armi automatiche (e la loro vendita a civili) mi pare abbastanza primitivo. Dovrebbe valere il concetto, affermato da millenni, che il bene o il male è nelle mani (cioè nell'intenzione) di chi usa lo strumento, non di chi lo fa. Commentando sul caso Sklyarov Tim Neu scrisse: “Voi forse non lo sapete ma la libertà di esprimere l'informazione veritiera è stata abolita [negli Stati Uniti].²³⁸

Le leggi sulla protezione del diritto d'autore si ripercuotono sulla libertà di parola in vari modi: tali leggi possono esse stesse essere promotrici dell'espressione²³⁹ e, concedendo incentivi e protezione legali, incoraggiarne la diffusione; possono anche limitare la parola²⁴⁰ perché possono togliere agli altri il diritto di usare e trasformare il segno, la parola, l'immagine creata o usata dal titolare del diritto,²⁴¹ possono avere un forte effetto

²³⁸ Tim Neu. “First Amendment—Void Where Prohibited.” <http://www.visi.com/%7Etnu/voidwhereprohibited.html>, p. 1

²³⁹ “By adding ‘the fuel of interest to the fire of genius,’ these laws may encourage the production of literary, artistic, scientific, political, and other works, enrich public debate, and allow the iconoclast and the dissenter to dream of supporting themselves by creating works and then selling them in the marketplace. The Framers intended copyright itself to be an engine of free expression. By establishing a marketable right to use one’s expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas.” Boyle. “The First Amendment,” cit.

²⁴⁰ Boyle cita l'esempio della San Francisco Arts & Athletics, Inc. (“SFAA”) che si è vista precludere la possibilità di organizzare i “Gay Olympic Games” perché il termine “Olympic” è un marchio appartenente allo “United States Olympic Committee”.

²⁴¹ V. riferimenti in Boyle, cit.

“congelante”,²⁴² e costituire una limitazione indiretta del diritto di parola impedendo al pubblico l’accesso al canale di comunicazione prescelto.²⁴³ La violazione del diritto d’autore è spesso considerata un illecito oggettivo (*tort of strict liability*): invece dell’attacco contro il diretto interessato si attacca l’ISP per contributo alla violazione, o addirittura la *Network Solutions, Inc. (“NSI”)*²⁴⁴ per non avere cambiato il nome di un dominio che si asserisce contraffaccia un marchio. Elementi di libertà continuamente insidiati sono, oltre al “*fair use*”,²⁴⁵ la “prima vendita” e la trasformazione dei fatti in “*commodities*” per estendere l’ambito di protezione.²⁴⁶

Perché riesplodono le discussioni nel ciberspazio? Secondo Boyle, vi sono tre ragioni principali. La prima è che nel ciberspazio il diritto d’autore è più vicino all’utente di quanto sia mai stato prima. Le attività che destano preoccupazione—specialmente la copia—sono il cuore dell’ambiente della Rete. Copiare non è solo diventato facilissimo; è necessario per poter “vedere” un documento: l’opera coperta dal diritto d’autore è letteralmente “sulla schermo del computer”. La seconda è che la categoria dei diritti d’autore si ingrandisce continuamente nel ciberspazio perché include non solo i diritti tradizionali ma anche le nuove tecnologie di controllo e sorveglianza, barriere digitali, numeri di riconoscimento universali, ecc. sostenuti dallo Stato; ciò che, a sua volta, aumenterà la tensione fra diritto d’autore, riservatezza e libertà di parola (come già dimostrato dal DMCA). Terzo, più ampia

²⁴² “Like most legal regimes, intellectual property’s restraints may run beyond the actual limits of the legal rights themselves, particularly where the threat of suit is used by powerful individuals and organizations against those without access to lawyers or the money to command their talents.” *Id.*

²⁴³ I precedenti giurisprudenziali sulle limitazioni costituzionali relative al Primo Emendamento della protezione del diritto d’autore sono pochi: v. per esempio *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985) (“*Harper & Row*”). Talvolta si tratta di statuizioni indirette, v. per esempio *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991); *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

²⁴⁴ Agli inizi degli anni ‘90, il Congresso aveva dato incarico alla National Science Foundation (“NSF”) di affidare la gestione dei nomi di dominio a una società privata. La scelta per gestire il centro per l’assegnazione di nuovi nomi di dominio cadde sulla NSI.

²⁴⁵ V. le insidie del DMCA.

²⁴⁶ Sempre secondo Boyle, l’obiettivo dei titolari di copyright è “to move toward a pay-only-per-view universe, in which Internet’s efficiencies are used to allow for the levying of microcharges on every use of information, rather than the cruder, but also looser system we have now, with its broad range of free, subsidized, borrowed, and second-hand sources. . . . One wonders though, what the price to the universe of speech would be. After all, information is hard to value before one has it, particularly when one’s resources are limited and one’s ability to experiment thereby constrained. Much of learning is serendipitous and unplanned, and the pursuit of apparently non-productive knowledge is both inherently pleasurable and practically useful. Does one really want to make it harder (and more expensive) for the poor child to learn that “aimless browsing” may be a very smart move indeed, or for the next auto-didact to pursue the meandering course of intellectual development that produces a new synthesis or a striking point of view?” Boyle. “The First Amendment,” cit.; v. anche *id.*, “Cruel, Mean, or Lavish?” cit p. 2033.

la Rete, maggiore la posta in gioco. Paradossalmente, proprio l'effetto della Rete di rendere applicabili vie alternative di incentivo all'innovazione è stato visto da Clinton, e dall'industria, come causa e ragione per ulteriormente espandere la sfera di protezione dei diritti di "proprietà" intellettuale.²⁴⁷

Quale è il danno (aggiuntivo) causato all'industria che sfrutta i diritti d'autore dall'asserita "pirateria" in Internet?²⁴⁸ Probabilmente il danno è minimo (e si può sostenere che è forse nullo, o addirittura che la c.d. "pirateria", considerata su ampio fronte, produca vantaggi):²⁴⁹ coloro che originariamente erano "contemplati" come acquirenti continuano ad acquistare CD, DVD, film su videocassette, perché è più comodo che copiarli dalla televisione o da Internet; mentre quelli che non erano "contemplati" come clienti (in linea di massima, i poveri che non hanno mai potuto permetterselo) continuano a non acquistare i prodotti (e a copiarli come hanno sempre fatto). Le case discografiche e cinematografiche ne parlano in termini apocalittici,²⁵⁰ forse perché ancora sperano di cambiare la situazione, per loro da sempre insoddisfacente, dei giovani e dei più poveri che continuano a "evadere il tributo" facendo quell'uso noncommerciale che non è mai stato loro vietato e tanto meno dovrebbe esserlo nell'ambito del cibernazio.²⁵¹ Comunque, il danno all'industria non è in proporzione col danno enorme che le azioni che l'industria stessa, se avessero pieno successo, comporterebbero alla causa della libertà d'espressione. Su questo campo si confrontano non tanto gli autori (e inventori) e i "pirati", ma piuttosto i monopolisti motivati solo dal profitto e gli entusiastici ammiratori, ai quali spesso si alleano gli stessi autori. Perché si dovrebbero proteggere i grandi distributori, quando una distribuzione socialmente

²⁴⁷ *"The Clinton Administration's intellectual property policies have been astoundingly one-sided and poorly thought out. Though the Administration presents itself as cyber-savvy, these policies present the absolute antithesis of everything one should revere about the Internet, and indeed threaten to make the Internet's decentralized unanimous architecture seem like a bug rather than a feature. But I have to concede one point. When it comes to exposing the tensions between intellectual property and speech, the Clinton Administration's role may well prove to be pivotal—if entirely unintended."* Id.

²⁴⁸ A sentire l'industria, i danni sarebbero enormi. Essa sostiene addirittura che se i diritti di copyright non vengono rafforzati, Internet soccomberà. ("*[U]nless the framework for legitimate commerce is preserved and adequate protection for copyrighted works is ensured, the [Internet] will not reach its full potential as a true, global marketplace.*" Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights 16 (1995), citato da Jackson, cit. p. 2, nota 5.

²⁴⁹ Lessig. *The Future of Ideas*, cit. p. 200, ricorda che "*[A]fter the court restricted access [to Napster], album sales fell as well. Napster may indeed have helped sales rather than hurt them.*"

²⁵⁰ "*The video recorder was seen by Hollywood as a terrible thing—like the Internet—a new copying technology that would eat the heart out of Hollywood.*" James Boyle. "Conservation and Intellectual Property," discorso alla National Federalist Society Annual Meeting in Washington, DC, 1 Engage, aprile 2000.

²⁵¹ E vogliono far loro pagare il tributo anche sulle opere da tempo non più soggette a protezione.

più giusta, economica, capillare ed efficiente può essere ottenuta con Internet? Perché costringere all'acquisto di un CD quando il consumatore è interessato, esclusivamente per suo uso privato, solo a una canzone particolare contenuta nel CD? Perché far pagare \$20 per il CD quando la canzone che si vuole avere e ascoltare ne vale solo \$1 (che i più sarebbero disposti a pagare; e andrebbe tutto a favore degli artisti)? La "guerra" si svolge su un fronte sottile. L'industria solleva l'indignazione perché i "pirati" non pagano i sacrosanti diritti agli autori delle opere. Sarebbe facilissimo introdurre un sistema che tenga conto della giusta ricompensa degli artisti (gran parte dei "pirati" farebbero i sacrifici richiesti per aderirvi) e ridurre drasticamente i costi e prezzi in eccesso.²⁵²

Il limite funzionale alla creazione e all'allargamento dei diritti d'autore—la *Copyright Clause* della Costituzione, che ammette tali diritti a condizione che essi promuovano il progresso della scienza e delle "arti utili"—viene sistematicamente ignorato o dimenticato. Eppure, la Costituzione è chiarissima: "Il Congresso ha autorità . . . di promuovere il progresso delle scienze e delle arti utili, assicurando per un limitato periodo di tempo agli autori e inventori il diritto esclusivo sui loro scritti e le loro scoperte." (Art. 1, cl. 8).²⁵³ L'obiettivo primario del diritto d'autore—lo si legge direttamente nel testo della norma costituzionale—è quello di promuovere, attraverso l'incentivo materiale del monopolio temporaneo (e non assoluto), il "progresso della scienza e delle arti utili",²⁵⁴ non quello di

²⁵² Se l'autore avesse diritto di ricevere \$1, è giusto che tale somma gli venga pagata quando la sua opera è tratta direttamente da Internet, ma non dovrebbe essere necessario che si debba acquistare l'intero CD (da \$15 o \$20) contenente una dozzina di canzoni che non interessano. (Naturalmente, è ancora meno giustificato dover pagare \$20 per un CD che contiene anche opere non più protette, o autorizzate dagli autori per libera copia). (Comunque, le norme antitrust proibiscono negli Stati Uniti al titolare di un brevetto di imporre all'acquirente del prodotto brevettato di comprare insieme a questo anche oggetti liberi da brevetto).

²⁵³ *The Congress shall have power . . . To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.* In quale modo si promuove il progresso della scienza, si chiede James Boyle, dando protezione monopolistica a invenzioni che sono "blindingly obvious, not terribly novel and of dubious utility. . . . We only can under the Constitution hand over intellectual property rights to authors and inventors when it is necessary to encourage them to produce some new piece of innovative work." James Boyle. "Conservatives and Intellectual Property," discorso alla National Federalist Society Annual Meeting in Washington, DC, 1 Engage, aprile 2000, p. 83; <http://www.law.duke.edu/boylesite/Federalist.htm>. (Veramente, le "invenzioni" ovvie, non nuove, di dubbia utilità non dovrebbero essere protette in base alle leggi vigenti: e se lo fossero non sarebbero accettate dal mercato). Questo non stupisce chi conosce la natura umana; ma non si può non rilevare la contraddizione fra la sempre ripetuta affermazione da parte degli Stati Uniti dei principi di libertà, al loro interno e in tutto il mondo, e gli accomodamenti pragmatici cui quel grande Paese si acconcia quando l'essere conseguente lo trascinerrebbe in conflitti troppo costosi o di esito incerto, o quando sono in gioco grandi interessi economici. Per fare qualche esempio, è difficile conciliare la solenne e alta difesa della libertà di espressione nella sentenza.

²⁵⁴ "The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but to 'promote the Progress of Science and useful Arts.' To this end, copyright assures authors the right to their original expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work;" Harper & Row. Al tempo della discussione sulla Costituzione americana venne avanzata la proposta di concedere agli autori un

compensare il lavoro degli autori (questa è una conseguenza non necessaria dell'esclusiva).²⁵⁵ Per ottenere questo risultato, la legge sul copyright assicura agli autori il riconoscimento della paternità e l'esclusiva temporanea dello sfruttamento economico delle loro espressioni originali; ma permette nel contempo ad altri di costruire liberamente sulle idee e le informazioni contenute in un'opera protetta.²⁵⁶ Un copyright non dovrebbe essere concesso solo perché un autore o inventore ha investito significative risorse, o per migliorare i suoi redditi: il test dovrebbe essere quello di concedere la protezione quando è necessario incoraggiare gli autori e inventori a produrre innovazione.

Con la recente estensione della protezione da 50 a 70 anni dopo la morte dell'autore si è travisato lo scopo della norma costituzionale, cioè il procurare all'autore l'incentivo alla creazione di nuove opere. A cosa possa servire una protezione di approssimativamente 150 anni nel caso di programmi di software—che obsolescono dopo un paio d'anni—è un mistero.

In Gran Bretagna, Lord Ellenborough aveva enfatizzato, fin dagli inizi del 1800, la inerente tensione fra la necessità di proteggere materiale soggetto a copyright e simultaneamente permettere ad altri di elaborarvi sopra, dicendo: "mentre mi sento vincolato ad assicurare a ognuno il godimento del suo copyright, non bisogna mettere le manette alla scienza."²⁵⁷ Alcuni anni dopo, Thomas Jefferson scrisse: "Se la natura ha fatto una cosa meno suscettibile che altre di essere l'oggetto di proprietà esclusiva, questa è l'azione del potere del pensiero chiamato idea, che un individuo può possedere in esclusiva

monopolio sul copyright; la proposta venne però respinta [v. Jane C. Ginsburg, "A Tale of Two Copyrights." in Stallman. *Reevaluating Copyright. The Public Must Prevail*. L'assemblea costituente adottò un'idea diversa del copyright [art. I(8) cl.8]: il copyright, negli Stati Uniti, esiste per il vantaggio dei consumatori. V. Supreme Court, *Fox Film Corp. v. Doyalle*: "The sole interest of the United States and the primary objective in conferring the [copyright] monopoly lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors." 286 U.S. 123, 127 (1932).

²⁵⁵ V. Boyle. "Conservatives," cit. Diversa è l'impostazione italiana (ed europea: Direttiva 93/83/CEE): qui la protezione è eminentemente economica.

²⁵⁶ In base alla Costituzione americana, il diritto può essere concesso solo per un tempo limitato (la durata di 70 anni dopo la morte dell'autore non pare proprio compatibile con il dettato della legge fondamentale americana; quale innovazione può ancora portare un autore morto da così lungo tempo?); v. Boyle, "Conservatives," cit. L'autore conclude: "Any time an industry which has a price-to-earnings ratio greater than the legal drinking age comes before Congress and says we need you to expand our legal monopoly to protect us from the horrible threats we face, then I think there should be skepticism. When their price-to-earnings ratio is greater than the retirement age, I think they should simply be laughed out of town, and that is the situation now.

²⁵⁷ *Carey v. Kearsley*, 170 Eng. Rep. 679, 681 (K.B. 1803) ("While I shall think myself bound to secure every man in the enjoyment of his copy-right, one must not put manacles upon science"). (Uno dei punti positivi della protezione del diritto d'autore è appunto che incoraggia l'inventore a rendere al più presto pubblico, e non nascondere, la sua opera).

per tutto il tempo che la tiene per sè; ma nel momento in cui la divulga, essa si forza la via nel possesso di tutti, e chi la riceve non può spossessarsene.²⁵⁸

Si sta riproducendo, riguardo alla sfera di Internet, il dibattito che nell'800 e nella prima metà del secolo scorso vide fra di loro opposti i critici della protezione del diritto d'autore (che sottolineavano gli inconvenienti e i difetti inerenti al carattere monopolistico dei suoi istituti) e chi sosteneva che il sistema di protezione attraverso diritti esclusivi fosse, tutto considerato, il sistema più efficiente ed economico per la società di fornire incentivi alla creazione e applicazione delle opere dell'ingegno; incentivi che si basano bensì su un monopolio (di durata però limitata, e che impone al beneficiario la immediata rivelazione al pubblico dell'oggetto della protezione), che incoraggia tanto la creazione che la pronta applicazione dei suoi risultati, e rimette alla diligenza e alla sagacia del titolare e soprattutto alla risposta del mercato—e non, ad esempio, a un sistema di premi che sarebbe inesorabilmente male amministrato da burocrati)—l'ottenimento di una ricompensa economica.²⁵⁹

Negli ultimi decenni, la tesi secondo la quale il sistema dei diritti d'autore è il più ingegnoso ed efficace compromesso mai escogitato fra le varie esigenze ha prevalso fra gli studiosi e nell'opinione pubblica; e abbiamo assistito a un rifiorire pressochè incontrastato degli istituti in questione a livello legislativo e giurisprudenziale. Si può affermare che ciò ha senz'altro dato un sensibile contributo al grande progresso economico degli ultimi decenni (che non si tratti di un "post hoc ergo propter hoc" è dimostrato dalla enorme differenza fra le "performances" scientifiche, tecnologiche e industriali del gruppo dei Paesi guida dell'Occidente—in cui includo il Giappone—dove il sistema della tutela del diritto d'autore è radicato ed efficiente, e quella dei Paesi dove, come nell'ex-Unione Sovietica e in Cina, tale sistema è stato trascurato, e dove nessuno dei fondamentali progressi dell'ultimo cinquantennio—almeno sul piano scientifico-tecnico—è stato nello stesso periodo realizzato.

²⁵⁸ Thomas Jefferson, lettera a Isaac McPherson del 13 agosto 1813: "It has been pretended by some . . . that inventors have a natural and exclusive right to their inventions . . . while it is a moot question whether the origin of any kind of property is derived from nature at all, it would be singular to admit a natural and even an hereditary right to inventors. . . . It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it."

²⁵⁹ Anche se viene spesso ripetuto—anche dal S.D.N.Y. nella causa DeCSS—l'ottenimento della ricompensa economica non è lo scopo della Copyright Clause (il suo scopo è promuovere il progresso della scienza).

La ripresa (e i toni accesi) della controversia fra "liberisti" e "favorevoli alla protezione del diritto d'autore" al livello del "brave new world" di Internet è probabilmente fuori luogo. Internet è qualcosa di nuovo e ancor lontano dall'essere ben compreso in tutte le sue implicazioni e prospettive: ma non diverso, nella sua essenza, dal punto di vista economico-industriale, dal mondo "reale" che ci circonda. Non sembra ci siano ragioni "filosofiche" perché anche in Internet non si debbano applicare, con i suoi vantaggi e i suoi inconvenienti, ma in sostanza con la sua positività complessiva, il sistema della tutela del diritto d'autore. Si tratta comunque di un problema che esige ulteriore e approfondita riflessione: la specificità del grande "mercato" Internet richiede o no adattamenti, più o meno rivoluzionari, nell'applicazione del diritto d'autore? A me sembra, sul piano concettuale, di no: ma certo anche in questo campo occorre effettuare calcoli di costo/beneficio. E se fra i costi dell'estensione dogmatica e generale degli istituti del diritto d'autore e Internet vi fosse la necessità di una loro applicazione inflessibile e necessariamente quasi poliziesca, penso sarebbe il caso di pensare non una, ma molte volte: tenendo presente che esiste una differenza gerarchica fra gli interessi tutelati. La Costituzione americana impone infatti la difesa della libertà di parola come un precetto assoluto (è vietato al Congresso di fare leggi che limitino la libertà di parola), mentre l'incoraggiamento del progresso scientifico, letterario e artistico è una facoltà (il Congresso ha autorità di promuovere il progresso delle scienze e delle arti utili attraverso la concessione di una esclusiva temporanea--il solo mezzo permesso dalla legge) lasciata alla discrezionalità del Congresso nei limiti dello scopo e del mezzo previsti, e naturalmente subordinata al precetto della libertà di espressione.²⁶⁰

Le incrostazioni sono talmente forti che sarà arduo superarle. Forse sarà la natura stessa di Internet--questo caos incontrollabile, imprevedibile, imperscrutabile e non pianificabile--che neutralizzerà il monopolio.²⁶¹ L'industria è monopolistica non solo perché

²⁶⁰ Agli inizi di maggio 2001 si è tenuto a Stresa un convegno sul diritto del ciber spazio. V. la relazione di Guido Rossi, "I nuovi diritti del cyberspazio," in "Corriere della Sera" del 4 maggio 2001, p. 35. (Rossi esprime fra l'altro preoccupazione per la minaccia che Internet può costituire per la efficace tutela del diritto d'autore, considerata come strumento essenziale per favorire gli investimenti nella ricerca; e pone penetranti domande sull'applicabilità nel ciber spazio del principale temperamento ai diritti monopolistici prevista dagli istituti del diritto d'autore, che è costituito dalla legislazione antitrust).

²⁶¹ I difensori della "proprietà intellettuale" sostengono che questa non è un monopolio bensì un diritto reale (di proprietà). È una posizione ormai insostenibile (che è stata ampiamente discussa ma anche superata in Europa) data la irriducibilità dell'idea inventiva o letteraria/artistica all'oggetto ordinario del diritto di proprietà. Il titolare del brevetto o del diritto d'autore non è "proprietario" dell'idea inventiva o dell'opera da lui creata, la quale è disponibile a tutti, non appena essa è stata rivelata, ma è solo il titolare di un diritto temporaneo di escludere qualunque altro soggetto dalla possibilità di sfruttare economicamente ciò che gli è

ogni diritto esclusivo è, in sostanza, un monopolio, ma anche perché essa si avventura in pratiche chiaramente vietate dalle leggi antitrust, come per esempio quando applica ai suoi prodotti sistemi di crittazione che ne permettono la lettura solo su apparecchi di un determinato fornitore, avendo ottenuto leggi che vietano la decrittazione per rendere possibile di leggere i prodotti anche su apparecchi fabbricati da altri.²⁶²

La posta economica in gioco nel campo dei diritti d'autore è infinitamente maggiore di quella delle comunicazioni indecenti. E' quindi comprensibile che in una società capitalista come quella americana la norma che garantisce la libertà di espressione–il 1° Emendamento–venga interpretata con favore per la libertà quando costa poco o niente farlo, e contraria alla libertà quando gli interessi economici lo esigono. Non è quindi difficile prendere atto della inconciliabile differenza fra la solenne e alta difesa della libertà di espressione da parte della Corte Suprema in *Reno v. ACLU*, e la brutale negazione della stessa libertà nel DMCA.

Una impostazione di principio corretta era stata tracciata dalla Corte Suprema nel caso *Betamax*, ma questo insegnamento non è stato seguito nei casi successivi – essenzialmente *Napster* e *DeCSS* (ma anche “*Felten*” e “*Sklyarov*”) – causando incertezza di diritto, e soprattutto ingiustizia. Vediamo ora gli aspetti salienti di questi casi.

D. Napster

Che l'industria dell'informazione e dello spettacolo fosse determinata a proteggere i suoi profitti nelle aule del tribunale piuttosto che con l'innovazione e la creatività sul mercato aperto lo vedemmo dall'attacco che essa lanciò contro *Napster*. La guerra da parte delle case di produzione musicali a *Napster* ha avuto grande risonanza ed è stato percepito dalla maggioranza degli utilizzatori di Internet come un ingiustificato tentativo di imbrigliare la libertà di espressione nell'ambito di Internet. Per le case discografiche, invece, gli utilizzatori di *Napster* sono nient'altro che ladri. I tribunali hanno favorito l'industria discografica dando pieno riconoscimento al diritto d'autore attraverso una ampia, e sotto vari aspetti, dubbia interpretazione della “*Copyright Clause*” della Costituzione.

Il 5 marzo 2001 su richiesta della *Recording Industry Association of America* (“*RIAA*”)

ricosciuto dall'ordinamento statale come diritto di brevetto o d'autore. V. discussione in Boyle. “*Cruel, Mean, or Lavish?*” cit. p. 2017, e nota 20.

²⁶² I DVD, per esempio, di cui parlerò in seguito.

un giudice del distretto settentrionale della California ordinò a Napster di bloccare lo scambio libero di musica coperta da copyright.²⁶³ In un'udienza parlamentare che seguì poco dopo, i leggendari cantanti Don Henley e Alanis Morissette chiesero che si concedesse maggiore libertà in Internet per rafforzare i legami fra artisti e i loro ammiratori piuttosto che riempire le casse dei giganti produttori di dischi. Henley (uno degli "Eagles, negli anni '70) affermò che la RIAA non rappresentava gli interessi degli artisti in questa disputa con Napster, e aggiunse che "cause civili non dovrebbero essere impiegate per distruggere un sistema di distribuzione funzionale e indipendente. La soluzione è nel mercato, non nelle aule dei tribunali". Anche la Morissette attaccò la RIAA sollevando il problema della progressiva divisione fra artisti e RIAA, specialmente nell'era digitale. Infatti, disse la cantante, per la maggior parte degli artisti questa cosiddetta pirateria si risolve a loro favore perché fa aumentare enormemente l'interesse all'acquisto di biglietti per assistere agli spettacoli e la vendita di articoli relativi alla musica oggetto dello scambio. I tribunali non hanno compreso (o voluto comprendere) che Internet sta riportando la bilancia dell'interesse, anche economico, verso gli artisti stessi, limitando o eliminando il potere monopolistico dei produttori/distributori.²⁶⁴

Nel 1987 era stato ideato un metodo per archiviare registrazioni audio in formato digitale (MPEG-3, poi abbreviato in "MP3"). I *file* MP3 sono creati da un software ("ripping") che permette di copiare un CD audio direttamente sul disco fisso di un computer comprimendo l'informazione audio del CD nel formato MP3 (il quale permette la rapida trasmissione dei *file* per via elettronica). Shawn Fanning ideò, e Napster introdusse, il *peer-to-peer file sharing* in base al quale i *file* MP3 archiviati su computer individuali possono essere (i) cercati, (ii) resi disponibili, e (iii) trasferiti in copie perfette ad altri utilizzatori di Napster, via Internet. Per fare ciò, serve il software Napster MusicShare e la rete (e relativo software) dei server Napster, messi a disposizione gratuitamente sul sito Internet di Napster, la quale fornisce anche il supporto tecnico per allestire l'indice e per la ricerca dei *file* MP3, nonché un elenco che permette agli artisti che partecipano al MusicShare di fornire informazioni sulla loro musica.²⁶⁵

²⁶³ V. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000); February 12, 2001 (9th Cir. 2001). La sentenza è stata tradotta e pubblicata a cura di Paolo Cerina e Francesco Todaro. "Il caso Napster e la musica *on-line*: cronaca della condanna annunciata di una rivoluzione tecnologica," 9 *Il Diritto industriale* 26-48 (2001) (v. commento di Paolo Cerina, id. pp. 48-59).

²⁶⁴ Internet ha la capacità di condurre a una pervasiva "disintermediazione".

²⁶⁵ Il tribunale ritenne che l'87% dei *file* disponibili su Napster fossero soggetti a copyright e che oltre il 70% potrebbero essere di proprietà o amministrati dalla RIAA.

Il tribunale concluse che la maggior parte degli utilizzatori di Napster copiavano (“in su e in giù”) musica soggetta a copyright e quindi violavano i diritti esclusivi degli attori in base alla legge 17 U.S.C. § 106. Napster si difese invocando la teoria del “*fair use*”,²⁶⁶ nel caso specifico “*sampling*” (copie temporanee prima dell’acquisto), “*space shifting*” (copia di registrazioni già possedute in versione audio) e “*permissive distribution*” (copia con il permesso dell’autore). Sia il tribunale distrettuale che la corte d’appello federale di San Francisco (qui di seguito “i tribunali”) ritennero che la teoria del “*fair use*” non fosse applicabile al caso; e stabilirono che Napster fosse responsabile di “*contributory copyright infringement*” perché sapeva o aveva ragione di sapere della violazione diretta da parte dei suoi utilizzatori, e perché aveva sostanzialmente contribuito all’attività violativa. I tribunali analizzarono anche la responsabilità “vicaria” di Napster per violazione di copyright (una forma di “*respondeat superior*”) e conclusero che Napster traeva beneficio finanziario, e che, pur avendo essa il diritto e la capacità di esercitare la supervisione sui suoi utenti, non lo aveva fatto.²⁶⁷ Napster sostenne inoltre di non essere responsabile anche per effetto di due leggi speciali, l’*Audio Home Recording Act* del 1992²⁶⁸ che specificamente permette di fare copie non commerciali, e il DMCA²⁶⁹ che contiene una norma che esclude la responsabilità degli operatori Internet (ISP). I tribunali ritennero che l’uso da parte degli utilizzatori Napster non era “noncommerciale” e, sulla eccezione relativa al DMCA, il tribunale la esclude mentre la corte d’appello riservò questo punto al giudice di rinvio. Napster avanzò anche le difese relative all’abbandono del diritto (“*waiver*”), licenza implicita e abuso di copyright. Sul primo punto, Napster sostenne che le case discografiche avevano esse stesse fornito ai loro clienti la tecnologia per copiare e distribuire i *file* MP3 su Internet e avevano quindi rinunciato al diritto esclusivo alla creazione e distribuzione di tali *file*. Questa asserzione irritò a tal punto il tribunale che esso rispose, stizzito: “Non siamo convinti che le case discografiche abbiano creato il mostro che ora sta divorando i loro diritti di proprietà intellettuale”; secondo il tribunale, il fatto che gli attori avessero messo i loro clienti in grado di scaricare musica tramite Internet era nel loro pieno diritto. I tribunali tagliarono corto con la “licenza implicita”. Quanto all’abuso del copyright, la teoria legale sottostante è che la

²⁶⁶ §107: “*The fair use of a copyrighted work . . . is not an infringement of copyright.*”

²⁶⁷ Per evitare questa responsabilità occorre esercitare al massimo i diritti riservati di controllo, dissero i tribunali.

²⁶⁸ 17 U.S.C. § 108: *No action may be brought . . . alleging infringement of copyright . . . based on the noncommercial use by a consumer of such a device or medium for making digital musical recordings or analog musical recordings.*”

²⁶⁹ 17 U.S.C. § 512.

legge vieta di trarre vantaggio da diritti esclusivi o monopoli limitati che non siano stati concessi dall'autorità competente. Napster sostenne che la distribuzione *online* non rientra nel monopolio del copyright, e che vi sarebbe stata collusione fra gli attori per usare i loro copyright al fine di estendere il controllo alla distribuzione *online*. I tribunali ritennero questa difesa infondata.

Per evitare che Napster potesse risollevarsi in sede di rinvio l'eccezione di violazione del 1° Emendamento, la corte d'appello sentenziò che la violazione della libertà di parola sancita dalla Costituzione spettava solo a chi era privato del "fair use" ma non a Napster e ai suoi utenti che non erano "fair users".²⁷⁰

Infine, Napster asserì che il tribunale avrebbe dovuto imporre una struttura di pagamenti obbligatori di royalties invece di concedere l'ingiunzione in quanto quest'ultima avrebbe causato grave danno pubblico. La corte d'appello enfaticamente concluse su questo punto: "Imporre una struttura di pagamento di royalties obbligatorie avrebbe dato a Napster una facile via di uscita. Imponendo simili royalties, Napster eviterebbe qualsiasi penale per ogni futura violazione di un'ingiunzione, i danni per violazione di copyright e le potenziali sanzioni penali per violazione continuata. La struttura di pagamento di royalties concederebbe a Napster il lusso di o scegliere se continuare e pagare le royalties o chiudere. Dall'altro lato invece, le parti cui è stato inferto il danno sarebbero costrette a intrattenere relazioni commerciali con una società che trae profitti dall'uso scorretto del diritto d'autore altrui. Gli attori perderebbero il potere di controllare i loro diritti d'autore: non potrebbero prendere la decisione industriale di non concedere licenza a Napster, e in caso decidessero di intrattenere relazioni d'affari con Napster, il sistema di royalties obbligatorie sottrarrebbe ai titolari dei diritti d'autore la facoltà di negoziare i termini di un qualsiasi accordo futuro."²⁷¹ Il provvedimento ingiuntivo emesso dal tribunale distrettuale, che vietava alla Napster di favorire o attivarsi per rendere possibile ad altri di copiare, scaricare, trasmettere o distribuire, senza espressa autorizzazione dei titolari del copyright, composizioni musicali e incisioni di suoni coperte dal diritto di autore, venne confermato dalla corte d'appello.

Qual'è la vera storia di Napster? In linea di massima, si tratta di un gioco per i

²⁷⁰ Il tribunale non affrontò la questione costituzionale di come la preoccupazione (esclusiva) delle case discografiche di vendere più CD si giustificava alla luce della condizione prima del diritto d'autore, che è la "promozione del progresso scientifico".

²⁷¹ V. la sentenza della corte federale d'appello (nono circuito), *A&M Records, Inc, et al. v. Napster, Inc.*, No. 00-16401, depositata il 12 febbraio 2001.

giovani, in gran parte quelli che non sono comunque "contemplati"²⁷² fra i potenziali acquirenti di CD confezionati. Le copie che essi fanno, da sempre, con tutti i mezzi possibili (dagli originali o da altre copie) sono infinite, con o senza Napster. L'unica novità di Napster è quella di passare dalla copia tradizionale a quella via Internet (di qualità indubbiamente superiore). Farlo richiede ingegno, pazienza, tempo, resistenza alle frustrazioni: è difficile individuare nell'archivio il pezzo che si desidera, talvolta il nome non è quello corretto, altre volte in quello che si crede sia il pezzo cercato si annida un messaggio minatorio delle case discografiche (per non parlare dei virus che possono distruggere la memoria centrale del computer ricevente);²⁷³ talvolta—come capita anche in altre applicazioni—il server si incanta prima che la registrazione sia completa, e occorre ricominciare di nuovo, e il prodotto finale non è certo paragonabile a quello che si riceve comprando la confezione in negozio.

La sentenza della corte d'appello ha praticamente condannato a morte Napster. Tutta la gioventù è delusa, non ne vede la ragione.²⁷⁴ Visto l'esiguo danno effettivo che alla fine dei conti ne derivava ai produttori/distributori, lo scambio di musica su Napster, lungi dall'essere un "furto", si risolveva veramente in poco più che un gioco.²⁷⁵ Le stesse case

²⁷² È lo stesso ragionamento basato su interessi sostanzialmente economici di privati cittadini, sempre nel campo del diritto d'autore, nel caso certo opinabile, ma significativo della progressiva eliminazione, su impulso americano, delle "licenze obbligatorie" una volta applicabili dai singoli Stati, e da ultimo proposte in Sudafrica da Nelson Mandela, per poter fabbricare localmente e vendere a prezzi abbordabili medicinali contro l'AIDS. I più poveri dell'Africa, malati di AIDS, non sono in grado di pagare centinaia di dollari per una confezione di farmaco. Essi non sono mai stati parte delle "previsioni di utili" perché non erano contemplati fra i possibili acquirenti. Quindi, perché non riservare loro una parte della produzione, a "prezzo di costo"? V. "Corriere della Sera" del 19 aprile 2001; v. anche Palmieri. *Le crisi. Natura e gestione*, cit. Cap. VII. M, nota 787; v. anche Boyle. "Cruel, Mean, or Lavish?" cit. p. 2039, nota 51.

²⁷³ Scrivono Mike Eskenazi & David E. Thigpen. "Napster the Revolution," <http://www.cnn.com/ALLPOLITICS/time/2000/10/02/revolution.html>: "For one thing, it's a lot easier and more convenient to walk into a music store and buy a CD than it is to go on the Internet and master the technology of MP3 file exchange. Napster may be relatively easy to use, but the process of finding music on another person's computer, figuring out what it is, downloading the compressed file and turning it into playable music takes more patience than many think it's worth. Even when you think you've mastered the tricks of trading peer to peer, there are all sorts of hidden pitfalls. Files can take forever to download. Servers can crash or go offline before you finish. Files advertised as containing one song may hold another. Or they may contain a so-called cuckoo-egg—a gotcha message posted by anti-Napster activists. . . . [You may get] a version implanted with a 'Trojan horse': a spoken message from the band telling fans to buy the song instead. Worse still, P2P files may harbor a file-eating computer virus."

²⁷⁴ V. fra i numerosi resoconti, <http://www.cnn.com/LAW/trials.and.cases/>; <http://www.cnn.com/2000/SHOWBIZ/Music/10/02/napster/index.html>; http://www.eff.org/Intellectual_property/P2P/Napster; "Time Magazine" del 2 ottobre 2000.

²⁷⁵ Il gioco e il divertimento, dopo tutto, fanno parte essenziale, nonché utile e spesso educativa, della vita dell'uomo. Non era necessario trasformare la vicenda Napster in una "guerra di religione", tanto più che finirà con i produttori/distributori che si approprieranno la bella idea di Shawn Fanning—senza pagargli i diritti d'autore, immagino.

discografiche hanno descritto il danno subito (e il tribunale lo ha confermato) come costituito essenzialmente dalla "riduzione delle vendite di CD audio fra gli studenti di college" (oltre alla erezione di barriere all'entrata nel mercato da parte delle società discografiche nel campo della copiatura digitale di musica). Il danno per le case discografiche era minimo: esse hanno "perso" clienti che comunque non avrebbero avuto. Il danno agli utilizzatori è molto grande: si è tolto ai giovani--come di consueto molto di più ai meno abbienti (quelli che non hanno i mezzi per pagare \$20 per CD)--il piacere (relativamente innocuo e insperatamente acquisito con "Napster") di avere accesso libero (anche se attraverso un procedimento faticoso) alla musica, di buona qualità, che desiderano sentire. Essi ritorneranno comunque a copiarla, come hanno sempre fatto, dalla radio, la TV, dalle cassette audio, dai film; da copie, di copie di copie. Nessuno li fermerà. E non acquisteranno i CD.²⁷⁶

Le cause Napster sono state dispendiose. La sola fase di appello ha visto impegnati una trentina di avvocati degli studi più prestigiosi (e costosi) e una ventina di professori, e sono state depositate 18 comparse "*amicus curiae*". Il risultato? In un modo o nell'altro, lo scambio di archivi musicali "*peer-to-peer*" continua; è inarrestabile; dilagherà; si espanderà dalla musica a qualsiasi altro campo del diritto d'autore. Anche se oggi è poco pratico scambiare certi *file*--quelli audio e video, per esempio, perché sono voluminosi e ricchi di dati--basta che aumenti significativamente la larghezza di banda (ciò che sta già avvenendo) e il problema sarà risolto. La "napsterizzazione" diventerà un metodo usuale per lo scambio di *file*, lo useranno sia i "pirati" sia le grandi case cinematografiche, discografiche, e gli editori di libri, probabilmente contro un modico abbonamento mensile, fisso e indipendente dalla quantità dell'uso. I giovani continueranno a esercitare il loro ingegno, che permette loro di superare ogni codice o barriera. Il mercato dei CD-burner fiorisce. Le imprese dell'intrattenimento continueranno a sostenere che "coloro che creano arte devono essere pagati"²⁷⁷ altrimenti non ci sarà più arte da godere". L'industria che oggi

²⁷⁶ Un giovane imprenditore canadese, Matt Goyer, ha annunciato nel 2001) che intendeva organizzare un sito "offshore" (sulla Sealand, una base militare abbandonata nel Mare del nord) che avrebbe permesso agli utenti di Napster di continuare lo scambio libero di musica, senza restrizioni. Questo sito non potrebbe essere toccato dal governo e dai tribunali degli Stati Uniti d'America.

²⁷⁷ Nessuno dovrebbe negarlo; ma non è questa la loro preoccupazione. V., fra gli innumeri esempi, l'ultimo, riportato dall'"Economist" del 12 maggio 2001. a pp. 70-71 sotto il titolo "Journal Wars". Gli scienziati contribuiscono gratuitamente i loro articoli alle riviste scientifiche per acquistare notorietà e avere il "peer review". Le riviste vendono gli abbonamenti a prezzi altissimi--anche \$17.500 all'anno. Gli autori chiedono che i loro articoli siano diffusi anche attraverso Internet, ma le riviste si guardano bene dal farlo in quanto ciò ridurrebbe fortemente i loro profitti.

combatte la napsterizzazione sarà la stessa che ne trarrà, in futuro, i maggiori profitti (come fu il caso con "Betamax"). Le case cinematografiche e discografiche sicuramente sanno che non esiste "protezione" assoluta: se un disco è crittato, prima o poi lo si deve decrittare per eseguirlo, e in quel momento può essere copiato. Anche se la musica digitale potesse essere resa sicura al 100%, appena essa viene distribuita su CD può essere copiata ("ripped") su un computer. Alla fine, anche l'industria del diritto d'autore si dovrà rendere conto che non riuscirà a esercitare il controllo su Internet.

E' stata una feroce battaglia legale. Napster era il "verbo" per sessanta milioni di utilizzatori Internet in tutto il mondo i quali potevano scaricare gratuitamente il software "MusicShare" e usarlo per scambiarsi le loro collezioni MP3. L'industria discografica attaccò Napster con tutti i mezzi legali disponibili; fu facile per i tribunali della California (di massima, favorevoli all'industria) ordinare la distruzione di Napster perché tutti gli utenti Napster dovevano passare per i server centrali di Napster. Questa è fallita (2002); e sessanta milioni di "ladri e pirati" vennero cacciati dal paradiso della musica libera. Come era facile immaginare, fu una vittoria di Pirro. A Napster seguirono altri "file-sharing" software (176, a tutto settembre 2001, secondo il TIME Magazine).²⁷⁸

La musica libera online ritornò nella Rete con Morpheus. Questo software divenne disponibile in aprile del 2001, e contava già, in agosto, dieci milioni di seguaci, aumentando in ragione di un milione a settimana. Esso divenne subito il più ambito software che si possa scaricare liberamente in Internet. Morpheus è indistruttibile, come la stessa Internet perché, per impedirlo, sarebbe inutile bloccare un server; occorrerebbe citare in giudizio ogni singolo partecipante allo scambio di file coperti da diritto d'autore; e per individuare i violatori, si dovrebbe prima entrare con loro in una trattativa per lo scambio. Vedrà la grande industria la luce, sarà essa finalmente attenta a ciò che il pubblico vuole—il libero e facile scambio di file musicali? "Amen", recitano sessanta milioni di peccatori. O riuscirà l'industria a manipolare il Congresso fino a ottenere carta bianca per mandare in prigione sessanta milioni di peccatori? Questa alternativa è retorica, ma sarebbe comunque sconvolgente se il Congresso americano continuasse a lasciarsi convincere ad abusi sempre più palesi, come quello del DMCA, e che, in una società come quella americana, in cui dilagano i delitti di sangue, la priorità della repressione penale venisse concentrata sulla difesa dagli studenti di college e dai ragazzi dei bassifondi delle metropoli, i quali, come

²⁷⁸ V. Fred von Lohmann. "IAAL: Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Law after Napster", in <http://www.eff.org/IP/P2P/Napster/20010227>.

hanno sempre fatto, si scambiano, e si scambieranno, "illegalmente" la loro musica.²⁷⁹

E. DMCA

"The rich will get richer and the poor will get prison." Questa frase, citata da James Boyle,²⁸⁰ raccoglie l'essenza del Digital Millennium Copyright Act of 1998 (e della Direttiva europea 2001/29 che ne segue la falsariga).²⁸¹

L'industria del copyright è in panico: qualunque dispositivo di protezione essa escogiti, c'è subito chi lo neutralizza. Ed ecco la sua spettacolare controffensiva, la *geheime Waffe* (come si ostinavano a dire i tedeschi verso la fine della seconda guerra mondiale) che avrebbe fatta vincere questa guerra. A corto di ingegno tecnico, l'industria predispose un progetto di legge, concordato fra i partecipanti dell'*entourage*, che vieta – comminando severe pene detentive – ogni accorgimento che possa neutralizzare i dispositivi di protezione e di blocco (inclusi naturalmente i contro-dispositivi che permettono la visione e audizione con macchine multi-sistema) messi in atto dall'industria stessa. Tale legge, come dice suggestivamente il Boyle, permette ai proprietari di terreni – l'industria "del contenuto" (protetto dal diritto d'autore) – di tendere un filo spinato intorno a ogni campicello, rende illegale tagliare il filo spinato da essa teso, e vieta a tutti l'ideazione, la produzione, la vendita e l'uso di tenaglie che possano tagliare quel filo spinato, quale che sia lo scopo e la giustificazione del taglio stesso.²⁸²

Le misure tecniche per prevenire la riproduzione sono, in essenza, la crittazione (per riprodurre serve la chiave di decrittazione) e la filigrana di identificazione (watermarking) consistente nella iscrizione indelebile dei riferimenti personali dell'acquirente o licenziatario

²⁷⁹ Sul diritto penale nel ciber spazio, v. "Convention on Cybercrime", Budapest, 23.11.2001, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>; i riferimenti in "Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS)", <http://www.cybercrime.gov/searching.html>, "Operation Buccaneer" in <http://www.cybercrime.gov/ob/OB;ain.htm> (esagerazioni sotto il manto della lotta al terrorismo: come ho già notato, la effettiva prevenzione e preparazione non era il lato forte di Washington al tempo dell'attacco alle due torri, e non lo è oggi). V. anche, The President's Critical Infrastructure Protection Board. "The National Strategy to Secure Cyberspace, September 2002 (Draft), <http://www.whitehouse.gov/pcipb/>; Robert Lemos and Declan McCullagh. "Cybersecurity plan lacks muscle" in <http://news.com.com/2102-1023-958545.html>.

²⁸⁰ V. Boyle, "Cruel, Mean, or Lavish?" cit. nota 3.

²⁸¹ V. Anche il WCT e il WPPT, *infra*, Cap. IV.I. (L'ambasciatore Zoellick si è così espresso al riguardo della globalizzazione del DMCA nel 2002 Special 301 Report: "We urge other governments to ratify and implement the two WIPO Internet Treaties, which clarify exclusive rights in the on-line environment and specifically prohibit the devices and services intended to circumvent technological protection measures for copyrighted works.")

²⁸² Boyle. "Cruel, Mean, or Lavish?" cit. p. 2021.

nella copia del software protetto. Queste misure causeranno numerosi gravi problemi fra cui quello della inefficacia tecnica (tutti gli ostacoli si possono superare con l'emulazione del software – ragione per la quale l'industria combatte per rendere illegale l'emulazione che però è necessaria, o almeno assai utile, per l'interoperabilità), e la violazione delle norme antitrust. Il DMCA/Direttiva 2001/29 è sicuramente illegale laddove ha per effetto di far sì che opere in dominio pubblico, copie personali e usi legittimi vengono resi impossibili.²⁸³

Il Congresso accolse prontamente il progetto di legge dell'industria del copyright e, seguita la consueta prassi, lo approvò senza obiezioni (le poche voci contrarie non ebbero alcun effetto) che vieta appunto la produzione, la distribuzione e l'uso di tecnologie, prodotti e servizi idonei a eludere le misure o i dispositivi tecnologici che controllano l'accesso e la riproduzione di opere protette dal diritto d'autore, e l'integrità dei relativi sistemi di gestione. Nacque così il DMCA, entrato in vigore nel 2000,²⁸⁴ (che non è in realtà una legge di copyright perché essa introduce barriere digitali che non sono limitate nel tempo). Questa nuova legge dispone, nelle sue parti essenziali:

Nessuno dovrà aggirare un dispositivo tecnologico che effettivamente controlla l'accesso a un'opera protetta da questa legge. . . . Chi viola intenzionalmente questa legge per scopo di vantaggio commerciale o per tornaconto finanziario privato è punito con una multa fino a \$500.000 e/o la reclusione fino a cinque anni (pene raddoppiate in caso di recidiva) (art. 1201, 1204).²⁸⁵

²⁸³ Smets-Solanes, cit. p.28.

²⁸⁴ Il titolo I della legge spiega che il DMCA modifica il diritto americano del copyright per adeguarla al World Intellectual Property Organization Copyright Treaty. In realtà, il DMCA aggiunge nuove protezioni che, secondo una giurisprudenza sviluppata dal 2° Circuito, sono al di fuori della legge del copyright, non sono quindi soggette al "fair use" ed esulano dal controllo del 1° Emendamento. V. breve discussione in NICOLA WALTER. "Internet e la libertà di espressione." Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, Dipartimento di Economia Politica. Materiali di discussione, quaderno No. 363, 2001, p. 39, nota 118. V. altre leggi e progetti citati da Boyle, id. a p. 2019, nota 21. Il Ministero della Giustizia si è mosso controcorrente nel recente caso contro la Microsoft e sembra essersi concentrato sui pericoli delle concentrazioni di mercato piuttosto di accettare supinamente le spiegazioni della Microsoft (la quale asseriva di fare solo ciò che il diritto d'autore le permetteva di fare). V. Boyle, id. p. 2013-14. ("[I]nnovation is more likely to suffer when the inputs for innovation are over-priced or monopolistically controlled, than when the outputs of innovation fail to receive legal protection.").

²⁸⁵ 17 U.S.C. §§ 1201-4; 512. § 1201(a). "No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title." Eccezioni: (f) Reverse engineering.- (1) . . . [A] person who has lawfully obtained the right to use a copy of a computer program may circumvent a technological measure that effectively controls access to a particular portion of that program for the sole purpose of identifying and analyzing those elements of the program that are necessary to achieve interoperability of an independently created computer program with other programs, and that have not previously been readily available to the person engaged in the circumvention, to the extent that such acts of identification and analysis do not constitute infringement under this title." (g) Encryption Research. . . . [I]t is not a violation of that subsection [(a)(1)(A)] 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." § 1202.

Nessuno dovrà intenzionalmente . . . (1) fornire informazioni false sul copyright, o (2) mettere in circolazione, o importare per disseminarle, informazioni false di gestione del management. [E] nessuno dovrà, senza l'autorizzazione del titolare di copyright o della legge, (1) rimuovere intenzionalmente o alterare informazione relativa alla gestione del copyright. . .”(art. 1202).²⁸⁶

I paletti costituzionali (“protezione per un limitato periodo di tempo”) erano già stati spostati quando negli anni novanta la protezione del copyright fu prolungata di 20 anni portandola “alla vita dell'autore più 70 anni”, cioè in media 140/150 anni, che non sono certo un “limitato periodo” (95 anni per le società in caso di opera proveniente da lavoro subordinato). Il DMCA elimina la tradizione di due secoli di diritto d'autore: esso vieta l'accesso (la violazione dei “cancelli elettronici”) anche a quelle parti delle opere protette che sono in dominio pubblico, o sono soggette al “fair use” (perché rende impossibile “qualsiasi” copia). Questa “protezione” è inoltre di durata illimitata, perché i cancelli

“No person shall knowingly and with the intent to induce, enable, facilitate, or conceal infringement- (1) provide copyright information that is false, or (2) distribute or import for distribution copyright management information that is false. [And n]o person shall, without the authority of the copyright owner or the law, (1) intentionally remove or alter any copyright management information . . .” ecc. La sanzione penale (fino a cinque anni di reclusione) si applica naturalmente per ogni violazione, sicché è facilmte possibile che per 10 violazioni la massima pena della prigione sia di 50 anni. (Non è da escludere del tutto che in casi di multipla violazione – diciamo oltre 10 – la legge non venga modificata con la sanzione della pena di morte). Le sanzioni di tipo civile sono i danni attualmente sofferti o quelli di legge rispettivamente, per violazioni dei §§ 1201 e 1202, fino a \$2.500 e \$25.000 per ogni infrazione, e le sanzioni penali sono rispettivamente fino a \$500.000 e \$1.000.000 o fino a 5 e 10 anni di reclusione (o entrambe): §§1203, 1204. Il titolo I della legge spiega che il DMCA modifica la legge americana del copyright per adeguarla al World Intellectual Property Organization (“WIPO”) Copyright Treaty e il WIPO Performances and Phonograms Treaty, adottati nel 1996. Due delle più importanti disposizioni dei trattati WIPO richiedevano originariamente che le parti introducessero rimedi legali contro l'elusione dei dispositivi tecnologici di protezione, ma sia il Rapporto del Senato che le testimonianze in aula confermano che il divieto di dispositivi elusivi non era richiesto dal trattato WIPO; anzi, i compilatori del trattato ripudiarono tale condizione. *“The treaty also originally contained language that banned circumvention devices. Again, controversy resulted in a milder declaration that member countries ‘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.’ The end result is that the treaty shifted the debate over technological circumvention measures . . . back to the national level, where each nation will determine how to best conform with the treaty.”* Hearing on H.R. 2281 and H.R. 2280 Before the House Subcommittee on Courts and Intellectual Property, 105th Congress 62 (1997) (congressional testimony of Ass't Sec. of Commerce and Commissioner of Patents and Trademarks Bruce A. Lehman). V. Pamela Samuelson. “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised.” <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson>; v. anche http://www.eff.org/IP/Video/MPAA_DVD_Cases. V. il Communications Assistance to Law Enforcement Act (CALEA) relativo alla sorveglianza telefonica, in <http://www.eff.org/Privacy/Surveillance/CALEA/2000/>.

²⁸⁶ V. nota precedente. Tutti possiamo togliere lo stemma della Ferrari dalla nostra macchina: la pena è che ci prenderanno per matti. Se invece togliamo “Intel Inside, m, pentium 4” o “Microsoft®XP” dal nostro PC (perché ci dà fastidio vedere queste etichette) la pena è la prigione. (Sbaglia chi pensa che con la proprietà–il PC–si può fare quello che si vuole).

elettronici non scadono. Scandalosamente, una delle più rispettate corti d'appello federali (quella del 2° Circuito) si è schierata dalla parte di Hollywood statuendo che il legislatore poteva impunemente aggirare con legge ordinaria l'impedimento costituzionale della libertà di espressione con il trucco della "norma che regola il 'codice'" dell'opera protetta, piuttosto che il diritto di copyright in se stesso. Lo scopo principale del DMCA non è infatti (come potrebbe apparire dal titolo) la protezione dei diritti d'autore nell'era digitale; esso è in realtà l'accrescimento e il rafforzamento della protezione monopolistica²⁸⁷ degli interessi delle case discografiche e di quelle cinematografiche, e costituisce una base legislativa per "legittimare" i suoi sforzi di mantenere in piedi un cartello, concordare i prezzi, e conservare lo status quo di arbitre di come i consumatori devono comportarsi quando ascoltano musica o guardano film, in televisione, e specialmente in Internet.²⁸⁸ Il DMCA stravolge la tradizionale configurazione dei diritti rispettivi del titolare del copyright e del pubblico e, contrariamente a quanto ha sostenuto la corte d'appello del 2° Circuito, pone insormontabili problemi di costituzionalità per il conflitto in cui esso si trova con il 1° Emendamento che tutela in via prioritaria e assoluta la libertà di espressione.²⁸⁹

E' sconcertante che un Paese il quale si proclama liberale abbia con un colpo di spugna cancellato la sua tradizione di rispetto delle libertà costituzionali dei cittadini, e abbia reso reato punibile con cinque anni di prigione (suscettibili di essere moltiplicati in caso di cumulo di violazioni) qualunque accorgimento idoneo a superare misure tecnologiche che impediscono la legittima visione, o l'ascolto, di opere coperte dal diritto d'autore o non (penso, ad esempio, alla situazione Linux-DeCSS di cui parlerò fra poco), e senza richiedere per il concretamento della fattispecie che l'impiego di tale accorgimento sia fatto allo scopo di violare un legittimo diritto di copyright. Si espone alla pena anche chi si limiti a bypassare

²⁸⁷ I monopoli sono sempre (tanto se acquisiti con il merito—se cioè si è molto più bravi degli altri—o con l'accordo fra concorrenti, o con la prepotenza e la prevaricazione, o infine per decreto dell'autorità) situazioni di privilegio e fonti di inefficienza e di aggravio, a favore di pochi e a scapito della collettività. Sono stati quindi, fin da quando si è cominciato a riflettere sugli aspetti economici della vita sociale, considerati come un fenomeno deprecabile, da combattere, limitare e possibilmente sopprimere. Le sole eccezioni ammesse—ma su questo punto si è sempre dibattuto—sono quelle in cui una limitata esclusiva può essere considerata come un incentivo per incoraggiare il progresso della tecnica e delle arti (cioè la protezione della proprietà intellettuale).

²⁸⁸ V. Forno, *op. et loc. cit.* ("The DMCA is a piece of legislation rushed through Congress by the entertainment industry lobbyists to protect its monopoly on commercially-developed digital content, cartels, price-fixing, and maintaining its status quo as the single entity that can direct what should be 'popular' or 'used' by the consumer masses."). Forno precisa che quando parla di "cartelli" lo fa nel significato tecnico giuridico. ("In legal terms, cartels are illegal entities or organizations that routinely engage in price-fixing, market division, and other monopolistic actions to extort profit from trapped consumers").

²⁸⁹ V. Lawrence Lessig. *The Future of Ideas*, cit. p. 187 seq.

la difesa tecnica esclusivamente allo scopo di esercitare un suo diritto (quello di scegliersi il software operativo—legittimo—che più gli aggrada), e naturalmente i tradizionali diritti di “fair use”.

Il DMCA prelude, nelle intenzioni del legislatore ma ancor più di chi ne ha promosso l’emanazione, la chiusura alla libera consultazione di tutti i documenti su base elettronica²⁹⁰ facendo in modo che essi divengano consultabili solo mediante un sistema “pay-per-view”.²⁹¹

Il DMCA è fondamentalmente diverso dalle leggi sul copyright precedentemente emanate perché finora il copyright ha regolamentato la moltiplicazione e la distribuzione delle opere dell’ingegno (chi comprava un libro poteva leggerlo quante volte voleva, prestarlo, venderlo e persino darlo a noleggio: non poteva copiarlo, ma poteva usarlo come e quante volte voleva); mentre con la teoria (logicamente persuasiva) della “copia” nella RAM, i titolari del copyright, per la prima volta nella storia, possono esercitare un pervasivo controllo sulla “consumazione” delle opere protette.²⁹² Non era questo il “patto” a suo tempo concordato dagli autori della Costituzione.

Come preconizzato dall’industria, il DMCA rende finalmente illegale lo stesso strumento, non solo l’azione di chi ne fa uso.²⁹³

E’ stato osservato che il DMCA traduce nella realtà l’atmosfera di “Hackers”²⁹⁴ e di “Fahrenheit 451”.²⁹⁵ Il Forno cita Jay Dyson: “Con il DMCA siamo ora nella situazione in

²⁹⁰ Scrive Forno, cit. p. 5 (forse con un po’ di esagerazione, ma non troppa): “Many consumers do not know that DMCA enables a company to shut down any website in the world simply by invoking the DMCA.”

²⁹¹ Si sta realizzando lo scenario descritto dal Boyle (e preso per fantascienza da tanti) nel suo scritto James Boyle. “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, 53 Vand. L. Rev. 2007 (2000).

²⁹² Litman, cit. p. 6. La Litman parla, a questo proposito, di una “copyright view of the universe.”

²⁹³ Certo, si può dibattere, e si dibatte, se produrre certi strumenti debba essere di per sè illecito. Basti pensare alle armi, alle pipe per fumare la marijuana, agli attrezzi per scassinare le serrature. Sono però proprio gli Stati Uniti, così solleciti nel dichiarare fuori legge gli accorgimenti anti-software, il Paese che lascia che si producano e vendano (lo esige il 2° Emendamento) liberamente le armi, il cui unico scopo è quello di uccidere. V. Brad Templeton. “An eBook Publisher on why the U.S. Attorney Should Free Dmitry Sklyarov.” <http://www.templetons.com/brad/free.html>, p. 3, 4. V. anche James Boyle. “Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property”, 53 Vand. L. Rev. 2007 (2000), a p. 2021; Palmieri, “Internet e la libertà di espressione”, cit. a p. 21.

²⁹⁴ Un film “cult” degli anni ‘90 in cui Plague, l’incaricato interno della sicurezza di una società, riesce ad abbindolare un ignaro agente dei Servizi Segreti il quale fa tutto quello che Plague chiede, non per il bene della collettività, ma unicamente per il tornaconto personale di Plague e della società per la quale questi lavora. V. Forno, cit. p. 2.

²⁹⁵ In questo classico di fantascienza scritto da Ray Bradbury si bruciano i libri per evitare che le masse si educino al libero pensiero, si predica di non pensare perché queste “lo facciamo noi per voi”, e le idee e la libertà di espressione sono condannate come “merce di contrabbando”. (Fantascienza per modo di dire, i libri sono stati effettivamente bruciati per esattamente queste ragioni, in diversi periodi della storia).

cui vengono puniti quelli che mettono in rilievo che i Nuovi Vestiti dell'Imperatore non esistono, mentre la fanno franca i 'sarti' che hanno inscenato l'illusione".²⁹⁶

Il DMCA fu emanato sotto l'Amministrazione Clinton su iniziativa dei legislatori succubi della grande industria musicale e cinematografica²⁹⁷ che vuole a ogni costo assicurarsi, nel campo dei diritti d'autore, una protezione completa, a oltranza e ingiustificatamente restrittiva della sfera di libertà dei cittadini.²⁹⁸ (L'Amministrazione Bush si è anch'essa subito schierata a favore di Hollywood).²⁹⁹ Questa industria asserisce di doversi difendere contro la "pirateria" dei diritti d'autore su cui si basa la sua stessa esistenza, in particolare nel nuovo ambiente della Rete.

Il DMCA è una legge affrettata e così ovviamente sbilanciata verso i detentori del potere economico in questo campo non solo da generare squilibri e iniquità (attraverso la fine sostanziale dei diritti di "fair use" nell'ambito di Internet), ma da giustificare il timore che si avvicini il momento in cui le libertà di espressione—il 1° Emendamento nella Costituzione americana—diventino nella Rete espressioni prive di significato. Per ottenere i necessari consensi degli operatori con essa collegati, l'industria ha dovuto costellare la sua proposta di legge di numerose eccezioni specifiche; sicché gli unici che finiscono perdenti sono i consumatori.³⁰⁰

²⁹⁶ Forno, cit. p. 3. L'autore aggiunge: "The power and freedom, it seems, has moved from the halls of Congress to the boardrooms and executive suites of corporations and industry cartels to determine what constitutes 'free speech' (parody, satire, or academic research) as mandated in the US Constitution. Unfortunetaly, . . . the US government is currently choosing to emulate the Roman Emperor Nero, fiddling on the sidelines while the constitutional protections of its citizen are burned by the interests of California-based corporate Visigoths." Id. p. 5.

²⁹⁷ V. Palmieri, "Internet e la libertà di espressione", cit. p. 27, nota 82.

²⁹⁸ Fa specie pensare che una importante invenzione coperta da brevetto—che può essere costata, oltre alla capacità di inventarla, centinaia di milioni di dollari di ricerca—viene protetta per soli 17 anni, mentre una canzone—magari di monotoni messi insieme con l'ausilio di un PC, che è costata nulla tranne la capacità di comporla dell'autore—venga protetta per la durata della vita dell'autore più 70 anni, che Mickey Mouse venga sempre ancora protetta pur essendo ormai vecchia di 75 anni, e che un programma elettronico scritto oggi da un programmatore ventenne (il quale supponiamo morirà a 90 anni) venga protetto fino al 2142 quando avrà perso, da almeno 130 anni, ogni utilità.

²⁹⁹ Palmieri, "Internet e la libertà di espressione", cit. p. 43, nota 137.

³⁰⁰ V. Richard Forno. "National Security and Individual Freedoms: How the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) Threatens Both." <http://www.infowarrior.org/articles/2001-05.html>, p. 1, 2. V. anche Siva Vaidhyanathan. "Putting a Lock on e-Books." <http://www.msnbc.com/ews/602444.asp?0si=->, p. 3 ("The problem is the law itself. When Congress considered the DMCA in 1998, it did so recklessly. Some public interest advocates warned at the time that the law was too strong, that it would stifle research, free expression, scholarship, teaching, and even commerce in new technologies that had yet to emerge. But Congress paid little attention to public interest at the time. They were busy making the digital world safe for established software companies and movie studios. Now, after several embarrassing high-profile cases, Congress must realize it made a big mistake by giving so much power to a handful of companies and taking away important rights from so many more users"). Alla fine però sarà premiato chi saprà soddisfare i consumatori (il mercato), non chi sopravvive

Quale è la libertà di espressione compromessa nel contesto del DMCA? La limitata protezione monopolistica conferita in base alla Copyright Clause deve convivere con la libertà di espressione assicurata dal Primo Emendamento. Quando venne emanata la Costituzione americana, il legislatore adottò il concetto che obiettivo primario del diritto d'autore era quello di promuovere, attraverso l'incentivo materiale di un monopolio temporaneo (e non assoluto), il progresso della scienza e delle arti utili, non quello di compensare il lavoro degli autori, che è una conseguenza non necessaria dell'esclusiva. La Corte suprema lo ha chiaramente statuito: "L'unico interesse degli Stati Uniti e l'obiettivo primario nel conferire il monopolio del copyright sta nel beneficio in generale che deriva al pubblico dall'attività degli autori".³⁰¹ Il monopolio è limitato: include solo il modo di esprimere un'idea, non l'idea stessa, che rimane libera e disponibile a tutti.³⁰² Per esempio, il copyright può proteggere uno specifico programma di computer, ma non ciò che il programma fa. Analizzare, descrivere, modificare quello che un programma fa è parte della libertà di espressione; vietarlo equivale a violarla.

Se l'arma segreta era rappresentata dalle V1/V2 (e non dalla bomba atomica) non bastava per vincere; come non basta il pur potente DMCA. Per privare i consumatori di tutti i diritti di usi legittimi – copie personali per studio, ricerca o anche intrattenimento, copie di riserva di programmi, visione plurima di un DVD acquistato (o lettura di un libro acquistato), prima vendita, registrazioni di eventi familiari ripresi dagli stessi consumatori, registrazione di una musica di Mozart, visione di un DVD su un PC che non usa il sistema operativo Microsoft, avanzamento veloce di un DVD per oltrepassare la pubblicità, e così via – occorrono ulteriori drastiche restrizioni. L'industria dell'informazione è consapevole che per ottenere la sua piccola protezione è spesso necessario violare diritti fondamentali molto più vasti dei cittadini. Mentre però i tribunali, che hanno esaminato le cause di legittimità costituzionale delle rappresentazioni e comunicazioni indecenti, hanno confermato (inclusa la Corte Suprema) che non si devono violare i diritti dei molti (gli adulti) solo perché il sistema permette che non vengano protetti i pochi (i minori), quando si è trattato di lasciare

grazie a privilegi; ne è esempio il free software (che si potrà liberamente scaricare) che, nel medio termine, renderà inutile la protezione a oltranza del software a codice chiuso (per il quale si deve pagare): Linux invece di Microsoft, per esempio. V. anche Palmieri. "Internet e la libertà di espressione", cit., p. 21 seq., p. 43, con ulteriori riferimenti.

³⁰¹ Fox Film Corporation v. Doyal, 286 U.S. 123, 127 (1932).

³⁰² Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985). V. anche Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991). Talvolta vi sono così pochi modi per esprimere un'idea che l'idea e la sua espressione coincidono. Concedere in questo caso l'esclusiva all'espressione eliminerebbe la distinzione fra idea ed espressione, che è il cardine del diritto di copyright.

che l'industria dell'informazione avvulpi i legittimi diritti di *fair use* dei cittadini "solo perché è difficile, o impossibile, applicare misure tecnologiche di protezione differenziate" il legislatore e i tribunali esibiscono una differente tolleranza (a favore dell'industria). E ha permesso che l'industria proceda all'accerchiamento, con attacchi coordinati – a livello nazionale e furtivamente a livello globale – di rafforzamento delle leggi di copyright, l'introduzione – con sanzioni penali – del divieto di oltrepassare misure tecnologiche, l'abolizione della inefficacia (in certi Stati) dei contratti di adesione, l'abolizione delle norme antitrust, l'autorizzazione alla più invasiva violazione della privacy: il tutto al solo vantaggio dell'industria dell'informazione.³⁰³

E' comprensibile che il signor Mundie, della Microsoft, lamenti che l'*open source* trasformerà la proprietà intellettuale di una società in un bene "comune". La verità è che è proprio questo l'obiettivo di libertà nel campo informatico: eliminare sempre più recinzioni che circondano l'informazione per farla ridiventare dominio pubblico da cui nessuno dovrà essere escluso. Ma mentre Mundie può essere giustificato perché obbedisce al padrone, i tribunali, e ancor più i legislatori, non sono giustificati quando fanno altrettanto.

L'industria dell'informazione la chiama "battaglia contro i ladri e pirati" per proteggere "la nostra proprietà". Fa finta di non accorgersi che con le "museruole" che impone (specialmente nella Rete) essa distrugge innovazione e creatività. Fa finta di non accorgersi che, come osserva Lessig, il ladro è l'industria stessa, ladro della cultura comune, dei beni che appartengono tutti, ladro del benessere sociale.

Una volta che l'industria avrà ottenuto il diritto (e siamo vicini) a controllare capillarmente l'uso che i cittadini fanno dell'informazione, e a razionare questo uso a loro gradimento, l'accerchiamento sarà completo. Nessuna libertà residuerà. Sarà allora che avrà luogo la svolta. Il pubblico si ribellerà. E sarà proprio Internet ad aiutarlo. La sensazione che si trae dai primi, confusi casi americani (i quali influenzeranno la giurisprudenza europea in materia) è che Internet ha già riaperto la discussione sui limiti sia della libertà di espressione sia dei diritti d'autore. L'esagerazione dell'industria sfatterà la favola dei pirati e ladri. Il pubblico aprirà gli occhi. Non è da escludere che a quel punto

³⁰³ Un attacco collaterale è racchiuso nella Direttiva 2001/84, quella che impone il pagamento di una percentuale del prezzo ad ogni successiva vendita tramite agente o galleria di un'opera d'arte. Incomprensibilmente, si tratta di una norma di ordine pubblico, "un diritto inalienabile, cui non è possibile rinunciare nemmeno anticipatamente". (Art. 1)(Ha tutto il sapore di legge da Stato totalitario. Perché non dovrebbe un artista, in uno Stato libero, avere il diritto di rinunciare a qualsiasi ulteriore coinvolgimento una volta venduta la sua opera?).

il pubblico, resosi conto degli abusi che i monopolisti hanno perpetrato a suo danno, metterà in discussione la legittimazione stessa del diritto d'autore. I legislatori, che ora sostengono l'industria perché gli elettori non protestano, si schiereranno con il pubblico quando questo rivendicherà i suoi diritti. E quello che rimarrà dei diritti d'autore sarà un diritto limitato alla vita dell'autore, ridotto a un periodo minore in caso di cessione del diritto a una società dell'informazione, la perdita del diritto se non viene usato per un ragionevole periodo di tempo, il ripristino di tutti i *fair uses* come tradizionalmente goduti, l'abolizione delle norme che nulla hanno a vedere con il copyright (e neppure con il minimo etico di cui si occupa il diritto penale) come la Direttiva 2001/29. Peccato per lo spreco: questa Direttiva sta giusto per essere recepita dai Paesi europei.

F. Il caso DeCSS

L'industria dello spettacolo ha fatto approntare dispositivi per inibire la copia (registrazione) dei prodotti che essa presenta in televisione, su videocassette, in DVD e in Internet. Per di più, l'industria si è accordata con la maggiore casa di software americana per far sì che i suoi prodotti potessero essere visti solo con i sistemi Microsoft. Come tutti i dispositivi elettronici di controllo o di blocco, questi si dimostrarono fragili, e facilmente aggredibili e neutralizzabili; fu quindi facile predisporre contro-dispositivi che permettessero di utilizzare i prodotti anche su altri sistemi, il Linux, per esempio. I retroscena specifici per quanto riguarda Linux sono del tutto ingiustificabili: si cerca di eliminare il multi-sistema usato dalla Linux per impedire la visione di film e trasmissioni televisive in Asia o Europa prima che le case produttrici americane ne autorizzino la distribuzione in quelle zone del mondo (il danno, alla fine è minimo, la crociata meramente simbolica).

Ed ecco che apparve il sistema di crittazione CSS (*Content Scramble System*), sviluppato non per impedire la copia di film su DVD, ma per impedire che tali DVD possano essere "giocati" su macchine diverse da quelle che hanno ottenuta una licenza per decrittare il sistema. E quali sono queste macchine? Sono quelle, e solo quelle, che—secondo la tradizione monopolizzante della società Microsoft—usano i sistemi operativi Microsoft Windows (e Macintosh). Chi ha il sistema operativo Linux non deve poter usare i DVD crittati con CSS. L'inefficiente sistema di crittazione CSS venne prontamente superato dal software di decrittazione DeCSS. Chi dispone di Linux (o altro sistema operativo che non sia Windows o Macintosh) può finalmente vedere i DVD sui propri macchinari? Non sarà così. Per

decriptare il CSS occorre "aggirare un dispositivo tecnologico" e chi lo fa—usando il DeCSS o anche solo rende disponibile tale software—viene colpito dalla sanzione del DMCA e finisce in prigione. Quello che deve fare è disfarsi di Linux e acquistare Windows: così può vedere il film, e può anche copiarlo senza l'uso di qualsiasi sistema di decriptazione. La decriptazione di film su DVD è necessaria per fare l'uso permesso (*fair use*) di tali film, ma anche—ed è molto più necessario—per altre legittime esigenze quale quella di guardare i DVD su sistemi che non siano Windows o Macintosh.

Il divieto dei dispositivi per l'elusione — "*antidevice provisions*" — del DMCA diede prontamente luogo a una controversia legale nella quale si confrontarono da un lato la potenza oligopolistica dell'industria dell'intrattenimento—gli "studios" di Hollywood raggruppati nella Motion Picture Association of America ("MPAA") — sostenuta da diversi universitari, dall'altra l'editore di una rivista, il signor Eric Corley e la sua 2600 Enterprises, Inc., e la grande maggioranza degli esperti di questa branca del diritto.³⁰⁴

La rivista "2600 Magazine" aveva rivelato, nel 1999, sul proprio sito le modalità per collegarsi al DeCSS,³⁰⁵ programma di decriptazione di DVD (Digital Versatile Discs). La Universal Studios e altri membri della MPAA citarono il "2600 Magazine" (e altri) chiedendo un provvedimento di urgenza per vietare alla rivista di continuare a pubblicare il programma. Il tribunale federale di prima istanza di New York inibì alla rivista di continuare a pubblicare il programma³⁰⁶ e di fare da tramite per il collegamento con il DeCSS. Il quotidiano "La Repubblica" scrisse: "Dopo Napster è un altro punto messo a segno dalle grandi compagnie dell'industria dell'intrattenimento nella lotta contro i difensori della libertà del Web."

Il divieto di pubblicare colpisce naturalmente solo il "2600 Magazine" di modo che il DeCSS rimane disponibile a tutti, su un centinaio di altri siti, negli Stati Uniti e altrove.³⁰⁷

³⁰⁴ Universal City Studios, Inc., et al. v. Eric Corley, A/K/A Emmanuel Goldstein and 2600 Enterprises, Inc., ora dinanzi al Secondo Circuito, su appello da Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000). Agli inizi di maggio 2001 c'è stata la discussione orale.

³⁰⁵ DeCSS sta per *De-Content Scrambling System*. Il DeCSS è stato sviluppato da un giovane norvegese, che venne prontamente arrestato dalla polizia della Norvegia. (Non si conoscono le ragioni ma è chiaro che l'imputazione contestatagli deve essere stata quella di essere un "hacker").

³⁰⁶ Subito dopo il provvedimento, la MPAA inviò, l'8 febbraio 2000, una lettera di "*cease and desist*" a un grande, ma selezionato, numero di potenziali "violatori". Queste lettere hanno lo scopo di congelare ogni ulteriore attività in quanto, ove la MPAA prevalesse in appello, potrebbe invocare il difetto di buona fede, e aumentare le sue pretese di danni.

³⁰⁷ V. lista dei siti da cui lo si può scaricare in <http://www.spok.demon.co.uk/deCSS/CSS.html>; v. Palmieri, "Internet e libertà di espressione", cit. p. 39 seq. Il direttore degli affari legali della Electronic Frontier Foundation ("EFF") Cindy Cohn disse: "*The District Court held that 2600's publication of DeCSS was illegal even though it was part of a news story, even though the program itself was protected expression, even though no copyright infringement had occurred and even though it acknowledged that the program has legitimate, even*

Il "2600 Magazine" ribatté che l'impedire la pubblicazione, e il collegamento al DeCSS, da parte di una rivista di divulgazione—nell'ambito di una vicenda da comunicare al pubblico—e l'impedire di conseguenza che il pubblico conosca, esamini, discuta e controlli i metodi di protezione e di evasione, nonché l'esclusione degli usi permessi e non violativi del copyright—il mettere cioè a tacere la stampa, distorcendo la discussione scientifica e impedendo l'uso permesso—sono violazioni del Primo Emendamento. Per di più, sostenne il "2600 Magazine", gli attori, imponendo il divieto di decrittazione, violano le norme sulla concorrenza perché la decrittazione è indispensabile per eseguire i DVD su macchine che hanno un sistema operativo "open-source" che possono utilizzare fra l'altro DVD acquistati in Europa e farli girare su macchine acquistate negli Stati Uniti (e viceversa).³⁰⁸ Sostenne infine che nessuna responsabilità poteva esserle addebitata in quanto erano applicabili le eccezioni del § 512 del Copyright Act ("CA"),³⁰⁹ quelle dei §§ 1201(f) e (g) del DMCA, quella dell'uso permesso; e perché gli attori avevano confuso diritti che si possono proteggere e quelli che sono liberi.³¹⁰ La Corte Suprema aveva statuito, in *Harper & Row*, che la protezione della libertà di parola e di espressione, garantita dal 1° Emendamento, era incorporata nella legge sul diritto d'autore laddove questa fa distinzione fra espressione proteggibile con il copyright e fatti e idee non soggetti a copyright,³¹¹ e dalla ampiezza del

constitutionally protected uses."

³⁰⁸ In quanto i DVD crittati sono utilizzabili solo con determinati sistemi (p. es., il Microsoft Windows). "The Economist" del 12 maggio 2001, p. 71, così commenta (parlando della open source di Linux) sotto il titolo "An open and shut case": la strategia della Microsoft è quella di "spreading fear, uncertainty and doubt to undermine rivals."

³⁰⁹ 17 U.S.C. § 512 (c). *The term "service provider" means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefore, and includes an entity . . . offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by users, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.* (Per fruire della limitazione di responsabilità, l'OSP deve ragionevolmente adottare, applicare e informare i suoi clienti della sua politica di interrompere il servizio a chi sia recidivo, deve assistere i titolari di copyright, e non interferire riguardo alle misure tecniche standard di identificazione e protezione delle opere protette).

³¹⁰ Il copyright può proteggere solo espressioni originali, non fatti e idee. (Si può proteggere la scelta, la disposizione e l'apparato di un'antologia, non i brani che vi sono raccolti).

³¹¹ Solo certe categorie di "espressioni" possono essere protette, i "fatti" non si possono proteggere. Per esempio, la Corte Suprema stabilì nel caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) che la compilazione "di fatti" (un elenco telefonico locale) non è protetta a meno che non contenga originalità nella selezione o nel modo in cui i fatti sono messi insieme ("*factual compilation is eligible for copyright if it features an original selection or arrangement of facts*"); la Corte chiarì che lo "sforzo" fatto per mettere insieme una compilazione di fatti non è degno di protezione. I riferimenti elettronici in Internet ("*links*") sono "fatti" e quindi non si possono proteggere; ma quando vengono raccolti in particolari selezioni ("*databases*") si possono proteggere nei limiti in cui rappresentano originalità. V. 17 U.S.C. § 103; Jackson, cit. p. 12-13. ("*A database is a compilation consisting of noncopyrightable facts*"). Ma anche l'espressione in certi casi non si può proteggere. Talvolta vi sono così pochi modi di esprimere un'idea che l'idea e la sua espressione si fondono. Concedere un copyright all'espressione eliminerebbe in tali casi la distinzione fra idea

diritto d'uso tradizionalmente riconosciuto ai fini di ricerca accademica e di commento in base alla teoria dell'"uso permesso".³¹² Infatti, una cosa è controllare la tecnologia, un'altra comprimere la libertà di parola.

Il giudice Kaplan, del *Southern District of New York* statui, in sentenza,³¹³ fra l'altro, (1) che il § 512 (c) del CA era palesemente inapplicabile perché tale norma stabilisce una limitata difesa da responsabilità di certi fornitori di servizio per violazioni di copyright relative a informazioni contenute nella loro Rete; ma nel caso in esame, disse il giudice, non si tratta di violazione di copyright bensì di elusione di prodotti e tecnologie; (2) che l'eccezione di "ingegneria all'inverso" doveva essere esclusa perché, anche ammettendo che il DeCSS funzionasse con Linux, si doveva concedere che i DVD comunque funzionano con il molto più diffuso sistema Microsoft Windows, e che quindi non si poteva concludere che il "solo scopo" della elusione fosse quello di permettere la "interoperatività" fra DVD e Linux;³¹⁴ (3) che la difesa dell'uso permesso (§ 107 CA) non era applicabile perché non si trattava di una causa di violazione di diritti d'autore; (4) che la eccezione di incostituzionalità del

ed espressione che è il cardine del diritto di copyright. ("In the United States, software that affects a physical process may be patentable. If the software preempts a mathematical algorithm, however, it is not patentable." – this is why CSS was not and probably cannot be patented. 'Generally, copyright laws protect the form of expression of an idea, but not the idea itself. With respect to software, this typically means that the computer program, in both human-readable and machine-executable form, and the related manuals are eligible for copyright protection, but the methods and algorithms within a program are not protected expression.' – which means that a specific computer program (e.g., Xing DVD player) can be protected by copyright, but what it does (e.g., decrypt and play DVDs) cannot."), (mia sottolineatura), v. DeCSS Central, <http://www.lemuria.org/DeCSS/decss.html> (8/7/2001) e ivi citato <http://www.softwareprotection.com/patent.html>.

³¹² Harper & Row, 471 U.S. p. 560. Scrivono Benkler e Lessig: "There is no authority for the notion that First Amendment limitations on the reach of copyright are satisfied if "sophisticated" users have a fair use privilege while "unsophisticated" users do not. The First Amendment restriction is general, not elitist. The privilege Harper & Row presume reaches every citizen, not just those trained to hack. And thus the decision by Congress to deny fair use rights to one class of users is inconsistent with the presupposition of Harper & Row." Benkler & Lessig, *Amici Curiae in Support of Appellant (Universal Studios, Inc. Reimerdes, January 26, 2001)*, p. 5, http://www.eff.org/IP/Video/MPAA_DVD_cases/.

³¹³ V. *supra*. Secondo le cronache, fuori sentenza il giudice avrebbe commentato: *The coders who crafted the DeCSS DVD-decrypting utility are "what might be called cyber-freedom fighters, or perhaps cyber-anarchists;"* e nello stabilire che il DeCSS violava il DMCA pare abbia paragonato il diffondersi di questa applicazione a una "common-source outbreak epidemic;" Declan McCullagh. "DVD Piracy Judge Tells All," <http://wired.com/news/politics/0,1283,40226,00.html>.

³¹⁴ Questa statuizione non è convincente. La legge dice "il cui solo scopo è" il che non può significare "la cui sola applicazione è". La legge contiene l'elemento soggettivo dell'intenzione, lo "scopo", che si vuole perseguire. Lo scopo del DeCSS, asseriscono coloro che ne propongono l'utilizzo, è quello di permettere la compatibilità nella lettura dei DVD di sistemi diversi da Microsoft; e non sembra che questa asserzione sia stata smentita. Un separato esame avrebbe dovuto approfondire se e come il DeCSS possa essere utilizzato anche per altri fini. Ma il fatto che i DVD possono già essere letti dal sistema Microsoft, e quindi non c'è ragione e necessità di sviluppare un software che ne permetta l'utilizzo con altri sistemi, mi pare un ragionamento poco plausibile.

DMCA³¹⁵ non aveva merito perché bilanciando gli interessi in gioco occorreva dare la preferenza al DMCA.³¹⁶

Il tribunale non si addentrò nell'esame dell'equilibrio fra libertà di espressione e copyright,³¹⁷ e si limitò a sostenere che "executable computer codes", come il DeCSS, aggiungono poco all'interesse tradizionalmente protetto dal 1° Emendamento mentre il DMCA si adatta perfettamente agli scopi del copyright.³¹⁸ Il tribunale avrebbe dovuto impostare l'analisi ispirandosi al precedente della Corte Suprema in *Harper & Row*, ma non lo fece.

Aspetto sconcertante, il tribunale non approfondì l'indagine della probabile violazione del Sherman Act (la legge fondamentale antitrust degli Stati Uniti) in base alla quale ogni cospirazione per controllare il mercato è perseguibile e punibile come reato.³¹⁹ Ripeto: produrre DVD che possono essere eseguiti solo con sistemi Microsoft Windows e Macintosh, e fare colpire con gravissime sanzioni penali chi propone e mette in opera dispositivi per eseguire questi DVD su macchinari e sistemi concorrenti è vietato dalla legge americana sulla limitazione della concorrenza ("restraint of trade"). Secondo un comunicato della EFF, l'industria cinematografica avrebbe recentemente chiesto ai produttori di fermare la produzione e vendita di macchinari "universali" (che cioè possono essere utilizzati in tutte le parti del mondo), un comportamento anch'esso a prima vista limitativo della concorrenza.³²⁰

³¹⁵ La sentenza contiene una inutile discussione sulla gerarchia delle fonti costituzionali (è pacifico che non esiste gerarchia fra Costituzione vera e propria ed Emendamenti).

³¹⁶ Anche in questo riguardo il giudice si soffermò su un punto pacifico: spiegò che la Copyright Clause della Costituzione doveva essere letta insieme con la clausola finale (non vi è dubbio al riguardo), e citò la sentenza *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. (17 U.S.) 316 (1819) per ricordare che il Congresso aveva ampi poteri in base alla *Necessary and Proper Clause* per varare il DMCA (non si comprende la rilevanza specifica di questa statuizione ai fini della decisione); aggiunse che la "copyright protection exists to 'encourage individual effort by personal gain'" (statuizione tratta da *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1953), p. 219), a mio giudizio fuorviante così come citata dal tribunale.

³¹⁷ In particolare, dello scopo della *Copyright Clause* (promuovere il progresso senza limitare la libertà di parola).

³¹⁸ Lawrence Lessig. *The Future of Ideas... The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Random House, 2001, p. 187, n. 19 cita due articoli che sostengono (in modo poco convincente) che il DMCA è necessario per proteggere materiale online soggetto al diritto d'autore e per chiarificare i rapporti di responsabilità online.

³¹⁹ Sherman Act, Sect. 1: "Every contract, combination . . . or conspiracy, in restraint of trade . . . is . . . illegal." Sect. 2: "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire . . . to monopolize . . . shall be deemed guilty of a felony." Questa indagine sarebbe stata tanto più dovuta essendo noto, e confermato giudizialmente, il comportamento anticompetitivo della Microsoft Corporation.

³²⁰ GILC. "In Defense of Free Speech on the Internet: GILC Releases Statement Opposing DVD Suit," http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA_case20000114_gilc_dvdcca_statement.html. (The real objective behind CSS technology and this law suit is to prevent movies sold in one zone of the world from being played on DVD players in another zone. The movie industry simply fears to lose revenue, if a film released in th US can be viewed on DVD players in Europe, Asia, or South America, before it is shown in theaters there. (The motion picture

Scrivono Lessig: Il CSS non interferisce con l'abilità di copiare un DVD. Chi vuole farlo non deve fare altro che copiare da un disco all'altro. Non è necessario decrittare il sistema per copiare il disco. Perciò, il CSS non disabilita la copiatura. L'unica cosa che esso fa è di limitare la gamma di macchine sulle quali si possa guardare il DVD. E tutto quello che il DeCSS realmente fa è di rendere possibile che dischi acquistati, presumibilmente, in modo legale possano essere giocati su Linux (o altri) computer (che non siano Windows e Macintosh).³²¹

Per quanto riguarda la reale entità del pericolo di danno per le case cinematografiche la difesa del "2600 Magazine" illustrò alla Corte che, anche volendo considerare la copiatura abusiva (che comunque non è protetta dal CSS), alcuni esperti avevano impiegato 20 ore per trovare un partner che avesse la versione illegale di un film da copiare, copiarlo, sincronizzare audio e video, e scaricare un film in scambio. L'operazione di doppiaggio del DVD era stata particolarmente "rapida" (sei ore) perché l'esperto aveva usato il collegamento Internet attraverso il *Pittsburgh Supercomputing Center* della Carnegie Mellon University.³²² Tutto questo non tiene conto del fatto che un film su DVD occupa dai 7 ai 9 GB. Naturalmente, il film non può essere copiato su CD (che ha solo – tipicamente – 650 MB). Lo si potrebbe copiare sul harddisk, ma chi lo farebbe? Un drive da 18 GB può ricevere due film; la memoria così sprecata costa però di più di quanto costerebbe acquistare due DVD. (Lo stesso discorso vale per altri media capaci di archiviare una simile quantità di dati, inclusi DVD registrabili). Gli unici quindi per i quali la "pirateria" di DVD potrebbe essere lucrativa sono i pirati professionali i quali posseggono macchinari costosi e sono del tutto indifferenti alla crittazione perché essi copiano i "bit", il che significa che le loro copie pirata sono duplicati precisi degli originali, inclusa la crittazione CSS; e la macchina che

industry have recently demanded that manufacturers stop producing and selling "world" zone players able to play movies sold in any zone"); p. 2.

³²¹ Lessig. *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, cit. 189-90 ("It [CSS] didn't interfere with the ability to copy DVD disks. If you wanted to pirate a DVD disk, all you needed to do was copy the contents from one disk to another. There was no need to decrypt the system in order to copy it. So CSS didn't disable copying. All it did was limit the range of machines that DVD disks could be played on. And that in turn was the limitation that gave rise to the need for a crack. . . . DeCSS disabled the encryption system on a DVD disk. . . And it became possible to play DVD content on other computers. With DeCSS, DVD disks could be played on any machine. . . . DeCSS didn't increase the likelihood of piracy. All that DeCSS did was . . . enable disks presumptively legally purchased to be played on Linux (and other) computers." [Note omissa]. V. la disinformazione di "la Repubblica" in http://www.repubblica.it/online/tecnologie_internet/divx/ del 18 agosto 2000.

³²² Declan McCullagh. "DeCSS Lawyers Press MPAA," <http://wired.com/news/politics/O,1283,37615,00.html>. (L'entità della "pirateria resa possibile grazie a DeCSS—ammesso che ve ne sia—non è stata dimostrata. In condizioni normali, copiare un DVD richiederebbe una settimana di lavoro).

“giocherà” il DVD così copiato non noterà alcuna differenza fra copia e originale: il CSS non blocca questo tipo di pirateria.³²³

I professori Benkler e Lessig hanno scritto nella loro memoria *amici curiae*:³²⁴ “La sentenza del tribunale di merito induce a ritenere che l’interesse del governo, in questo caso, è stato quello di assicurare agli Studi di Hollywood—nel momento in cui cambiano da un mezzo analogico (la videocassetta) a un mezzo digitale (il DVD)—il flusso di entrate che essi ottengono dal mercato della distribuzione a utenti domestici.” Il profitto dell’industria non è però il principale obiettivo della protezione del copyright americano.³²⁵

Il tribunale confermò quindi l’ingiunzione statuendo che l’argomento del “*fair use*” invocato dalla difesa non autorizzava i convenuti a produrre e distribuire il DeCSS perché è vero la legge del copyright permette il *fair use*, ma nel caso in esame non si trattava della violazione del Copyright Act bensì del DMCA il quale tratta del “codice” non del copyright. Secondo il tribunale, il Congresso aveva il potere di accordare a privati cittadini di aggiungere protezioni supplementari al copyright. E il 1° Emendamento, applicabile al copyright, non era applicabile a queste protezioni aggiuntive.³²⁶

L’ingiunzione venne confermata dalla Corte d’appello del 2° Circuito.³²⁷ La corte

³²³ “DeCCS Control”, cit. *supra*. Sugli effetti controproducenti di esagerati controlli v. Bricklin, “The Recording Industry”, cit.; Richard Stenger. “Music stars. reps clash in Congress over Napster,” CNN del 7 aprile 2001.

³²⁴ Benkler e Lessig, *Amici Curiae*, cit. con riferimento a 111 F. Supp. 2d, pp. 309-311. “The lower court’s finding suggests that the government interest involved in this case is to secure for the Hollywood studios the revenue stream they derive from the home distribution market, while moving from an analog distribution medium—videotape—to a digital distribution medium—DVD. . . . Assuming that the interest served by the antidevice provision is at least substantial, if not compelling, the question . . . is whether Congress’ means were well measured to this end. Or, alternatively, whether the means were too drastic for the end, ‘sacrifice[ing] important First Amendment interests for too speculative a gain.’” *Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727, 760 (1996). (In sostanza si invoca il bilanciamento fra la primaria esigenza della tutela della libertà di espressione imposta imperativamente dal 1° Emendamento e il “permesso” che la Copyright Clause della Costituzione dà al Congresso di promuovere il progresso delle scienze e delle arti utili mediante la concessione di un monopolio limitato nel tempo: nel dubbio, non può che prevalere la tutela della libertà di espressione. V. *infra*, nel testo).

³²⁵ La Sony, che qualche decennio prima si era trovata dall’altra parte della barricata, ha cercato anch’essa di dominare il mercato con metodi simili: a quelli impiegati dalla Universal Studios, ma si è vista rispondere—correttamente, in questa circostanza—sempre dal tribunale d’appello federale del nono circuito, che la legge sul copyright non conferisce un simile monopolio. (“Sony understandably seeks control over the market for devices that play games Sony produces or licenses. The copyright law, however, does not confer such a monopoly.” *Sony Entertainment Corp. v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000) (*cert denied*).

³²⁶ V. Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 190: “The opinion making the injunction permanent rejected the argument that ‘fair use’ entitled the defendants to produce or distribute this code [il DeCSS]. Fair use, the court concluded, was something copyright law must allow. This [il DMCA] was a law regulating code, not a copyright. The court concluded that Congress had the power to allow private actors to pile on protection on top of the copyright law. No First Amendment interests were violated.”

³²⁷ *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 2001 WL 1505495 (2d Cir. 2001).

ribadì che la proibizione a manipolare tecnologia allo scopo di eludere misure protettive (quale quelle sancite dal DMCA) non viola il Primo emendamento;³²⁸ e confermò la sentenza di primo grado.

Nella sua miope sentenza, la corte d'appello del 2° circuito, trattando del *fair use*, fece la statuizione (veramente sorprendente per una corte della sua fama) che "il DMCA non impone lontanamente una limitazione sulla possibilità di esercitare una varietà di *fair uses* tradizionali con film su DVD come, per esempio, commentare sul loro contenuto, citare passaggi del dialogo, e persino registrare parti delle immagini video e della colonna sonora su film o nastro puntando una macchina fotografica o un videoregistratore o un microfono verso lo schermo sul quale viene mostrato il film DVD. Il fatto che la copia che ne risulterà non sarà così perfetta o così manipolabile come una copia digitale ottenibile con accesso diretto al film DVD nella sua forma digitale non costituisce alcuna base per una eccezione di limitazione incostituzionale del *fair use*. . . . Non ci è noto alcun precedente giudiziario in sostegno della tesi che il *fair use*, come protetto dal *Copyright Act*, o addirittura dalla Costituzione, garantisca la facoltà di fare copie secondo un metodo ottimale o nello stesso formato dell'originale."³²⁹ E' vero, ma la legge sul copyright (anche in relazione al disposto costituzionale) non dice neppure il contrario, che cioè non si possa esercitare il *fair use* nel modo che il pubblico ritiene più idoneo.

E' una sentenza povera nella valutazione giuridica e pavida nel non aver voluto affrontare la palese incostituzionalità del DMCA. Proprio su questo punto la corte d'appello si limita a recitare, nella premessa del "sottofondo" (*background*) – aggirando

³²⁸ Durante la discussione orale, agli inizi di maggio 2001, la Casa Bianca (Presidente Bush) si è schierata a favore di Hollywood. Gli avvocati del governo sono stati autorizzati a depositare una memoria e a partecipare alla discussione orale. (Anche l'amministrazione Clinton aveva sostenuto l'industria discografica, nel caso Napster). Scrive Declan McCullagh. "White House Sides With Studios," <http://wired.com/news/politics/0,1283,41992,00.html>: "[T]he DoJ [Department of Justice] sides with Hollywood's extreme view of the open-source community, likening the publishers of the popular hacker-zine—who did not write DeCSS, but were one of hundreds of people distributing it—to lawless miscreants bent on wrecking havoc on an important American industry. The plaintiffs in the case warn that unless DeCSS—and similar programs—are prohibited, digital piracy will cost them millions of dollars in revenues a year. Warns the DoJ: "Defendants publish a magazine for computer hackers, which 'has included articles on such topics as how to steal an Internet domain name, access to other people's e-mail, intercept cellular phone calls, and break into computer systems at Costco stores and Federal Express.'" It goes even further, saying that software is not speech-protected by the First Amendment but can be regulated like parts to a machine: "This function is entirely nonexpressive, and thus does not warrant First Amendment protection." Secondo gli avvocati del DoJ, un dispositivo per il "descrambling" di un DVD è merce da terrorismo capace di far precipitare aerei, sconvolgere le apparecchiature ospedaliere, e mettere a repentaglio vite umane.

³²⁹ V. *Universal Studios City, Inc. v. Eric Corley*, sentenza della corte d'appello del 2° circuito, 28 novembre 2001, <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/NY/appeals/opinion.html>.

formalisticamente la questione costituzionale – con la, di per sè corretta constatazione che il DMCA è stato emanato in ottemperanza agli obblighi imposti dal WCT, il quale (come abbiamo visto) richiede che le parti che hanno aderito al trattato “introducano adeguate protezioni legali, ed efficaci rimedi legali, contro l’aggiramento di efficienti misure tecnologiche usate dagli autori in connessione con l’esercizio dei loro diritti scaturenti da questo Trattato o dalla Convenzione di Berna”. Non può sfuggire la pretestuosità (e ignavia) di questa asserzione della corte d’appello: se vi è incostituzionalità, non c’è convenzione internazionale che tenga.³³⁰ La corte d’appello del 2° Circuito ha avuto, nella sua storia, sommi giuristi quali Benjamin Cardozo e Learned Hand. Molte delle sue sentenze sono alte lezioni di diritto. E’ incomprendibile che in questo caso essa si sia limitata a una risposta tecnicistica ed errata (il divieto di aggiramento del DMCA non è tecnicamente una protezione di copyright e il *fair use* deve essere esercitato come piace all’industria cinematografica e discografica). Proprio in America–e nella *common law* in genere–si insegna che occorre guardare alla sostanza, non alla forma. La sostanza, nel caso DeCSS/DMCA, è che il legislatore ha aggirato la norma costituzionale per ottenere indirettamente un risultato che non poteva raggiungere direttamente. Il titolo dice che il DMCA è una legge di (super)protezione del copyright. Per questa deve essere guardato e interpretato in un unico contesto con la legge del copyright. Se la corte d’appello lo avesse fatto, avrebbe agevolmente stabilito l’incostituzionalità del DMCA. Lessig osserva, con rassegnazione: Non è importante cosa decidono i tribunali. Quello che conta veramente è il segnale che Hollywood ha mandato: chi minaccia il suo controllo verrà minacciato con un esercito di avvocati.³³¹

L’aspetto più penoso di tutta questa farsa sul 1° Emendamento è che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha nel giro di pochi anni accettato ben tre volte il riesame della costituzionalità della legge sulle comunicazioni indecenti a minori. Nella sua prima sentenza ha deciso che la libertà costituzionale di libertà di espressione degli adulti non può essere sacrificata unicamente per difendere i bambini. Nella seconda ha rimandato ai tribunali di merito, mantenendo però in vita l’ingiunzione che vieta l’operatività della legge di protezione dei minori. Nel terzo caso non si è ancora pronunciata. La Corte Suprema non ha

³³⁰ Proprio gli Stati Uniti sono stati spesso assai solerti nell’affermare questo principio. E spingersi anche oltre, come fece il Presidente del Senate Foreign Relations Committee Paul S. Sarbanes, D-Md, il quale, durante l’esame di sette nuove convenzioni fiscali disse che “U.S. treaty partners should expect that the United States may override its tax treaties.” V. Senate Finance Report, 161, nota 2.

³³¹ Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 190.

risparmiato le risorse del suo ingegno per negare la costituzionalità di leggi che erano in favore dei minori: ma non ha neppure accettato il riesame del DMCA, una legge che incide alla radice del 1° Emendamento, praticamente annullandolo.

I divieti imposti dal DMCA non impediranno le copie. Giustamente osserva il professor Felten, dell'Università di Princeton: "Se è possibile per un consumatore sentire e vedere un contenuto protetto, allora è sempre tecnicamente possibile che il consumatore copi quel contenuto".³³²

G. Effetto gelo del DMCA

L'industria usa il DMCA per intimidire gli avversari, causando un fortissimo effetto di congelamento sulla libertà di espressione. La legge dispone che gli ISP e i siti che ospitano materiale "incriminante" si liberano da responsabilità se immediatamente desistono dopo essere stati avvertiti.³³³ Il professor Felten della Princeton University si accingeva, nell'aprile del 2001, a rivelare in una conferenza i risultati della sua ricerca sulla tecnologia Secure Digital Music Initiative ("SDMI"). Era stata la stessa industria a stimolare la ricerca, convinta di avere un prodotto infallibile, che si rivelò invece agevolmente decrittabile. La Recording Industry Association of America (RIAA) lo minacciò³³⁴ sostenendo che lo studio accademico da lui compiuto era illegale in quanto istigava all'elusione di controlli tecnologici, secondo la definizione del DMCA. Felten – temendo di essere incriminato e magari incarcerato in base al DMCA – rinunciò a presentare il suo lavoro; ma subito dopo, insieme con varie associazioni scientifiche, citò in giudizio la RIAA per avere essa violato i suoi diritti di cittadino

³³² Edward W. Felten, et al. "Reading Between the Lines: Lessons from the SDMI Challenge." <http://cryptome.org/sdmi-attack-02.htm>, p. 15 ("Do we believe we can defeat any audio protection scheme? Certainly, technical details of any scheme will become known publicly through reverse engineering. Using techniques we have presented here, we believe no public watermark-based scheme intended to thwart copying will succeed. Other techniques may or may not be strong against attacks. For example, the encryption used to protect consumer DVDs was easily defeated. Ultimately, if it is possible for a consumer to hear or see protected content, then it will be technically possible for the consumer to copy that content"). V. anche Templeton, cit. p. 5 ("No book reader for a PC can ever truly protect its content, since it's always possible for a program to read the screen [whose contents are in the computer memory] and convert it back to text").

³³³ 17 U.S.C. §512(c).

³³⁴ La RIAA scrisse a Felten (lettera del 9 aprile 2001): "We invite you . . . to not violate the law [il DMCA], . . . we urge you to withdraw the paper submitted for the upcoming Information Hiding Workshop, assure that it is removed from the Workshop distribution materials and destroyed, and avoid a public discussion." (Non vedo differenza fra questi metodi e quelli della Gestapo o della GPU).

e la sua libertà accademica.³³⁵ Come è finita? In novembre 2001, un giudice "chiaramente ostile" rigettò la domanda di Felten, il quale però decise di non proporre appello dopo che il Governo (Ministero della giustizia) aveva fornito assicurazioni scritte e formali che gli scienziati i quali studiano l'accesso a tecnologie di controllo non sono soggetti al DMCA; dichiarazione alla quale fece eco la RIAA la quale disse, tardivamente, che "Felten deve avere il diritto di pubblicare i risultati delle sue ricerche, perché tutti possono beneficiare dallo studio dei punti deboli dei meccanismi di sicurezza". La EFF, parte in causa come attrice, commentò: "Le dichiarazioni rese dal Governo e dall'industria discografica stanno a indicare che esse ora riconoscono che non possono usare il DMCA per imbrigliare la scienza".³³⁶

H. Dmitri Sklyarov

Il primo incidente internazionale scaturito dal DMCA è quello di un programmatore russo arrestato nel luglio 2001 a Las Vegas e tenuto in prigione per quasi un mese e, dopo aver ottenuto la libertà provvisoria su cauzione, costretto a rimanere in California (naturalmente non gli è stato restituito il passaporto in attesa del processo).

Il tecnico informatico russo Dmitri Sklyarov è specializzato in cripto-analisi,³³⁷ e giunse in visita negli Stati Uniti per partecipare a un convegno. Come parte della sua ricerca per l'ottenimento del dottorato, Dmitri aveva esaminato il sistema di sicurezza dell'Adobe eBook (un programma che dà accesso a libri elettronici), e aveva scoperto che per questo software (che tutti utilizziamo) era stato utilizzato un sistema di protezione inadeguato, e quindi di facile superamento. Pubblicò (in Russia) il risultato della sua ricerca; e la società russa di software Elconsoft lo ingaggiò perché partecipasse nella compilazione di un programma di decrittazione del software di protezione "Adobe".

Quello che Dmitri elaborò in Russia insieme ai suoi colleghi rientra nella definizione di "strumento che aggira un dispositivo tecnologico", per fine di profitto, del DMCA, ed è punito con la reclusione fino a cinque anni e/o la multa fino a \$500.000 (per ogni

³³⁵ La RIAA ha successivamente cercato di ridimensionare, ma Felten ha rifiutato di desistere dalla sua azione legale (inizi di luglio 2001). V. Forno, cit. p. 5, 6; Templeton, cit. p. 5.

³³⁶ V. "Judge Denies Scientists' Free Speech Right," Nov. 28, 2001, in http://www.eff.org/Cases/Felten_v_RIAA/; "Security Researchers Drop Scientific Censorship Case," Feb. 6, 2002, in http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten_v_RIAA/.

³³⁷ La decrittazione è antica come la parola scritta. Alan Turing è stato il grande decrittatore della seconda guerra mondiale.

violazione). Dmitri tenne quindi una relazione sulle sue ricerche, e subito dopo, su denuncia della Adobe, venne arrestato.³³⁸ Si sviluppò in America un movimento di opinione e ci fu un coro di proteste: apparvero decalcomanie, bandierine, manifesti, canottiere, foto, con le scritte "FREE DMITRY", "FREE SKLYAROV", "FIGHT THE DMCA", "SOURCE CODE == FREE SPEECH"; campagna di lettere ai deputati; siti "ANTI-DMCA.ORG", "FREEDMITRY.ORG", "BOYCOTTADOBE.ORG" (al quale ultimo abbiamo subito aderito, in molti). Realizzando che era il modo errato di trattare il problema, e presa dal panico, Adobe fece marcia indietro. Troppo tardi.

L'imputazione? L'aver aiutato il suo datore di lavoro a scrivere, in Russia, il programma che aggira le deboli serrature del programma di blocco della società californiana Adobe eBook; e la vendita, in America, da parte della Elconsoft, di sette copie di questo programma (uno fu acquistato dalla Adobe). Scrivere, ma anche vendere, questo tipo di software, è non solo lecito in Russia ma addirittura incoraggiato; infatti, contrariamente agli Stati Uniti, nella Russia sono coloro che producono gli strumenti per bloccare la libera circolazione di libri che soggiacciono a limitazioni.³³⁹ Le vendite erano state effettuate dal datore di lavoro di Dmitri, un soggetto giuridico separato, di cui Dmitri non è il legale rappresentante, né ha in esso alcun interesse economico, percependo solo uno stipendio come qualsiasi altro dipendente. Le autorità americane sostengono che i due elementi, lo scrivere il programma di aggiramento in Russia (da parte del programmatore arrestato), e il venderlo (da parte di altro soggetto) negli Stati Uniti, fa di Dmitri un criminale.³⁴⁰ Dmitri non aveva tratto dal programma da lui scritto né vantaggio commerciale né utile personale (è un dipendente stipendiato della società russa di software che vende il programma di decrittazione in questione).³⁴¹ Non sembra, a prima vista, che Dmitri abbia commesso alcun reato negli Stati Uniti. L'imputazione sembra basarsi sul fatto che il programma dimostrativo di Dmitri era stato reso disponibile su Internet, quindi era

³³⁸ Ci si può interrogare perché venne negli Stati Uniti, sapendo o dovendo sapere che si trattava di un Paese in cui non esiste libertà di espressione quando si entra nell'arena sacrosanta del copyright, e che ogni atto nocivo ai monopolisti della celluloide e della musica può condurre alla prigione.

³³⁹ V. Templeton, cit. p. 1.

³⁴⁰ C'è chi sostiene che un'altra ragione potrebbe essere che Dmitri è russo. (In effetti, finora solo due persone sono state arrestate per violazione del DMCA, entrambe straniere).

³⁴¹ L'elemento dell'interesse economico sussiste anche se una copia è fatta per solo uso personale, o per ottenere indirettamente benefici. V. in Italia il nuovo art. 171 bis L. 18 agosto 2000, n. 248 (a modifica della legge 22 aprile 1941, n. 633: "per trarne profitto". (In Italia, i tribunali avrebbero probabilmente interpretato il concetto di "profitto personale" includendovi, per esempio, l'opportunità di Dmitri di aver trovato impiego dalla Elconsoft).

disponibile in tutti i Paesi del mondo, quindi negli Stati Uniti, quindi egli era soggetto alla giurisdizione dei tribunali americani. Imprudentemente, Dmitri venne negli Stati Uniti confidando di poter impunemente sfidare il DMCA (che non poteva non conoscere).³⁴²

Lascia costernati che un giudice federale di San Francisco abbia proceduto con tanta leggerezza.³⁴³ Questo giudice aveva discrezionalità per adottare una plausibile e difendibile interpretazione, e avrebbe dovuto farlo, anche per evitare l'imbarazzante incidente internazionale. Le vendite del programma erano state effettuate dal datore di lavoro di Dmitri, un soggetto giuridico separato, di cui Dmitri non era il legale rappresentante, né aveva in esso alcun interesse economico. Percepiva uno stipendio, come qualsiasi altro dipendente. C'era sufficiente spazio per il giudice di trovare ragioni in base alle quali, specialmente in questo particolare caso, non fosse necessario ordinare l'arresto del visitatore straniero. Si può, comunque, ancora capire il giudizio di un giudice di tribunale di prima istanza. Che però il Ministro della giustizia americano, noto e abile giurista, non abbia capito al volo la situazione e non abbia reagito, entro poche ore, per consigliare che si mettessero a posto le cose, si liberasse il programmatore e ci si scusasse con il governo russo, è veramente incomprensibile. Saranno felici i nostalgici della guerra fredda: qui si potrebbe avviare una nuova, quella degli Stati Uniti contro il mondo intero, la guerra fredda dell'industria digitale. Questa volta, però, gli Stati Uniti, che si compiacciono di proclamarsi paladini di libertà e alta moralità civica, dovranno incassare le giustificate critiche proprio di coloro—i russi—che essi hanno continuamente accusato, in passato, di essere colpevoli di calpestare la libertà di espressione dei propri cittadini.³⁴⁴ L'accusa si basa naturalmente sul fatto che il programma in questione è stato collocato in Internet, ed è quindi disponibile a tutti i Paesi del mondo, compresi gli Stati Uniti, e che pertanto Dmitri è soggetto alla giurisdizione dei tribunali americani. Questo significa anche che un americano che si esprima, in Internet, negativamente sulla fede musulmana potrà essere arrestato (e forse

³⁴² La credulità e l'ingenuità non portano lontano.

³⁴³ Un commentatore notò: "The law is clear. If you traffic in anticircumvention devices for profit, you have committed a federal crime that might cost you up to \$500,000 and five years in prison. So the FBI and federal attorneys had no choice. Adobe wanted this man arrested. So they had to arrest him." Siva Vaidhyathan. "Putting a Lock on e-Books." <http://www.msnbc.com/ews/602444.asp?Osi=->, p. 3. Credo, con rispetto per l'autore, che questa analisi sia troppo perentoria, come ho spiegato nel testo. (Mancava nella fattispecie l'elemento del profitto).

³⁴⁴ V. Siva Vaidhyathan. "Putting a Lock on e-Books." <http://www.msnbc.com/ews/602444.asp?Osi=->, p. 1 ("America has always assumed the moral high ground over the way China and Russia trample the rights of their citizens to free expression. So it's pretty embarrassing that U.S. officials have arrested a Russian software engineer and charged him with a violation of law he might have broken while working in Moscow—if he broke a law at all").

decapitato) se visita un Paese islamico; un americano che distribuisca informazione storica sulla seconda guerra mondiale può essere arrestato in Francia; e uno che pubblichi uno scritto anti-comunista può essere arrestato (può capitargli anche di peggio) se visita la Cina. Non c'è di che protestare. E' deplorabile che a dare inizio a questo tipo di "terrorismo" giudiziario siano proprio gli Stati Uniti, Paese che protestò con grande veemenza quando la Francia ordinò alla Yahoo! (società californiana) di non fare da tramite per vendite negli Stati Uniti di oggetti commemorativi nazisti perché ciò era vietato in Francia; e quando la Germania arrestò un dirigente della Compuserve perché questa società ospitava media potenzialmente illegali in Germania. Non può sfuggire l'analogia di questa pretesa americana con la "fatwa" del governo iraniano contro Salman Rushdie, che scandalizzò a suo tempo il mondo occidentale.

Il prof. Lessig commentò, all'indomani dell'arresto di Dmitri: "Gli autori hanno un importante e legittimo interesse a vedere protetti i loro diritti. La legge dovrebbe aiutarli quanto può. Ma la legge non dovrebbe spingere il suo potere oltre la protezione del copyright, e non dovrebbe criminalizzare attività che sono fondamentali per la ricerca ai fini della crittazione e della sicurezza. . . . Questo [il DMCA] è cattivo diritto e cattiva politica. Essa non solo interferisce con il legittimo uso di materiale coperto da copyright, ma mina la sicurezza in generale. La ricerca nel campo della sicurezza e della crittazione dipende dal diritto di penetrare le barriere e comunicare al mondo come lo si è fatto. Solo se le inefficienze vengono scoperte e descritte apertamente esse possono essere corrette".³⁴⁵ Lessig concluse: "Il sig. Sklyarov continua a languire in prigione, interrogandosi, sconcertato non c'è dubbio, su come possa accadere che una società libera imprigioni una persona solo perché questa ha scritto un codice [software], legittimo dove è stato scritto, ed è venuto negli Stati Uniti per riferire sulle debolezze di un sistema di crittazione."³⁴⁶

I pericoli che si annidano nel DMCA sono oggetto di reazioni dell'opinione pubblica, e anche di iniziative (poco costruttive) di membri del Congresso miranti a riaffermare alcuni principi tradizionali del "fair use", a potenziare certi specifici diritti di "fair use", e ad abolirne altri, nel nuovo e immensamente allargato mercato aperto della www. In effetti, il pubblico americano non accetta che gli siano sottratti certi diritti che prima del DMCA erano considerati pacifici, elementi essenziali del compromesso costituzionale fra i diritti di libertà

³⁴⁵ Lawrence Lessig. "Jail Time in the Digital Age." <http://www.nytimes.com/2001/07/30/opinion/30LESS.html> (30 luglio 2001), p. 2.

³⁴⁶ Lessig, cit. p. 2.

del cittadino e il monopolio riconosciuto, per il "progresso delle Arti", al titolare del diritto di autore: dalla possibilità per lo studente di fotocopiare pagine di un libro presente in una biblioteca pubblica per compilare una sua ricerca, al diritto dello spettatore di fare copia di un film mostrato in televisione per vederlo in un momento successivo, a quello di copiare dalla colonna sonora di una cassetta a noleggio una particolare canzone della durata di qualche minuto, a quello dell'utente di un personal computer di fare prudenzialmente copie di riserva delle informazioni che ha accumulato nella "memoria" (con l'implicita autorizzazione degli autori che hanno "trasferito" al PC, e così resa accessibile l'informazione al proprietario del PC); e altri usi permessi. Tradizionalmente, era legale fare tutto questo senza pagare compensi né chiedere approvazioni preventive al titolare del diritto d'autore: e tutto questo è giustamente considerato essenziale per il pieno esercizio dei diritti di libertà di espressione sanciti dalla Costituzione americana. Il deputato democratico Dick Boucher, per esempio, sostiene che il Congresso dovrebbe emendare la legge e sancire come reato l'elusione delle misure di sicurezza solo se intese a violare il "copyright", confermando i diritti di "fair use" almeno nell'ambito della scuola e delle biblioteche pubbliche. Egli sostiene anche un possibile compromesso fra gli interessi dell'industria e i diritti del cittadino in materia di riproduzione dei programmi televisivi, il quale consisterebbe nell'impiego obbligatorio di tecnologie già esistenti per impedire la copia dei programmi, con la eccezione di un numero illimitato di copie per uso personale dei programmi "liberi", e di una sola copia, sempre per uso personale, dei programmi "pay-per-view".³⁴⁷ Occorre tenersi in guardia da questi consigli. Le mezze misure sono spesso più pericolose di nessuna, e questi suggerimenti di "ragionevole" compromesso non risolveranno nulla: le proposte "minime" non affrontano il problema che sta alla radice, cioè che il "fair use" deve rimanere; ma se non può essere esteso come tale, così come è, al mondo Internet, nuovi "fair uses" dovranno essere creati per ottenere il risultato che fu alla base dell'accordo fra i sostenitori e gli avversari del diritto d'autore. Ogni produzione di nuove leggi che usa i vecchi modelli—anche se apparentemente include concessioni rispetto al DMCA—è in realtà

³⁴⁷ Boucher propone inoltre, e questo mi sembra demagogica, che siano legislativamente riaffermati o estesi (ma al contempo limitati ad aree ristrette) i diritti di "fair use" in alcuni campi quali l'insegnamento a distanza (in cui PC e Internet stanno sostituendo la TV a circuito chiuso), la applicazione al commercio "online" di materiale librario e di CD, la dottrina dell'esaurimento del diritto con la prima vendita, la liceità delle copie temporanee e parziali, il permesso di conservare copie "prudenziali" di qualunque software lecitamente acquistato, la libertà di applicare nella Rete la libertà di cui godono gli esercizi commerciali di permettere audizioni di brani musicali ai possibili acquirenti, le facoltà per gli acquirenti di CD di "immagazzinare" presso servizi "online" i CD acquistati per potervi accedere in seguito, in qualsiasi momento.

inaccettabilmente restrittiva dei diritti acquisiti dei consumatori. Il pubblico deve perciò insorgere—come ha fatto, nel campo dei brevetti di invenzione, contro Monsanto nel caso delle sementi c.d. "Terminator". Si è visto quale è stata la sorte della Monsanto. Analogo destino dovrebbe essere riservato nel campo del diritto d'autore agli abusi delle case discografiche e cinematografiche. Il pubblico deve insorgere perché sia riconosciuto un suo nuovo "fair use" di contenuto almeno uguale a quello di cui godeva prima della rivoluzione Internet.

Saranno probabilmente tanti quelli che aspettano con tensione e non senza una punta di malizia il momento in cui un programmatore americano verrà arrestato, in Russia—in circostanze più o meno paragonabili a quelle applicate nel caso di Dmitri (magari in base a un futuro "DMCA" russo)—solo per avere scritto, negli Stati Uniti, un programma che non piace a una società di software russa. Essi pregustano certamente la campagna d'odio che l'America scatenerà, con invettive contro i russi "incivili" che calpestano i diritti fondamentali dell'uomo. Adattando le parole di Niemoeller alla situazione creata dal DMCA, il Forno conclude che in America, prima vennero ad arrestare gli "hacker", poi cercarono di eliminare il DeCSS, poi vennero per distruggere Napster, poi vennero a prendere i crittografi, poi vennero a prendere i ricercatori e i curiosi; infine vennero a prendere me, ma a quel tempo non c'era più nessuno che potesse protestare".³⁴⁸

Il problema deve essere affrontato alla radice. Se i criteri tradizionali per l'esercizio di questo diritto non possono essere trasferiti nel mondo Internet, vuol dire che nuovi criteri dovranno essere creati per ottenere un risultato paragonabile a quello che fu alla base del compromesso vigente fra i sostenitori e gli avversari del diritto di copyright.

Pochi in Italia hanno sentito della storia di Dmitri.³⁴⁹ Il pubblico deve invece sapere, per poter combattere vigorosamente la battaglia per mantenere il diritto di libertà di

³⁴⁸ Il Forno citò una frase di Niemoeller, v. <http://www.infowarrior.org/articles/2001-05.html>: "In Germany, they first came for the Communists, and I didn't speak up because I wasn't a Communist. Then they came for the Jews, and I didn't speak up because I wasn't a Jew. Then they came for the trade unionists, and I didn't speak up because I wasn't a trade unionist. Then they came for the homosexuals, and I didn't speak up because I wasn't a homosexual. Then they came for the Catholics, and I didn't speak up because I was a Protestant. Then they came for me, but by that time there was no one left to speak up." Martin Niemoeller, Dachau, 1945; Forno, cit. p. 1. Parlando di una proposta di legge britannica (l'Electronic Communications bill, ritirato, ma destinato a ricomparire sotto altro nome), Richard Stallman. "Waiting for the Knock." <http://www.stallman.org/knock.html>, dice: "You never know what might lead the secret police to your door. Take the necessary precautions now, because the only thing worse than fearing the knock on the door is being oblivious to the danger." (Churchill diceva che si vive in un regime democratico quando chi bussa alla porta alle sette di mattina non può essere che il lattaiolo).

³⁴⁹ V. però, Rai.it, <http://www.rai.it/RAInet/cultura/pu.../1,2409> etc. (30 agosto 2001).

espressione anche nel mondo Internet. La tragedia dell'11 settembre 2001 fece presto dimenticare il destino di Dmitri. L'episodio non è ancora definito (ottobre 2002). In dicembre 2001 è stato concesso a Dmitri di ritornare in Russia dopo avergli fatto promettere che si presenterà al dibattimento in America e che testimonierà contro il suo datore di lavoro, la ElconSoft. Il suo ritorno in Russia è soggetto all'esercizio dei poteri "extraterritoriali" degli Stati Uniti che, tramite il tribunale investito del caso, eserciterà la "supervisione" di Dmitri (in Russia), inclusi regolari rapporti telefonici di Dmitri al *Pretrial Services Department*. (Mi chiedo dove andremmo a finire se i 200 e più Paesi del mondo esercitassero un imperialismo giudiziario del tipo qui descritto, e pretendessero di regolarmente applicarlo).³⁵⁰ Giusto per farsi un'idea della tragicità di questa farsa, ricordo che Dmitri rischia una pena di 25 anni in prigione (cinque anni per ognuna delle cinque violazioni del DMCA che, secondo l'accusa, avrebbe commesso) e una multa fino a \$2,25 milioni.³⁵¹ Questa è, più o meno, la stessa pena prevista, negli Stati Uniti, per un efferato assassinio, una violenza carnale, una rapina a mano armata. Per che cosa? Per avere scritto un programma che abilita la lettura di un eBook, naturalmente dopo avere regolarmente acquistato il libro (il programma di Dmitri richiede l'inserimento del numero di serie del libro, prima di poterlo leggere).³⁵²

Il tentativo maldestro di imbrigliare la libertà di espressione, inscenato dall'industria dello spettacolo con il DMCA, ha oltrepassato la misura. E' incomprendibile che l'autorità americana preposta alla tutela della concorrenza – in altri campi potente e aggressiva – non sia intervenuta. Dal Congresso è difficile che venga aiuto, la libertà di espressione nell'arena del copyright potrà essere salvata solo dalla Corte Suprema, ammesso che accetti di esaminare la costituzionalità del DMCA, legge che, facendo le debite proporzioni, evoca il

³⁵⁰ La convinzione di poter applicare le proprie leggi anche al di fuori del proprio ambito di sovranità fa parte della consapevolezza dell'America di essere investita del *manifest destiny* di guidare il mondo (non solo militarmente). Sono note le imposizioni al mondo intero delle leggi americane relative ai valori immobiliari (la mancanza di perfezione di queste leggi è stata recentemente dimostrata dagli scandali contabili di Enron, WorldCom, e tante altre società americane). Lo stesso si può dire delle leggi antitrust. E anche di quelle fiscali. V. Nicola Walter Palmieri. "Section 6038A Violates The Constitution and International Law," *54 Tax Notes (Special Report)* 1017-21 (1992). Si è letto recentemente nei quotidiani che gli Stati Uniti già si preparano a fare il processo a un capo di Stato estero. V. "L'ONU si muova o agirò da solo contro Saddam", in "La Stampa" dell'8 ottobre 2002 ("Il dipartimento di Stato ha cominciato a mettere insieme un dossier per l'eventuale processo contro Saddam").

³⁵¹ Dmitri ha 28 anni. Se gli venisse comminato il massimo della pena, resterebbe in prigione fino all'età di 53. (Continuando con queste ipotesi, Dmitri uscirebbe di prigione a 88 anni se, per sua sfortuna, gli fossero state contestate 10 violazioni del DMCA. Mi interrogo perché il DMCA non abbia previsto l'ergastolo per chi abbia accumulato più di 10 violazioni; e la pena di morte per i recidivi).

³⁵² V. Michelle Delio. "Russian Hacker Charges Dropped," <http://www.wired.com/news/print>.

doloroso ricordo di quei Paesi – alcuni fra i quali erano stati la libera patria di sommi pensatori e artisti – nei quali proprio i falò di libri e la museruola a chi osava esprimersi hanno, nello scorso secolo, e per lunghi periodi, “spento le luci”.³⁵³ La storia degli Stati Uniti è comunque costellata di episodi nei quali le solenni parole di libertà espresse dai padri della costituzione sono state violate, non palesemente come è avvenuto spesso in Europa, ma sotto un mendace manto di “legalità”.

La libertà di espressione in Internet ha perso i primi round nel campo del copyright. Tim Neu scrisse all'indomani dell'arresto di Dmitri Sklyarov: “Voi forse non lo sapete ancora, ma la libertà di parlare e comunicare informazioni veritiere è stata abolita. . . . Tanto vale abrogare il 1° Emendamento.”

I. La Direttiva 2001/29

Nel 2001, la Commissione europea ha adottato una propria Direttiva sul DMCA, la 2001/29, imitazione concettualmente perfetta della legislazione americana.³⁵⁴ Questa Direttiva, come di consueto per i testi di legge comunitari, è un esempio penoso di superficialità, che non segue alcun criterio di ragionamento logico-giuridico, svia il lettore con il frasario vuoto dei posti di lavoro che si perderebbero senza una forte tutela della proprietà intellettuale, dell'economia europea gravemente compromessa dai pirati informatici, della dichiarata (ma non provata) innovazione e competitività che l'industria informatica apporta al benessere delle nazioni, della indispensabile armonizzazione che (sembra) si possa ottenere nel mercato interno solo imitando gli americani. L'argomento convincente sarebbe quindi che l'industria europea subirebbe grave danno sui mercati mondiali se l'industria dell'informazione americana godesse di tutele che vanno al di là di quelle concesse all'industria europea.

Ecco un florilegio di questo stile legiferativo della Commissione.

“(3) L'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della

³⁵³ Il 1933 è ricordato, in Germania, con la frase: *In Deutschland gingen die Lichter aus.*”

³⁵⁴ Direttiva 2001/29/EC. La Commissione ritiene di essere stata obbligata all'emissione di questa Direttiva dai suoi “impegni internazionali”. Il concetto è il seguente: gli USA emettono una legge (il DMCA), le norme vengono trasferite in Trattati internazionali (i WPPT e WCT, v. *infra*) ed ecco che, come giustamente nota Zoellick nel 2002 Special 301 Report, tutto il mondo deve adottare il DMCA. V. anche nota di J. Boyle in “Financial Times” del 21 febbraio 2001.

libertà d'espressione e dell'interesse generale. (4) Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore . . . creando . . . 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. (8) Le varie implicazioni sociali e culturali della società dell'informazione richiedono che si tenga conto della specificità del contenuto dei prodotti e dei servizi. (9) Ogni armonizzazione del diritto d'autore . . . dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà. (47) Per evitare soluzioni legislative frammentarie che potrebbero ostacolare il funzionamento del mercato interno è necessario prevedere una protezione giuridica armonizzata contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche e contro la fornitura di dispositivi e prodotti o servizi a tal fine".³⁵⁵

Questi passaggi del Preambolo, se fossero stati scritti nell'ambito del corso di "legal drafting" da uno studente di primo anno di una Law School americana, avrebbero comportato la perdita dell'anno accademico, se non addirittura l'espulsione dalla scuola. Le frasi sono scollegate, vi si fanno affermazioni senza base logico/giuridica, il discorso si disperde in molte direzioni inutili all'obiettivo da raggiungere, la maggior parte delle statuizioni sono inconferenti e irrilevanti; non si riscontra argomentazione probatoria, manca la dialettica giuridica ragionata dei punti chiave del problema esaminato che pare siano: (i) la reale entità della pirateria e del presunto danno da essa causato; (ii) i vantaggi diretti e indiretti all'industria dalla pirateria (pubblicità, scoperta, e acquisto legittimo, da parte dei pirati, di più ampia informazione, acquisto di biglietti di teatro e concerti per assistere alle rappresentazioni degli artisti "conosciuti" attraverso il materiale "rubato"); (iii) più in generale, i vantaggi dell'industria dall'effetto rete e gli eventuali effetti compensatori di questi benefici rispetto alle perdite causate dalla pirateria; (iv) l'effettiva utilità o il danno, alla innovazione e competitività da una forte (o anche eccessiva) protezione della proprietà intellettuale. Senza merito è l'insistenza della Commissione di enunciare un proprio, nuovo principio giuridico, quello che la proprietà intellettuale "è un diritto di proprietà", il che è in

³⁵⁵ V. il testo completo della Direttiva in Appendice.

contrasto con il diritto positivo, perché la "proprietà" intellettuale rappresenta un monopolio temporaneo, non una proprietà, e non è pensabile che un istituto giuridico come quello della proprietà, che tutti i giuristi comprendono bene, da millenni, cambi radicalmente caratterizzazione solo perché la Commissione europea, senza analisi giuridica di una qualche dignità, enuncia la nuova definizione.³⁵⁶

La situazione europea è più grave di quella americana perché, contrariamente agli Stati Uniti, dove bene o male vige la protezione del 1° Emendamento che, anche se funziona a intermittenza, porta di tanto in tanto al crollo delle leggi che non superano l'esame di conformità costituzionale (che potrebbe anche nel caso del DMCA indurre la Supreme Court a ristabilire l'equilibrio fra gli interessi in gioco), l'Europa ha, nello sfondo della legge sul copyright, un vuoto costituzionale, e la protezione del copyright si riduce qui, essenzialmente, nel fornire agli autori la possibilità di una remunerazione.³⁵⁷ Anche se in ciascuno degli Stati dell'Unione Europea la libertà di espressione è protetta, non vige qui il principio che il diritto di esclusiva del diritto d'autore debba essere temperato dalla libertà di espressione, e non esiste, nei diritti europei della proprietà industriale, una norma limitativa del diritto paragonabile alla *Copyright Clause* americana, anche se esistono le eccezioni dell'uso permesso.³⁵⁸ Il DMCA non avrebbe dovuto essere trasferito da un sistema a un altro, dove vigono principi legislativi diversi e il tessuto normativo è profondamente differente da quello americano.

I Parlamenti europei – i quali hanno tradizione legislativa/giuridica – accettano senza protestare. La Direttiva 2001/29 sarà fra poco legge in tutti gli Stati dell'Unione.

³⁵⁶ La conclusione della frase al punto n° 9 del preambolo è totalmente estranea al discorso che precede. Piccante il n° 10: "Per continuare la loro attività creativa e artistica [per 70 anni dopo la loro morte!], gli autori . . . debbono ricevere un adeguato compenso . . ." Sono in tutto 61 punti, tutti di questo tenore.

³⁵⁷ V. però la precisa analisi della Corte di cassazione, *infra*, nell'introduzione del Cap. V.

³⁵⁸ E' sempre ancora attuale quanto scrisse James Boyle nel 2001: "*The European Parliament is now debating a copyright directive that raises exactly the same issues [giving state powers to restrict speech by the back door]. The only differences are that the Internet has replaced the book trade, and that Macauley [the British MP of the 1840s the best-known spokesman of the opponents to the extension of the copyright term] and his fellow sceptics are poorly represented. A few of the absurdities of the US's Digital Millennium Copyright Act have been avoided, but broadly speaking, this is a victory for the protectionists. That is a shame. The conventional wisdom about cyberspace is that it will lower the cost of copying and thus increase piracy. In order to maintain adequate incentives we must increase copyright protection, imposing taxes on media or devices that might be used for unauthorized copying, cutting back on the 'fair use' or 'fair dealing' rights of consumers and future creators, allowing media companies to wrap their product in digital barbed wire and making it a violation (even for a legitimate purchaser) to cut that barbed wire. This conventional wisdom is wrong, or at least incomplete. It is wrong whether one looks at copyright as a system of economic incentives or a sacred natural right*". James Boyle. "Comment and Analysis: Whigs and hackers in cyberspace: Copyright regulations before the European parliament should be treated as sceptically as they were by the Victorians," "Financial Times" del 21 febbraio 2001.

J. Il caso *Eldred*

Il 19 febbraio 2002 la Corte Suprema americana ha accettato di riesaminare *Eldred v. Ashcroft*.³⁵⁹ Eric Eldred, un editore *online* di opere passate in dominio pubblico scoprì, al momento in cui stava per pubblicare sul suo sito diversi libri che ragionevolmente pensava fossero ormai liberi, che il "Copyright Term Extension Act" (CTEA) del 1998 gli impediva di farlo. Il prof. Lessig venne in suo soccorso,³⁶⁰ assunse la difesa di Eldred e di otto altre parti e, nel gennaio 1999, presentò il caso alla United States District Court per il District of Columbia, sostenendo (1) che il CTEA violava il Primo Emendamento, (2) che rendendo gli effetti del CTEA retroattivo, il Congresso aveva violato l'autorità conferitagli dalla "Copyright Clause" dell'Art. 1 della Costituzione, e (3) che il CTEA violava l'istituto giuridico del "pubblico affidamento". Il tribunale distrettuale tagliò corto con questi argomenti e rigettò

³⁵⁹ Modificato su un aspetto non essenziale il 25 febbraio 2002, v. Docket for 01-618 in <http://www.supremecourt.us/docket/01-618.htm>. V. anche Damien Cave, "Mickey Mouse v. The People," <http://www.salon.com/tech/feature>; Gayle Horwitz, "Is Congress Mickey-Mouse-ing With Copyrights?" <http://www.law.com>; Malla Pollack, "What is Congress Supposed to Promote?" <http://eon.daw.harvard.edu/openlaw>; Dan Gillmore, "Copyright Dictators are Winning Out," <http://www.siliconvalley.com/mlid>; Dan Carnevale, "Supreme Court Will Hear Copyright Case Affecting Online Resources," <http://chronicle.com/free>; Kendra Mayfield, "Setting Boundaries on Copyrights," <http://www.wired.com/news/politics>; John Naughton, "Mickey Mouse Threatens to Block All Ideas in Future," <http://www.observer.co.uk/business/story/>; "US Copyright Review Shocks Hollywood," <http://news.bbc.co.uk/hi/english/business>; v. Petition for a Writ of Certiorari (01-618) dell'11 ottobre 2001; Brief for the Respondent in Opposition (01-618) del dicembre 2001; Reply Brief for the Petitioners (01-618) del 20 dicembre 2001; e numerosi Amicus Curiae Briefs (*Eldred v. Ashcroft*) fra cui quello dei Copyright Law Professors, the Internet Archive, Eagle Forum Education & Legal Defense Fund and the Cato Institute, Balkin, Benkler, Neuborne & Rubinfeld, American Association of Law Libraries et al.; v. le decisioni *Eldred v. Reno*, USDC, D.C.C., CA 99-0065 del 27 ottobre 1999 in <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvreno>; *Eldred v. Reno*, USCA, D.C.C., 99-5430 del 16 febbraio 2001 in <http://www.cyber.law.harvard.edu/cc/>; *Eldred v. Ashcroft*, USCA, D.C.C. (Denial of Rehearing En Banc) su ricorso del 13 luglio 2001, <http://pacer.cadc.uscourts.gov/>; v. anche Daren Fonda, "Copyright Crusader," <http://www.boston.com/globe/magazine/8-29/featurestory1.shtml>; James Surowiecki, "Righting Copywrongs," <http://www.newyorker.com/printable>. "Gone With the First Amendment," <http://www.nytimes.com/2001/05/01/opinion>: nel 2001, Alice Randall cercò di pubblicare la sua opera "The Wind Done Gone", una parodia della storia di "Gone With the Wind" vista dalla prospettiva degli schiavi africani. Gli eredi di Margaret Mitchell prontamente chiesero e ottennero un'ingiunzione, sostenendo che avevano il diritto di controllare la storia di "Via col vento" per molto tempo ancora, nel XXI° secolo. (La causa pende dinanzi alla Corte d'appello dell'11° Circuito; è quasi impensabile che Alice Randall non riesca a prevalere, dati i precedenti giudiziari che realmente non davano al giudice federale distrettuale di Atlanta la base per emettere l'ingiunzione. (Nella sentenza c.d. dei "Pentagon Papers", la Corte Suprema aveva statuito, 30 anni prima, che "only a showing of concrete, immediate risk to the nation could justify a judicial order imposing a prior restraint on any kind of publication.").

³⁶⁰ Nel suo recente libro, *The Future of Ideas*, Lessig osserva: "No one industry should have the power to veto the Net's development. No single set of interests should be able to decide what innovations are best." Lawrence Lessig. *The Future of Ideas*, New York: Random House, 2001, p. 254.

la domanda.³⁶¹ Specificamente, il tribunale trovò che sulla base di un precedente vincolante nel suo Circuito di Corte d'Appello, *United Video v. FCC*,³⁶² non esisteva un diritto, garantito dal Primo Emendamento, di usare opere coperte da copyright appartenenti ad altri; sul secondo motivo il tribunale citò la famosa sentenza della Corte Suprema *Sony v. Universal Studios*³⁶³ e sostenne che in quel caso la Corte aveva stabilito che il Congresso aveva il potere di definire l'ambito del copyright e che, in base a un caso risalente al 1843, *McClung v. Kingsland*,³⁶⁴ il Congresso aveva il potere di emanare leggi retroattive di protezione del copyright; sul terzo punto il tribunale statuì che l'argomento era irrilevante perché l'istituto del pubblico affidamento si applicava nel contesto di acque navigabili, non di copyright.³⁶⁵

La causa non ebbe miglior sorte in Corte d'appello. Questa confermò, citando lo stesso precedente al quale si era già riferito il tribunale, che tale precedente costituiva una barriera insuperabile all'applicazione del Primo Emendamento.³⁶⁶ Sulla questione se il CTEA violava i limiti della Copyright Clause—che cioè la protezione di copyright non potesse essere concessa se non per un “periodo limitato”—la Corte richiamò un proprio precedente, *Schnapper v. Foley*,³⁶⁷ nel quale essa aveva stabilito che il paragrafo introduttivo della Copyright Clause non limitava i poteri del Congresso, e concluse che la pretesa degli attori era chiaramente bloccata da questo precedente.³⁶⁸

L'opinione della maggioranza rispetto alla interpretazione del caso *Schnapper* indusse il giudice David B. Sentelle a pronunciare un vigoroso dissenso. Sentelle scrisse che la Copyright Clause era palesemente uno fra i poteri del Congresso “specificamente elencati”, come tale soggetto ai “limiti esterni”, né più né meno come lo era la Commerce Clause. Inoltre, disse il giudice, quali siano i limiti posti al potere del Congresso di emanare leggi in materia di copyright lo si può dedurre dalla lettera della clausola laddove essa conferisce al Congresso il potere di fare una cosa, e una sola, cioè “promuovere il progresso della scienza e delle arti utili”.³⁶⁹ Come può farlo? “Assicurando agli autori e inventori, per un limitato periodo di tempo, il diritto esclusivo sui loro rispettivi scritti e le scoperte.” Basandosi su questa interpretazione restrittiva del testo costituzionale, Sentelle affermò che “il

³⁶¹ *Eldred v. Reno*, 74 F.Supp. 2d 1, 3 (D.C. 1999).

³⁶² 890 F.2d 1173 (D.C. Cir. 1989).

³⁶³ 464 U.S. 417 (1984).

³⁶⁴ 42 U.S. (1 How.) 202.

³⁶⁵ *Eldred*, 74 F.Supp. 2d at 4.

³⁶⁶ *Eldred v. Reno*, 239 F.3d 372, 375 (D.C. Cir. 2001).

³⁶⁷ 667 F.2d 102, 112 (1981).

³⁶⁸ *Id.* at 378.

³⁶⁹ *Id.* at 381.

prolungamento di diritti in essere del copyright non risponde al mandato costituzionale di 'promuovere le arti utili', e neppure a quello di assicurare l'esclusività per un periodo limitato di tempo."³⁷⁰ Il giudice, prendendo atto che la maggioranza aveva ammesso che il Congresso avrebbe ecceduto i poteri conferitigli dalla Copyright Clause se avesse concesso una protezione permanente, osservò che "non vi è apparente differenza sostanziale fra protezione permanente e autorità permanentemente disponibile di estendere una protezione originariamente limitata." Da ultimo, Sentelle sostenne che il CTEA non assicurava il diritto di copyright per un limitato periodo di tempo ma piuttosto prolungava l'esclusività in precedenza assicurata. Sono due cose "totalmente differenti", disse il giudice, e farlo esula dai poteri enumerati; ed è incostituzionale."³⁷¹ La discussione orale dianzi alla Corte Suprema ha avuto luogo il 9 ottobre 2002.³⁷²

I giudici di maggioranza osservarono, formalisticamente, che la interpretazione data dal collega dissenziente a *Schnapper* era stata svolta in una comparsa *amicus curiae* ma non era stata fatta propria dagli attori, e che perciò la maggioranza non la aveva presa in esame. La maggioranza disattese anche l'argomento che una serie di prolungamenti del tempo di protezione del copyright avrebbe creato, *de facto*, una protezione permanente, osservando che "la dimensione temporale del CTEA è in realtà molto più modesta: la legge non fa altro che allineare il periodo di protezione del copyright negli Stati Uniti a quello concesso nell'Unione Europea." Infine, la maggioranza disattese l'argomento che prolungare la durata della protezione del copyright non promuoveva il progresso, e definì questo argomento "una pedantesca visione del progresso" ("*a rather crabbed view of progress*").³⁷³

Gli attori chiesero che la causa venisse riesaminata dalla sezione unita (*en banc*) (rinnovando nella loro istanza i propri argomenti, specificamente che la Corte aveva errato nel non esaminare l'argomento presentato nella comparsa *amicus curiae*, che cioè il CTEA violava la Copyright Clause perché il prolungare i copyright esistenti non promuoveva la scienza e le arti utili).³⁷⁴ La Corte ribadì che non sarebbe stato appropriato trattare l'argomento esposto nell'*amicus brief* perché gli attori non solo non lo avevano adottato, ma anzi avevano ammesso che il preambolo della Copyright Clause non costituiva un limite di natura sostanziale al potere del Congresso. La Corte aggiunse: dato che l'argomento

³⁷⁰ *Id.* at 382.

³⁷¹ *Id.*

³⁷² La sentenza sarà probabilmente pubblicata in primavera del 2003.

³⁷³ *Id.* at 379.

³⁷⁴ *Eldred v. Ashcroft*, 255 F.3d 849, 853 (D.C. Cir. 2001).

dell'*amicus brief* presenta una questione costituzionale non sollevata da una delle parti, la questione non è matura per deliberazione, e la Corte non può pronunciare.³⁷⁵

Il giudice Sentelle–al quale si associò il giudice David S. Tatel–scrisse ancora una volta un'opinione di dissenso, argomentando che, pur essendo vero che tradizionalmente le comparse *amicus curiae* non possono sollevare nuove eccezioni (*issues*), la posizione assunta dalla maggioranza ne eliminava il ruolo che invece, tradizionalmente, a esse era stato sempre riconosciuto, perché l'impostazione della maggioranza avrebbe impedito agli *amici* di sollevare qualsiasi nuovo argomento (*arguments*). Se si lasciava che l'opinione della maggioranza si affermasse essa avrebbe in sostanza bloccato gli *amici* futuri dall'aggiungere qualsiasi cosa tranne forse qualche "arabesco retorico" agli argomenti già esposti e accettati dalle parti. Il giudice Sentelle riesprese il suo dissenso sulla questione costituzionale, con veemenza ancora maggiore: "l'interpretazione fatta dalla Corte della Copyright Clause . . . rende il potere conferito al Congresso dall'Art. I, § 8, cl. 8 illimitato, in spregio alle espresse limitazioni contenute in detta clausola."³⁷⁶

Quando la vedova del cantante Sonny Bono, signora Mary Bono, rappresentante repubblicana della California al Congresso americano,³⁷⁷ apprese che la Supreme Court aveva accettato il riesame della legge "Sonny Bono",³⁷⁸ essa reagì con una frase che "non supera il test del sorriso" direbbero gli americani: il precetto della protezione dei diritti d'autore "per un periodo limitato di tempo" contenuto nella Costituzione americana è da considerarsi soddisfatto", secondo la signora, "fintantoché la legge si limiti a concedere la protezione "per l'eternità meno un giorno".³⁷⁹

³⁷⁵ *Id.* at 851.

³⁷⁶ *Id.* 854. Lessig ha presentato un'ulteriore attacco al CTEA con il caso *Golon v. Ashcroft*, ancora in fase iniziale dinanzi al tribunale distrettuale federale del Colorado. Sia *Eldred* che *Golon* chiedono che i tribunali considerino se il Congresso ha abusato del potere legislativo conferito nell'ambito della Copyright Clause. Sia i sostenitori del continuo sempre maggiore prolungamento del termine del copyright, sia coloro che avversano tale prassi hanno grandi interessi in gioco. Molti si chiedono ora cosa dirà la Corte Suprema sul prolungamento della protezione di copyright per 70 anni dopo la morte dell'autore e su come ciò possa promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, e anche come se la caverà con la retroattività che annulla le legittime aspettative di chi intende usare le opere ormai "libere" dai vincoli del copyright (per non parlare del bizantinismo che escluderebbe gli *amici curiae*).

³⁷⁷ Mary Bono sponsorizzò, nel 1998, il Copyright Terms Extension Act (CTEA) che ha aggiunto 20 anni ai diritti di copyright esistenti e ha esteso i diritti di copyright futuri alla vita dell'autore +70 anni.

³⁷⁸ Il prof. Lawrence Lessig ha assunto la difesa (anche nei gradi inferiori). V. Steven Levy. "Lawrence Lessig's Supreme Showdown," in <http://www.wired.com/wired/archive/10.10/lessig.html>.

³⁷⁹ V. Natalie Shepherd, "The Road To Forever Minus One Day", <http://www.medill.northwestern.edu/docket/01-0618eldred.html>; "Copyright Forever?", [washingtonpost.com](http://www.washingtonpost.com). V. anche: Douglas Gomery, "Research Report: The Economics of Term Extension for Motion Pictures", <http://www.public.asu.edu/~dkarjala/commentary/gomery.html>.

Era stato Thomas Jefferson a insistere che la clausola costituzionale della protezione dei diritti d'autore ne tenesse ridotta la durata a un "limitato" periodo di tempo; egli temeva infatti che altrimenti si sarebbero avute continue estensioni (come infatti si sta verificando).³⁸⁰

K. Commento

Nel sistema costituzionale degli Stati Uniti, accanto al principio generale della libertà di espressione, affermato con forza eloquente dal 1° Emendamento, il Congresso si è valso dell'autorizzazione prevista nella Copyright Clause a concedere diritti esclusivi temporanei sulle opere dell'ingegno al fine di promuovere le scienze e le arti utili. Fra il principio assoluto e penetrante della libertà di espressione e i diritti di monopolio temporaneo, in particolare quello d'autore, era inevitabile che si determinasse qualche conflitto, che fu risolto con il riconoscimento a ciascun cittadino di un diritto di uso personale dell'opera protetta (il c.d. "fair use") e altri. Nel mondo tradizionale della comunicazione questo compromesso è ormai da tempo affermato e non presenta seri problemi. Si deve e si può affermare che la rivoluzione determinata da Internet (se non altro per l'enorme numero degli utenti che in tempo reale accedono a una massa quasi inconcepibile di informazioni e si scambiano innumeri messaggi, per lo più anonimi) costituisca un salto di qualità che giustifichi un ripensamento, nel suo ambito, degli istituti del diritto d'autore, in particolare del diritto d'autore? Concettualmente, a me sembra di no, ma certamente le differenze pratiche fra il "nostro" mondo e quello virtuale di Internet impongono una riflessione, in particolare per quanto riguarda la "zona grigia". E non c'è dubbio che in Internet, che dovrebbe rimanere il regno della libertà, gli eventuali conflitti dovrebbero essere risolti guardando piuttosto al Primo Emendamento che alla difesa estremistica degli interessi di chi sfrutta i sia pur legittimi diritti di privativa.

L'industria dello spettacolo si accinge ad annientare gli usi tradizionalmente consentiti al pubblico dal diritto d'autore. Certo, le vecchie regole devono cambiare, perché oggi non è più necessaria una costosa macchina da stampa per copiare un libro (e tutti vogliono copiare quello che serve loro); e perché anzi ogni opera immessa in Internet è "copiata" integralmente non appena raggiunge la Random Access Memory di un computer.

³⁸⁰ Negli ultimi 40 anni, il Congresso americano ha prolungato il termine della protezione di copyright undici volte. (Al contrario, nei 150 anni precedenti, il termine del copyright era stato prolungato solo due volte, nel 1831 e nel 1909).

(Questa "copia" non è, probabilmente, in violazione della antiquata legge sul diritto d'autore, perché l'invio alla RAM viene effettuato volontariamente dal detentore del diritto di esclusiva). La soluzione a breve termine: chi non gradisce questo tipo di "copia" si astenga dal mettere le sue opere nel commercio Internet. La soluzione a lungo termine: il riesame dei vantaggi e svantaggi del diritto di autore, senza escludere che si possa giungere alla conclusione di abolire del tutto il copyright (come è stato suggerito da molti, molte volte, negli ultimi due secoli).³⁸¹

Quello che l'industria sta cercando di fare è allucinante: vuole instaurare un sistema in cui il consumatore può leggere un libro, vedere un film o ascoltare una musica di cui ha acquistato il DVD, ma una sola volta; per ogni successiva rilettura, visione o riascolto dovrà nuovamente pagare (pay-per-view); vuole abolire il diritto di "prima vendita":³⁸² gli oggetti acquistati non potranno essere prestati, venduti, regalati; anche nella propria casa potranno essere visti o ascoltati solo nelle macchine alle quali sono destinati; e naturalmente non potranno essere registrati ("copiati"). In caso di violazione, l'oggetto si autodistrugge. E' recentissima la notizia che l'industria dello spettacolo si è accordata con i produttori di hardware (PC) per inserire, surrettiziamente, dispositivi di protezione contro la copia in ogni "hard drive". Chi si avventura ad aggirare i dispositivi di protezione, si prepari a trovare lo sceriffo alla porta, e a essere associato alle locali carceri. L'industria sta esagerando. Dan Bricklin scrisse: "La protezione delle copie ci ruba il futuro."³⁸³ Come spesso accade, l'arco troppo teso si spezzerà.

Per riguadagnare il senso della realtà basta guardare alle specifiche tecniche correlate alla "copia" di un DVD (e quindi valutare il "danno" effettivo che tale copia può causare all'industria dello spettacolo). Un film di media lunghezza, su DVD, occupa dai 7 ai 9 GB. Con la tecnologia attuale non lo si può ovviamente copiare su CD (che dispone di soli 650 MB). Lo si potrebbe copiare su hard disk, ma chi lo farebbe? Un drive da 18 GB conterrebbe appena due film DVD, ma la memoria aggiuntiva costa molto di più di due DVD originali. Lo stesso discorso vale per qualsiasi altro mezzo capace di contenere un

³⁸¹ E' stato interessante seguire le peripezie della società Walt Disney, entrata in panico quando il suo "Topolino", creato nel 1927, stava per cadere nel pubblico dominio. Questa volta furono i tedeschi i "salvatori della patria": in Germania il copyright dura 70 anni dopo la morte dell'autore. La Walt Disney trovò che questa idea confaceva al suo caso; e la fece subito approvare dal Congresso americano. (Ora nessuno potrà copiare Mickey Mouse fino al 2023, probabilmente molto più a lungo perché il termine del copyright verrà sicuramente esteso ulteriormente, fino a raggiungere l'obiettivo finale dell'eternità, meno un giorno).

³⁸² V. in Europa la Direttiva 01/84.

³⁸³ Dan Bricklin. "Copy Protection Robs The Future", <http://www.bricklin.com/robfuture.htm>.

simile ammontare di dati, inclusi DVD registrabili. Il danno economico diretto per l'industria dalla copiatura di DVD è quindi poco significativo perché a nessuno verrà in mente di copiare un DVD (tranne ai pirati di professione i quali comunque non si preoccupano di qualsiasi tipo di crittazione perché essi dispongono di macchinari sofisticati che permettono di copiare direttamente i "bit", il che significa che le loro copie sono esattamente uguali all'originale, inclusa la crittazione CSS, e le macchine di riproduzione non noteranno alcuna differenza fra copia e originale: il CSS non riuscirà a fermare questo tipo di vera pirateria). Il DMCA è del tutto inutile rispetto alla copia dei DVD, e il solo scopo della legge sembra essere, a questo riguardo, quello di eliminare la libertà di espressione del pubblico. L'industria farebbe meglio a cercare di soddisfare gli utenti, evitando di attardarsi su inutili posizioni di principio, dannose a se stessa; o togliere il prodotto dal mercato. L'umanità ha vissuto bene con le vetuste videocassette (più idonee alla copiatura, legittimata dalla Corte suprema); può continuare a vivere senza DVD anche in futuro. (La qualità del suono e dell'immagine sarà pure molto migliore nei DVD, ma la stragrande maggioranza di noi comuni mortali non se ne accorge). La vera ragione della feroce lotta per la "protezione dalla copiatura" è un'altra. L'industria dello spettacolo, e con essa i produttori di hardware e parte dei produttori di software, intendono limitare artificialmente l'offerta e mantenere alti i costi, ora che il progresso della scienza e della tecnologia, e il libero mercato, permetterebbero di aumentare ampiamente l'offerta e ridurre i costi.

La causa di questa crisi, come di tante altre, è il progresso che inesorabilmente travolgerà—come è sempre stato nella storia—coloro che cercano di conservare a ogni costo le strutture economiche che li hanno così bene favoriti in passato. Un tempo si doveva per forza andare al teatro se si voleva vedere un'opera: in quattro persone, ciò significava spendere (rapportato ai giorni nostri) \$400 per i biglietti, più la carrozza e forse la cena al ridotto. Oggi si compra la videocassetta, o la si copia dalla trasmissione televisiva in diretta dal Metropolitan, la cassetta registrata costa \$40, quella vergine costa meno di \$4, la si vede, comodamente, quante volte si vuole, nel proprio soggiorno, magari con schermo panoramico, sistema Bang & Olufsen con 4 altoparlanti "surround": molto meglio che al Metropolitan (per non parlare dei sedili scomodi, dei fari obliqui e delle ore piccole all'Arena di Verona).

Le case discografiche sono in procinto di guastarci questo piacere.³⁸⁴ Per

³⁸⁴ Le case discografiche non dovrebbero intromettersi nella decisione del Lincoln Center di trasmettere le sue opere in televisione e permettere che vengano registrate.

contrastarle, occorre stare all'erta, agire, subito. Martin Niemoeller scrisse, a Dachau, nel 1945, quella tragica frase (che ho già riportato in inglese in una nota che precede): "Prima vennero a prendere i comunisti, ma io non protestai perché non ero un comunista; poi vennero a prendere gli ebrei, ma io non protestai perché non ero un ebreo; poi vennero a prendere i sindacalisti, ma io non protestai perché non ero un sindacalista; poi vennero a prendere gli omosessuali e io non protestai perché non sono omosessuale; poi vennero a prendere i cattolici ma io non protestai perché sono un protestante; infine vennero a prendere me, ma a quel tempo non c'era più nessuno che potesse protestare". Se lasciamo che ci tolgano la libertà di espressione, il passo sarà breve alla dittatura.³⁸⁵

Il pubblico deve combattere vigorosamente, come ha fatto, per esempio, nel caso Monsanto quando questa società ha portato sul mercato sementi geneticamente modificate non solo per produrre il risultato (magari anche utile) promesso, ma per far divenire sterile il raccolto, così da impedire all'acquirente di utilizzare parte del suo raccolto per la prossima semina, costringendolo ogni anno a tornare ad approvvigionarsi dalla Monsanto.³⁸⁶ Occorre reagire prima che "non ci sia più nessuno che possa protestare"; impedire che l'industria crei artificialmente scarsità per salvare dal declino la propria inefficienza.

L'industria incapace di adattarsi al cambiamento tecnologico, alla fine inevitabilmente scomparirà. Ma prima che ciò accada essa darà tutto il fastidio immaginabile al progresso, alla libertà di espressione, alla libertà del mercato, alla stabilità sociale, ai diritti dei consumatori. Lo ha già dimostrato in vari modi. Ecco alcuni esempi (fra i tanti):

- . I registratori portatili MiniDisc della Sony hanno ormai connettori digitali solo per l'entrata, non per l'uscita
- . La Intel inserisce, senza dichiararlo alla clientela, nei suoi "drive": (i) la TCPA (Trusted Computing Platform Architecture) per spiare come l'utente usa il PC, p. es., per informare le case discografiche se l'utente ha installato un programma per fare copie di MP3; (ii) la HDCP (High Definition Content Protection) che serve unicamente per "crittare" il segnale sul monitor in modo

³⁸⁵ Scorrendo l'Internet si trovano pagine allarmanti sulle limitazioni alla libertà di espressione, facilitate dal recente USA Patriot Act (HR 3162 del 25 ottobre 2001, PL 107-56), come, per esempio: Matthew Rothschild. "The New McCarthyism," in <http://www.progressive.org/0901/roth0102.html>; Ken Hillman. "America, its people—silent, subservient, no voice, no will," in <http://www.onlinejournal.com> (verificati il 27 settembre 2002). C'è da temere che, se le denunce ivi contenute proliferassero, finiremmo presto ad avere paura di parlare. (E i fori di libera discussione in Internet probabilmente scomparirebbero).

³⁸⁶ Questo tentativo è rientrato, e la casa americana ha fatto marcia indietro di fronte alla reazione indignata dell'opinione pubblica.

che l'utente non lo possa registrare; e (iii) la SDMI e la CPRM (Content Protection for Recordable Media) per modificare il disco fisso e gli altri supporti di storage in modo da impedire qualsiasi registrazione (o ascolto di quanto è registrato): anche l'innocua copia di una vecchia canzone, libera da copyright, dalla radio

Un accordo fra produttori (DAT e MiniDisc) tratta ogni entrata analogica come se contenesse materiale coperto da copyright, cosicché anche la registrazione privata di ricorrenze familiari non potrà più essere registrata

La Pioneer New Media Technologies che produce i "drive" che permettono la registrazione su DVD inabilita il "time-shifting" e altre funzioni (permesse in base alla sentenza "Betamax")

La Streambox, che produceva software capace di registrare RealVideo su hard disk, è stata citata in giudizio dalla Real (per violazione del DMCA) e subito ha ritirato il prodotto dal mercato

La Universal City Studios fa causa perché vengano vietati i dispositivi (come il "Linux DVD player") che permettono di vedere film acquistati negli Stati Uniti in qualsiasi altra parte del mondo

La concorrenza non allineata viene eliminata, come sta accadendo per l'open-source DeCSS e il LiViD DVD

I registratori stereo MP3 sono scomparsi (sul mercato si trovano solo i lettori)

I DVD sono codificati per limitarli all'uso in ciascuna di varie regioni del mondo

La Microsoft ha inserito nel Windows 2000 protocolli di incompatibilità in modo da impedire che macchinari della concorrenza possano essere usati come "server"

I DVD vengono muniti di controlli interni per inibire l'avanzamento rapido per superare la pubblicità e gli "avvertimenti" (indebitamente attribuiti all'FBI)

Il diritto di critica, di pubblicità e di ricerca accademica è vietato sotto pena di gravi sanzioni penali

Sono già in commercio CD coperti da una sostanza chimica che quando viene illuminata da un raggio laser si decompone distruggendo il contenuto delle spirali del CD.

Si tratta di protezionismo economico della peggior specie: esso impoverisce

intenzionalmente la società per far beneficiare un'industria inefficiente. Gilmore fa l'esempio del duplicatore di materia che forse sarà disponibile in serie fra una trentina d'anni. Verrà reso illegale—come oggi la copiatura dei CD e dei DVD—solo perché migliorerebbe la condizione di vita di molti a scapito del profitto di pochi monopolisti arretrati che usano tecnologie obsolete?³⁸⁷ In una pagina Internet italiana si legge: “[L]a criminalizzazione di comportamenti tanto diffusi [certe violazioni dei diritti d'autore] avrà sicuramente l'effetto, almeno nell'immediato, di rallentare la crescita e gli sviluppi del settore informatico del nostro Paese, mentre nel medio periodo favorirà certamente in modo sempre più massiccio i produttori di software di libera utilizzazione, come i freeware o il sempre più popolare e utilizzato sistema Linux.”³⁸⁸ La reazione all'esagerazione può essere altrettanto violenta. Il codice chiuso verrà auspicabilmente superato dal codice aperto, e l'esagerato protezionismo di copyright perderà la sua ragion d'essere.³⁸⁹

Contrariamente a quello che ha ritenuto il giudice federale di prima istanza di New York, sembra proprio che il DMCA violi i diritti riservati alla libertà. Se il “2600 Magazine” non può distribuire informazioni sui sistemi di sicurezza, ciò significa che gli esperti hanno perso la libertà di parola. Se il professore Edward Felten non può esporre i risultati della sua ricerca, vuol dire che gli scienziati hanno perso la libertà di parola.

Dopo gli esperti e i professori, sarà il turno dei ricercatori in generale, dei semplici curiosi, e di noi tutti a perdere la libertà di parola. In America, hanno ipocritamente confermato la libertà di fare e guardare il materiale indecente, ma questa era una delle meno importanti da salvare, fra le libertà di espressione. Hanno invece sottratto le libertà nel campo del diritto d'autore: persino quella dell'avanzamento rapido, l'unica difesa

³⁸⁷ V. su tutta questa tematica, John Gilmore. “What’s Wrong With Copy Protection.” <http://www.toad.com/gnu/whatswrong.html>. V. sull'inutilità di eccessiva protezione su tecnologie che rapidamente evolvono, Dan Bricklin. “Fad vs. Intrinsic Property,” in <http://www.bricklin.com/fads.htm>.

³⁸⁸ Itportal. “Copyright il punto della situazione” in <http://www.itportal.it/special/Internet/copyright>. (L'articolo conclude: “In Italia sembra . . . necessario . . . conciliare il diritto alla tutela del lavoro intellettuale . . . con l'abitudine nazionale a considerare poco importante il contenuto dei programmi, frutto di un'intelligenza che, evidentemente, nel nostro Paese è così abbondante da non essere considerata degna di rispetto e quindi di tutela.”). Considera controproducente l'impostazione esagerata di fare pagare per l'informazione, Stefan Krempel. “Politiker gegen weitere Verschärfung des Urheberrechts”, <http://www.heise.de/bin/nt/.print/newsticker/data/anw>. V. anche Matt Loney. “Report: Nations need open source,” in <http://zdnet.com.com/2102-1104-957827.html>. E sull'impatto delle leggi di protezione della proprietà intellettuale nei Paesi in via di sviluppo, v. “Patently Problematic”, “The Economist” del 12 settembre 2002, anche in <http://www.economist.com/opinion>.

³⁸⁹ V. la tattica Microsoft per vincolare a Windows il mercato messicano: Graham Gori. “Fears About Microsoft Return, in Mexico,” in “The New York Times” del 24 aprile 2002, anche in <http://www.nytimes.com/2002/04/24/technology/24PESO.html>.

rimasta per non dover subire la pubblicità anche nel bel mezzo di un film (su DVD) acquistato. Se Erich Kaestner fosse fra noi, commenterebbe: "Vi avevo avvertiti 50 anni fa". Riferendosi alla libertà di parola garantita dalla (allora) nuova costituzione tedesca, Kaestner aveva criticato che, tutto sommato, non si trattava di "piena" libertà. Ora ci stanno togliendo quel poco che è rimasto. Con il DMCA, l'industria dello spettacolo ha oltrepassato la misura; crollerà sotto il suo stesso peso quando ciascuno di noi potrà comporre da se stesso la materia, e avrà nel computer incorporato—che avrà superato la capacità della mente umana—l'accesso immediato a tutto lo scibile umano, a tutti i libri, a tutta la musica, a tutti i film. Allora i DVD saranno ferrivecchi e pezzi da museo. Ci vorranno forse ancora trenta anni prima che ciò accada. Fino ad allora, noi e i nostri figli dovremo vivere senza libertà di espressione?

Se è già tecnicamente possibile controllare (apertamente o clandestinamente) se l'utente—attraverso un dispositivo o un software collocato presso costui (cioè nel computer di ciascuno)—abbia fatto una copia non autorizzata di un contenuto elettronico coperto dal diritto d'autore, è perfettamente concepibile che in futuro una autorità centrale possa essere tecnicamente in grado di controllare tutti i contenuti elettronici che siano passati (in arrivo o in partenza) nel computer di ogni cittadino. Vi ci stiamo rapidamente avvicinando. Il deputato democratico Berman della California, p. es., ha recentemente proposto di concedere ampi poteri all'industria cinematografica e discografica perché questa sia autorizzata a impiegare tattiche "hacker" per infiltrarsi sui PC privati e scoprire se hanno illegalmente scaricato film o musica.³⁹⁰

³⁹⁰ V. QuickLinks – Copyright, trademarks and patents – US-Hollywood's fight against Internet downloading rages on", Issue no. 245 - 15 September 2002, in <http://www.qlinks.net/quicklinks/copyright.htm> ("Hollywood escalated its fight against Internet trading of movies and music, successfully urging key lawmakers to consider letting the industry use hacker tactics to stop Americans exchange of songs and films they didn't buy. The broad new legal powers proposed by Rep. Howard Berman, D-California would let record and music studios hack into Americans' personal computers to find illegally shared music and movies. It also would let industry use denial-of-service attacks – commonly launched by hackers to flood commercial Web sites – to knock personal computers offline so they can't trade copyrighted songs and films"). V. anche David McGuire. "Technology v. Civil Liberties? In <http://www.washingtonpost.com/ac2wp-dyn/>. E' una reazione a pieno campo, negli USA, che dimostra debolezza di leadership. La giusta reazione al terrorismo è diventata l'alibi per concedere al governo poteri eccessivi di controllo sui cittadini, e intrusione nelle loro vite private; e l'industria ne approfitta per mettere in atto condotte anticompetitive e per limitare i diritti di libertà dei cittadini. Nulla di meglio poteva venire a tiro dell'industria che sfrutta il copyright per ampliare i suoi poteri e dare un altro colpo ai diritti di fair use e di privacy dei cittadini, per controllare le loro attività quotidiane. Il diritto di copyright è rivoluzionato: sorto per incentivare l'attività creativa (non primariamente il vantaggio economico), per un limitato periodo di tempo, si è trasformato in una macchina di denaro sulla quale l'industria pretende di avere controllo assoluto – come fosse una proprietà privata. (In Inghilterra, la proprietà fondiaria apparteneva alla Corona, perciò non la si poteva acquistare in assoluto ma solo per 999 anni. Con il copyright oltrepasseremo questo limite se la richiesta della sig.a Bono verrà esaudita).

Se ciò avverrà ci troveremo, invece che nel territorio senza confini e senza barriere sostanzialmente anarchico e libertario che è attualmente Internet, in una versione aggiornata e ancor più pervasiva e opprimente del mondo del "Grande Fratello" così vividamente evocato da Orwell nel suo "1984". Occorre operare affinché questo non avvenga. Come ammoniva Jefferson, *"eternal vigilance is the price of liberty."*

V. LA DIVULGAZIONE PROTETTA – BREVETTI

Il brevetto è, concettualmente, assai diverso dal diritto d'autore. Fra le differenze sostanziali ricordo che i brevetti proteggono il risultato dell'atto creativo (l'invenzione) e l'uso che se ne fa, mentre il diritto d'autore protegge l'espressione dell'opera; e i brevetti sono concessi su domanda da un ufficio statale o internazionale dopo un esame sulla presenza dei requisiti di legge,³⁹¹ mentre la protezione del diritto d'autore è concessa automaticamente.

Lo scopo del sistema dei brevetti è di stimolare l'innovazione, promuovere la rapida divulgazione di conoscenze tecniche, creare un incentivo alla realizzazione industriale delle invenzioni. Un brevetto non costituisce un diritto di proprietà bensì un privilegio concesso nell'interesse sia dell'inventore sia della società.³⁹²

E' principio generale che possano costituire oggetto di brevetto solo le invenzioni "nuove" che implicino un'attività "inventiva" e siano atte ad avere una "applicazione industriale". Un'invenzione è considerata nuova se non è compresa nello stato della tecnica, cioè se non è stata accessibile al pubblico, con descrizione scritta o orale, ovunque nel mondo, prima del deposito della domanda³⁹³ (il deposito di domanda di brevetto – anche dove la descrizione rimane segreta per 18 o più mesi – equivale a "pubblicità"). "Una invenzione è considerata come implicante una attività inventiva se, per una persona esperta

³⁹¹ V. linee-guida dell'EPO, 1 giugno 1978, <http://swpat.ffii.org/papers/epo-gl78/index.en.html>.

³⁹² Ci sono ancora molti che aderiscono alla teoria dei "beni immateriali", considerati possibile oggetto di proprietà come aveva sostenuto, fra gli altri, il Kohler. La concezione del brevetto come diritto di proprietà non è comunque recente. In tal modo lo definirono gli autori della legge brevettuale della Rivoluzione francese, e non c'è da stupirsi: in Francia anche il nome delle persone è stato ritenuto, per secoli, un diritto di proprietà, e non un diritto della personalità. (Questo spiega le numerosissime cause per "usurpazione" di predicati cosiddetti nobiliari, incluso il prefisso "de", portate avanti, spesso con tenace accanimento, fino al massimo grado di giurisdizione). In diritto esiste ormai un consenso quasi generale (ma resistono eccezioni, specie negli Stati Uniti) sulla tesi che vede nei monopoli temporanei concessi a inventori (e autori) non diritti di proprietà ma diritti di esclusiva concessi dallo Stato in base alla legge. Tuttavia, l'erroneo concetto di proprietà è talmente radicato che molti lo accettano ancora senza discussioni. Le discussioni penetrano tutti gli aspetti della proprietà intellettuale. Influenzano anche la tensione fra innovazione e protezione dell'opera dell'ingegno, che si vorrebbe ascrivere, da parte dei fautori del controllo forte, alla caratterizzazione dei brevetti come "proprietà". V. anche Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 233.

³⁹³ Art. 14 Legge italiana dei brevetti.

nel ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica".³⁹⁴ Una invenzione è considerata atta ad avere una applicazione industriale se il suo oggetto può essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria. L'industrialità è stata così definita dalla Corte di cassazione: "Il requisito dell'industrialità dell'invenzione attiene all'idoneità del risultato inventivo a essere concretamente applicato, mentre nulla ha a che vedere con la convenienza economica della sua attuazione. L'utilità dell'invenzione non va intesa in senso patrimoniale, ma in relazione al progresso della tecnica e al soddisfacimento dei bisogni umani: il suo valore economico è irrilevante ai fini della concessione della privativa".³⁹⁵ Le sostanze naturali non sono "invenzioni" e neppure sono "nuove": non mancano però esempi di brevetti erroneamente concessi su sostanze naturali.³⁹⁶

Non sono considerate invenzioni (in Italia, e nella maggior parte dei Paesi europei) (a) le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici, (b) i piani, i principi ed i metodi per attività intellettuali, per gioco o per attività commerciali e i programmi di elaboratori, (c) le presentazioni di informazioni (quando non si possono considerare "in quanto tali").³⁹⁷ Non sono considerate invenzioni i metodi per il trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale e i metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale.³⁹⁸ Infine, non

³⁹⁴ Art. 16 Legge italiana brevetti.

³⁹⁵ Cass. 11 giugno 1980, n. 3714, Giur. Ann. Dir. Ind. 1980, n. 1257. (Analoga l'impostazione americana in base alla *Commerce Clause*).

³⁹⁶ Indignazione ha suscitato il caso della RiceTec, una società texana, che è riuscita a farsi concedere brevetti sulle specie di riso Basmati e Jasmine, che vengono coltivate da millenni in India e Thailandia. I brevetti sono poi stati annullati su ricorso degli Stati interessati, ma vennero riemessi, sempre negli Stati Uniti, dopo qualche manipolazione genetica e con nomi servilmente imitativi come Jasmati, Texmati, Kasmati. L'intento di questi brevetti è di impedire ai Paesi in via di sviluppo ai quali "appartengono" queste sostanze naturali di continuare a coltivarle localmente (se non si fossero procurato una licenza e non avessero pagato le royalties) e di esportarle nei Paesi nei quali le società del primo mondo, come la RiceTec, avessero registrato il loro brevetto. V. "Biopiracy, TRIPS and the Patenting of Asia's Rice Bowl. A Collective NGO Situationer on IPRs on Rice," May 1998, <http://www.geocities.com/RainForest/7813/0921rice.htm>. V. *infra*, prossimo capitolo per dettagli.

³⁹⁷ Ghidini/Hassan, *op.cit.*, pp. 35, 36, citano i seguenti criteri interpretativi della frase "in quanto tali": La scoperta di un materiale che ha una certa resistenza meccanica non è brevettabile, ma una traversina ferroviaria realizzata con quel materiale lo è; la scoperta di una sostanza esistente in natura non è brevettabile ma si può brevettare il metodo per isolarla e purificarla; la teoria della superconduttività non è brevettabile ma sono brevettabili sia i prodotti superconduttori, sia i procedimenti per realizzarli; un metodo semplificato di divisione matematica non è brevettabile ma si può brevettare una macchina calcolatrice realizzata in modo da eseguire quel metodo.

³⁹⁸ Art. 12, R.D. 29 giugno 1939, n. 1127; modif. da D.P.R. n. 338/1979 (Legge italiana brevetti). V. anche art. 2585 cod. civ.: "Possono costituire oggetto di brevetto le nuove invenzioni atte ad avere un'applicazione industriale, quali un metodo o un processo di lavorazione industriale, una macchina, uno strumento, un utensile o un dispositivo meccanico, un prodotto o un risultato industriale e l'applicazione tecnica di un principio scientifico, purché essa dia immediati risultati industriali. In quest'ultimo caso il brevetto è limitato ai soli risultati indicati dall'inventore".

possono costituire oggetto di brevetto le razze animali e i procedimenti essenzialmente biologici per l'ottenimento delle stesse; ma sono brevettabili i procedimenti microbiologici e i prodotti ottenuti con tali procedimenti.³⁹⁹ Microorganismi non sicuramente riproducibili non possono essere brevettati. La domanda di brevetto deve contenere una descrizione dell'invenzione, e questa deve essere idonea a permettere a persona esperta nel ramo di riprodurla.⁴⁰⁰

A. I programmi per computer

Il programma di computer è un'opera digitale, costituita da una serie di istruzioni (inclusi testo, immagini, suono, video, nel termine più ampio di "software").⁴⁰¹ Il programma esprime uno o più algoritmi⁴⁰² in un modo comprensibile al computer. L'insieme di algoritmi usati nei programmi sono espressioni matematiche.⁴⁰³ Le istruzioni permettono al computer di effettuare le operazioni volute. I programmi sono scritti in linguaggio "umano" (sorgente), cioè comprensibile ai programmatori (per esempio, TAB, Cobol, Fortran), che viene tradotto in linguaggio macchina (binario) usando programmi speciali chiamati "compilatori". Il linguaggio macchina è un insieme di codici che controllano direttamente il computer. I programmi di computer sono protetti da diritto d'autore.⁴⁰⁴

³⁹⁹ Art. 13 Legge italiana brevetti.

⁴⁰⁰ Così la società non corre il rischio di perdere una valida conoscenza tecnologica.

⁴⁰¹ Le parole "programmi" e "software" vengono spesso usate in alternativa. Anche se "software" è nozione più ampia di "programma", ai fini di questa analisi l'interscambiabilità è accettabile perché il software è l'informazione e la conoscenza utilizzati per realizzare funzioni utili attraverso un computer, o macchinario computerizzato, e comprende i programmi da computer e i relativi dati.

⁴⁰² Un algoritmo è la sequenza di regole e istruzioni che descrivono una procedura atta a risolvere un problema. La Corte Suprema americana ha così definito un algoritmo: *A procedure for solving a given mathematical problem in a generalized or abstract form such that from the generic formulation (computer) programs may be developed as specific applications.* V. Rosenoer. "Software Patents," cit.

⁴⁰³ Questo vale anche per gli USA. V. Donald Knuth, on Software Patents in *CT Magazine* 2002, 02: "algorithms are like mathematics, i.e., inherently non-patentable."

⁴⁰⁴ Brian Kahin, della Harvard University, ricorda che è la prima volta nella storia che in un'industria—quella dei programmi di computer—in cui il copyright è fermamente affermato, si sia aggiunta anche la protezione brevettuale. Garfinkel, Stallman & Kapor, cit. L'FFII Work Group osserva: "Neither copyright nor patent law were designed with computer programs in mind. Some scholars and politicians have therefore argued for a 'Third Paradigm between patent and copyright law' Others have called abstract-logical ideas a 'nobody's land of intellectual property' and demanded that it should be kept free of all property claims. Beside the granting of exclusion rights, there are other ways in which information innovation can be stimulated and rewarded." <http://swpat.ffii.org/analysis/index.en.html>. V. sulla tutela giuridica europea dei programmi per elaboratore la Direttiva 91/250; e la "Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale." V. per l'Italia, la legge 248/00 e il dettagliato commento della BSA in "Microsoft Software Originale", <http://www.microsoft.com/italy/softwareoriginale/piracy/bsa.asp>; V. sul concetto della complementarità di brevetti e copyright la relazione introduttiva della Commissione europea alla

B. Brevetti su programmi per computer

Negli anni '60 – subito dopo l'inizio dell'impiego su larga scala commerciale dei computer – vennero avanzate ipotesi di brevettabilità dei programmi da computer. Nel 1967, l'Ufficio Brevetti degli Stati Uniti si accinse a emettere linee-guida con le quali intendeva, fra l'altro, introdurre la brevettabilità dei programmi da computer. I programmatori e le società di computer vi si opposero pressoché unanimemente. Jack Brooks, membro del *House Judiciary Committee* del Parlamento americano convinse il Ministero del Commercio a soprassedere all'emanazione di qualsiasi iniziativa in tale senso finché i "responsabili a livello politico dei rami esecutivo e legislativo non avranno avuto l'opportunità di intraprendere le iniziative necessarie per la tutela dell'interesse pubblico."⁴⁰⁵

Quando si parla di brevetti su programmi per computer occorre preliminarmente domandarsi se sussistono i requisiti generali di brevettabilità, vale a dire se sono invenzioni nuove, suscettibili di applicazione industriale,⁴⁰⁶ idonee a rappresentare un salto di qualità inventiva. Soddisfatte queste condizioni, occorre sincerarsi che sia possibile e praticabile la piena divulgazione dell'invenzione (tale da rendere il programma di computer riproducibile da persona esperta "nell'arte"), e che non vi siano cause di esclusione.⁴⁰⁷ Se le condizioni sono soddisfatte, l'esaminatore concederà il brevetto, altrimenti dovrebbe negarlo. (Egli non è autorizzato a sviluppare nuove teorie).⁴⁰⁸

proposta di Direttiva per i brevetti software, p. 8.

⁴⁰⁵ "Titus 1967: Pros and Cons of Patenting Computer Programs," <http://swpat.ffii.org/papers/acm-titus67/index.en.html>.

⁴⁰⁶ Non ci si deve lasciar fuorviare dalla cattivante argomentazione che i programmi incorporati funzionalmente in una soluzione tecnica siano brevettabili. Il discorso infatti è contrario, come rilevato dalla U.S. Supreme Court nel caso *Diamond v. Diehl*, nel quale i giudici stabilirono che l'uso di un programma di computer nel processo tecnico di stagionatura del caucciù non era sufficiente per escludere la brevettabilità del processo. (La corte d'appello federale capovolse, un anno dopo, questo ragionamento, e statui che la presenza di un computer e di un programma era di per sè base per la brevettabilità). (La Corte Federale Tedesca, BGH, ha preso una posizione simile a quella della corte d'appello federale americana nel caso in cui si trattava del sistema frenante assistito "ABS" [BGH 13 maggio 1980]; v. *infra*).

⁴⁰⁷ L'analisi non è molto diversa, sia che si tratti dell'Europa che degli Stati Uniti. Fra le esclusioni, vi è quella tipicamente europea specifica ai programmi per computer.

⁴⁰⁸ L'art. 101 del U.S. Patent Act dispone: *Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.* La U.S. Supreme Court ha spiegato che vi sono tre categorie di oggetto (*subject matter*) per le quali non è ammesso ottenere protezione brevettuale, e queste sono le leggi di natura, i fenomeni naturali, e le idee astratte. Anche l'oggetto matematico, da solo, non è brevettabile. Il Chief Judge del Circuito federale ha ricordato (in dissenso, nella causa *In Re Alappat*, Case No. 92-1381 (CAFC 7/29/94)) che *"the protection of patent law is not afforded to mathematic functions, relationships, operations or algorithms;"* aggiungendo che *"decisions of the U.S. Supreme Court in this area are based upon the axioms that abstract ideas, principles, and laws of nature are not patentable subject matter, but*

A monte degli aspetti di interpretazione e applicazione del diritto dei brevetti, occorre chiedersi se, in generale, il brevetto di cui si chiede la concessione sia idoneo a produrre l'avanzamento del progresso della scienza e delle arti utili.⁴⁰⁹ La domanda del vantaggio per l'economia nazionale, basato sulla idoneità dei monopoli temporanei a favorire innovazione, non rientra fra i criteri di brevettabilità; ne è invece il presupposto, la considerazione politico/economica posta alla base dell'adozione delle leggi sui brevetti, che i legislatori verosimilmente non avrebbero approvate se non fossero stati convinti che il sistema dei brevetti era fondamentalmente utile all'economia.⁴¹⁰

Lo U.S. Patent & Trademark Office (USPTO) e il tribunale federale competente non hanno mostrato di volersi seriamente occupare di questi aspetti del problema. Da oltre vent'anni lo USPTO concede regolarmente brevetti sui software.⁴¹¹ I tribunali americani – dopo alcune sentenze della Corte Suprema⁴¹² in cui i giudici avevano stabilito che gli algoritmi utilizzati nei programmi di computer e nelle tecniche di software non potevano essere brevettati (ma che il brevetto poteva essere concesso per un processo industriale, anche se era controllato da un certo numero di algoritmi di computer)⁴¹³ – confermano ora i provvedimenti concessivi di brevetti su software da parte del Patent Office.⁴¹⁴

I programmatori avversano i brevetti sul software considerandoli una minaccia all'efficienza dell'industria della programmazione elettronica.⁴¹⁵ Studi condotti negli USA

that their useful applications may be. Mathematical operations, like ideas and laws of nature, are not useful applications and therefore not statutory subject matter. The hypertechnical distinction between calling something a mathematical 'algorithm' versus another mathematical noun is without legal distinction." V. Jonathan Rosenoer. "Software Patents," in <http://www.cyberlaw.com/cylw894.html>.

⁴⁰⁹ V., per l'Italia, la giurisprudenza della Cassazione sopra citata; per gli Stati Uniti, la Commerce Clause. V. in generale, The League for Programming Freedom. "Against Software Patents," in <http://www.programming-freedom.org/Patents/against-software-patents.html>, p. 7.

⁴¹⁰ Se non lo fosse più, il prossimo passo dovrebbe ovviamente essere quello di esaminare se sia giustificabile continuare a tenere in vigore le leggi che autorizzano i monopoli temporanei, o se sia più saggio abolirle.

⁴¹¹ V. esempi in Smets-Solanes, *infra*, pp. 57 seq.

⁴¹² Gottschalk v. Benson, 1972; Parker v. Flock, 1978.

⁴¹³ Diamond v. Diehr (1981).

⁴¹⁴ Il corretto insegnamento iniziale della Supreme Court non è stato seguito dalla corte federale (in linea di massima, del circuito federale) la quale anzi ha stravolto il senso della sentenza relativa ai programmi incorporati in processi industriali interpretandola come se avesse statuito che tutti gli algoritmi e tutte le tecniche di software sono brevettabili, anche se fanno parte di un processo industriale

⁴¹⁵ V. "Oracle Corporation opposes the patentability of software," v. <http://www.base.com/software-patents/statements/oracle.statement.html>; "I believe that software per se should not be allowed patent protection. I take this position as the creator of software and as the beneficiary of the rewards that innovative software can bring in the marketplace . . . [Adobe and I] take this position because it is the best policy for maintaining a healthy software industry, where innovation can prosper," Douglas Brotz in <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/testimony/statements/adobe.testimony.html>; Richard Stallman. "The GNU Operating System and the Free Software Movement," in *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, Chris DiBona, Sam Ockman,

hanno dimostrato che i brevetti su software (ne sono stati concessi oltre 100.000) hanno ridotto lo scambio della conoscenza, rallentata fino a fermarla, l'innovazione, bloccato la competitività, creato un clima di incertezza legale e scoraggiato la creazione di nuove imprese nel campo del software.⁴¹⁶ Tutto questo è dovuto anche alla inflazione di brevetti, che è un risultato del cattivo funzionamento degli uffici brevetti i quali concedono la protezione, nell'oltre 90% dei casi, a "invenzioni" che non dovrebbero mai essere brevettate perché prive di novità e di livello inventivo nonché, nel caso specifico del software, perché sono quasi sempre metodi intellettuali senza carattere tecnico. Le procedure della brevettazione sono diventate assai formali, gli Uffici brevetti sono interessati a concedere molti brevetti per finanziarsi: quello che conta è il numero di brevetti concessi, non la qualità del contenuto. Barriere per nuovi entranti e mercati non competitivi sono il costo sociale dell'inflazione di brevetti.

Come è noto, i programmi di software erano un tempo "aperti", ognuno poteva cambiarli, adattarli, migliorarli.⁴¹⁷ Chi scrive oggi un programma rischia—è quasi una certezza—di essere citato in giudizio, e dovrà affrontare i costi legali e i danni da pagare per milioni di dollari. Non esiste possibilità pratica di evitare questo rischio: la ricerca dei brevetti che possono essere violati è difficile, costosa e non affidabile, e comunque, nessuna ricerca può rivelare le domande di brevetti pendenti: i relativi brevetti, se concessi, hanno efficacia

and Mark Stone, eds., Beijing and Sebastopol: O'Reilly, 1999, pp. 53, 67; Robert Young and Wendy Goldman Rohm. *Under the Radar: How Red Hat Changed the Software Business – and Took Microsoft by Surprise*, Scottsdale, Ariz: Coriolis Book Group, 1999, pp. 135-36; v. anche, fra la vasta letteratura contraria ai brevetti su software, p. es., Richard Stallman. "The Danger of Software Patents," speech at Cambridge University, 25 March 2002, <http://www.programming-freedom.org/Patents/danger-of-software-patents.txt>; Bruce Perens. "Software Patents vs. Free Software," <http://perens.com/Articles/Patents.html>; Richard Stallman. "The Anatomy of a Trivial Patent," <http://www.programming-freedom.org/Patents>; League for Programming Freedom. "Mutual Defense Against Software Patents," 28 January 1994, <http://www.programming-freedom.org/Patents>; League of Programming Freedom. "Negative Correlation of Innovation and Software Patents," Appendix D to submission, January 25, 1994, <http://www.base.com/software-patents/scoreboard.html>; Jonathan Rosenoer. Software Patents, <http://www.cyberlaw.com/cylw894.html>; Simson L. Garfinkel, Richard M. Stallman, Mitchell Kapor. "Why Patents Are Bad for Software," Science and Technology, Fall 1991, <http://www.programming-freedom.org/Links>; League for Programming Freedom. "Against Software Patents," February 28, 1991, <http://www.programming-freedom.org/Patents>. Altri riferimenti in: League for Programming Freedom. "Software Patents," <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/patents.html>.

⁴¹⁶ V. Smets-Solanes, cit. p. 15.

⁴¹⁷ Non sarebbe stato possibile fare altrimenti data la scarsità di memoria dell'unità centrale (4K poi faticosamente portata a 8K, nella prima metà degli anni '60): occorre eliminare alcuni rami—non utilizzati nella particolare applicazione—e sostituirli con altre "routines" di elaborazione, di regola scritte dagli utenti, i quali intervenivano persino sui codici macchina della memoria centrale componendo una a una brevi righe binarie (cosa che oggi—anche se fosse ancora possibile—violerebbe probabilmente qualche brevetto di software, anche se è procedura nota da sempre agli esperti, e fatta da sempre, quando il codice di programmazione è aperto, naturalmente).

retroattiva alla data della domanda.⁴¹⁸ Con il proliferare dei brevetti sul software, saranno alla fine solo i giganti dell'industria e non certo le piccole e medie imprese, a potersi permettere di scrivere programmi perché solo essi avranno sufficienti brevetti da opporre ai concorrenti, e potranno scambiarsi licenze fra di loro.⁴¹⁹ Gli avvocati brevettisti—anche quelli europei—hanno afferrato quanto le cause di violazione brevetti siano lucrative (le parcelle possono arrivare all'ordine di grandezza di milioni di euro), e sono gli unici, insieme alla grande industria (e ai disturbatori dell'industria, i quali acquistano brevetti al solo scopo di usarli per intentare azioni legali), a insistere per questo tipo di protezione. Il ragionamento che forti brevetti favoriscono l'economia, la piena occupazione, la piccola e media industria, i singoli inventori, e che occorre non formalizzarsi nell'analisi delle domande di brevetti, anzi bisogna concedere la protezione con generosa larghezza di vedute sarà, in linea di massima, anche corretto—escludendo però i piccoli inventori i quali sono comunque svantaggiati a causa dell'elevato costo per ottenere, mantenere e difendere i brevetti — ma non regge nel campo dei brevetti di software (e dei metodi di gestione).

I brevetti di software causano difficoltà a chi voglia condurre una seria ricerca di priorità per evitare di violarli. Con le leggi di superprotezione del copyright (DMCA) e le centinaia di migliaia di sub-routines dei programmi software tenute segrete, è impossibile, per un successivo inventore, effettuare i controlli necessari per evitare di violare i brevetti esistenti. Le piccole e medie imprese corrono il rischio maggiore di azioni legali che avranno, il più delle volte, un effetto fatale sulle loro finanze. C'è poi il discorso dell'interoperabilità. I brevetti di software bloccano l'interoperabilità perché un brevetto relativo a uno standard di comunicazione proibisce la creazione di software che renda possibile la compatibilità. E questo va tutto a vantaggio di chi opera con l'intento di escludere dal mercato i nuovi potenziali entranti: quanto minore la interoperabilità, tanto maggiore la probabilità per chi domina il mercato di conservare la posizione di dominio, e ciò non solo nel software ma in tutte le aree di attività nella società dell'informazione.

⁴¹⁸ The League of Programming Freedom, "Against Software Patents," in <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/against-software-patents.html>.

⁴¹⁹ Negli Stati Uniti, gli uffici interni addetti ai brevetti delle grandi imprese sono da tempo considerati centri di profitto, e una delle loro missioni è di promuovere azioni giudiziarie contro ogni possibile violatore dei loro brevetti. Essi danno per scontato di perdere quasi tutte le cause che intentano, ma è dimostrato, statisticamente, che essi riescono normalmente a vincerne, o transigere favorevolmente, alcune, riuscendo in tal modo non solo a compensare ampiamente le spese legali sostenute e da sostenere anche nelle cause che hanno perso e perderanno, contribuendo all'utile delle loro società.

C. Esempi di risultati indesiderati

Che il brevetto sul software abbia spesso effetto vessatorio, e danneggi l'innovazione e il progresso, è dimostrato da numerosi esempi ricordati nella letteratura. Eccone alcuni. La società XyWrite ha dovuto cambiare un suo popolare programma del 1987 perché in esso l'utilizzatore poteva accettare la proposta di correzione ortografica premendo la barra di spazio, un algoritmo brevettato dalla società XyQuest. (La XyWrite riuscì a rimediare cambiando l'ordine di correzione in "controllo-R").⁴²⁰ Diverse note società di software, fra cui la Lotus, vennero citate in giudizio dalla Refac Int'l, una società la cui sola attività è quella di acquistare brevetti e intentare cause. Il brevetto in questione riguardava gli algoritmi impiegati per ricalcolare i valori matematici su un tabulato, quando viene modificato un fattore. (Che i risultati debbano essere ricalcolati a ogni cambiamento di fattori è insegnamento talmente ovvio che è difficile comprendere come il Patent Office abbia potuto concedere il brevetto). La Apple Computer è stata citata perché il suo programma "Hypercard" violerebbe un brevetto che copre la "combinazione" dello scorrimento di finestre multiple. Chi usa il programma X Window System sviluppato dalla MIT viene minacciato di essere perseguito in giudizio dalla AT&T che possiede il brevetto per lo storage di programmi multipli quando una finestra è oscurata. (In verità, questa tecnica è stata sviluppata dalla MIT la quale non si è preoccupata di brevettarla considerandola ovvia). La British Telecom (BT) sostiene di avere inventato la "hyperlink technology" (cioè i connettori che collegano i contenuti dei siti Internet), di aver presentato domanda di brevetto nel 1976 e di averlo ottenuto nel 1989. Nel 2000 ha iniziato azioni giudiziarie per ottenere risarcimenti miliardari. E' emerso, durante le fasi iniziali del giudizio, che gli "hyperlinks" erano stati inventati e resi pubblici da ricercatori dell'Augmentation Research Center dello Stanford Research Institute, otto anni prima della domanda di brevetto della BT.⁴²¹ La rivista IEEE Computer pubblicò nel 1984 un algoritmo molto efficace per comprimere dati (LZW Data Compression). All'insaputa dell'editore e dei lettori, uno degli autori dell'articolo

⁴²⁰ Garfinkel, Stallman, Kapor, cit.

⁴²¹ E la BT, nonostante fosse rappresentata da una delle più note società di avvocati brevettisti degli USA, perse la inutile causa (intentata contro la Prodigy); v. Matt Loney. "Hyperlink patent case fails to click," <http://news.com.com/2102-1033-955001.html>; <http://www.programming-freedom.org/Patents/>; Tim Richardson. "BT claims Ownership of Hyperlinks," <http://www.theregister.co.uk/content/6/11450.html>. V. un divertente florilegio di reazioni all'azione intentata dalla BT in Slashdot. "BT Sues Prodigy Over Hyperlink Patent. Posted by CmdrTaco from the billions-of-hyperlinks-waiting-to-be-billed dept.," <http://slashdot.org/articles/00/12/15/1716244.shtml?tid=155>; v. anche Smets-solanes, cit. p. 58..

chiese, e ottenne, un brevetto per l'“invenzione”. Molti programmi vennero scritti utilizzando l'“LZW Data Compression”. La Unisys, che ora detiene il brevetto, chiede royalties a chiunque usa l'algoritmo.⁴²² Aspetto sconcertante di questo episodio è che lo U.S. Patent Office ha concesso un brevetto per l'identico algoritmo di compressione dati anche alla IBM.⁴²³ Hanno ragione coloro che in America dicono, scherzosamente, che il 90% dei brevetti non passerebbe il “Crystal City Test”⁴²⁴ (il che significa che, se gli esaminatori del Patent Office acquistassero alla vicina edicola una rivista di computer, constaterebbero che il 90% delle “nuove” idee per le quali concedono il brevetto sono già largamente note e pubblicate nei giornali).⁴²⁵

D. La Convenzione europea sui brevetti

Nell'autunno del 1973 gli esperti di brevetti dei governi europei si sono riuniti a

⁴²² Anche se i programmi che contengono questo algoritmo sono nel dominio pubblico, usare questi programmi significa correre il rischio di essere citati in giudizio. v. Smets-Solanes, cit. p. 58.

⁴²³ Non c'è da stupirsi. V. “Examples of Software Patents,” in <http://www.base.com/software-patents/examples.html>; The League for Programming Freedom. “Against Software Patents”, in <http://www.programming-freedom.org/Patents/against-software-patents.html>; Gordon Irlam. “Examples of Software Patents,” in <http://www.base.com/software-patents/examples.html>. V. in altro campo, “Biopiracy, TRIPS and the Patenting of Asia's Rice Bowl – A collective NGO situationer on IPRs on rice,” <http://www.geocities.com/RainForest/7813/0921rice.htm> (brevetti americani sul riso basmati e jasmine).

⁴²⁴ “Crystal City” è il quartiere di Washington, DC (zona del Pentagono) dove si trova lo USPTO.

⁴²⁵ Un caso con maggiore giustificazione, sempre nel campo della compressione dati, fu *Stac Electronics v. Microsoft Corp.*, No. C-93-0413-ER (C.D. Cal.) La piccola società Stac aveva sviluppato e brevettato un metodo di compressione e vendeva il relativo programma di utilità sotto il nome “Stacker”. Le vendite di MS-DOS 5.0 della Microsoft stavano fortemente calando, nel 1991, e l'inclusione di capacità di compressione avrebbe migliorato la domanda. Le due società iniziarono trattative intese alla concessione di licenza della tecnologia e del know-how Stac alla Microsoft, che naufragarono perché la Microsoft insisteva a non voler pagare un corrispettivo per la licenza. La Microsoft passò allora a metodi sbrigativi, tipici di questa società, e incorporò parti significative dei brevetti Stac nella sua nuova versione MS-DOS 6.0, chiamando “Double-Space” quello che in realtà era Stacker. La Stac ottenne, dopo ripetute richieste, una versione “beta” del nuovo sistema operativo Microsoft, e scoprì che esso conteneva elementi dei suoi brevetti; citò quindi in giudizio la Microsoft, e ottenne un verdetto di \$120 milioni per risarcimento danni. (La giuria stabilì, curiosamente, che il comportamento Microsoft non era stato “intenzionale”. Per di più, essa confermò che anche Stac aveva “rubato” la tecnologia di Microsoft per sviluppare il suo MS-DOS Stacker, e riconobbe alla Microsoft, per appropriazione indebita di segreto industriale, un risarcimento riconvenzionale di \$13.6 milioni). La conseguenza più grave per la Microsoft fu l'ingiunzione permanente di distribuire il suo nuovo sistema operativo (MS-DOS 6.22) contenente il brevetto della Stac: questo avrebbe causato grande danno economico alla Microsoft la quale riparò con una transazione (pagamento alla Stac di \$80 milioni di danni e licenze incrociate). La Microsoft poté così continuare a vendere il suo nuovo MS-DOS. La vicenda si concluse, con lieto fine, quando, con mossa che un tempo si considerava “peccato mortale” antitrust, la Microsoft comprò la Stac, ed eliminò il concorrente. V. <http://www.vaxxine.com/lawyers/articles/stac.html>; <http://base.com/software-patents>; <http://www.spi.org/3cases.htm>. (Sulle numerose violazioni antitrust di Microsoft, v. *infra*, Cap. VII).

Monaco e hanno concordato un sistema unificato europeo per l'esame dei brevetti. Ne sono scaturiti la Convenzione Europea dei Brevetti (EPC) e l'Ufficio Europeo dei Brevetti (EPO).⁴²⁶

L'articolo 52 della EPC⁴²⁷ esclude la brevettabilità dei programmi per computer.⁴²⁸ Le parole di chiusura dell'articolo "in quanto tali"⁴²⁹ denotano – non ve n'era bisogno, veramente – che l'esclusione di brevettabilità di un programma da computer è comminata per un programma che viene usato come programma "da computer".⁴³⁰ La norma mi pare chiara.⁴³¹ Eppure, nonostante il divieto legale di brevettabilità dei programmi software,⁴³² l'EPO (e il *Technical Appeal Board*), hanno incominciato, a partire dal 1986, a concedere la brevettabilità ai programmi di computer,⁴³³ mettendo nel nulla il divieto sancito dall'art. 52, e svisandone ogni logica e coerenza.⁴³⁴ La prassi instaurata dall'EPO costituisce una chiara contraddizione fra diritto positivo e pratica amministrativa.⁴³⁵ Per farlo, l'EPO e i tribunali che ne seguirono l'esempio, ricorsero a un metodo di interpretazione della legge che chiamarono "teleologico e storico", con frequenti riferimenti a ciò che, asseritamente,

⁴²⁶ V. il breve resoconto in "FFII News About Software Patents", <http://swpat.ffii.org/news/index.en.html>. La legge sui brevetti italiana si è adeguata alla Convenzione Europea sui Brevetti (EPC), e le norme italiane rispecchiano sostanzialmente gli artt. 52 - 57 dell'EPC.

⁴²⁷ I principi delineati nell'art. 52 vennero ulteriormente definiti dalle linee-guida per l'esame dei brevetti del 1978, e dalla giurisprudenza iniziale. V. <http://swpat.ffii.org/papers/epo-ql78/index.en.html> p. 4-5.

⁴²⁸ Insieme con l'esclusione delle teorie scientifiche, dei metodi matematici, delle creazioni estetiche, degli schemi e le regole per l'esecuzione di atti della mente e per condurre affari, delle presentazioni dell'informazione. I principi delineati nell'art. 52 vennero ulteriormente definiti dalle linee-guida per l'esame dei brevetti del 1978, e dalla giurisprudenza iniziale. V. <http://swpat.ffii.org/papers/epo-ql78/index.en.html> p. 4-5.

⁴²⁹ C'è chi propone di eliminare l'espressione "in quanto tale", v. "FFII News About Software Patents", <http://swpat.ffii.org/news/index.en.html>, p. 14. (Svezia e Danimarca non la hanno nella loro traduzione; *id.* p. 17). V. l'amena contrapposizione biblica "Moses, the Ten Exclusions from Patentability and 'stealing with a further ethical effect'", in <http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/moses/index.en.html> ("The practice of the Holy Council proves that under the Ten Commandments stealing is generally considered worthy of blessing. Only stealing 'as such' is sinful").

⁴³⁰ La brevettabilità è ammessa quando il programma viene usato come funzione integrante di un processo industriale (indipendentemente brevettabile).

⁴³¹ Lenz ha scritto un lucido articolo sull'interpretazione dell'art. 52: Karl Friedrich Lenz. "Auslegung von Art. 52 des Europaischen Patentuebereinkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software patentierbar ist," <http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/exeg/index.de.html>.

⁴³² Recepita dalla legge italiana sui brevetti, v. articolo 12.

⁴³³ L'EPO ha già concesso oltre 10.000 brevetti su software.

⁴³⁴ V. i resoconti in "Patent Jurisprudence on a Slippery Slope – the price for dismantling the concept of technical invention," <http://swpat.ffii.org/analysis/invention/index.en.html>

⁴³⁵ Un altro discorso è naturalmente quando si parla di brevettabilità di una invenzione fisica che contiene e opera con un programma da computer: è fuori dubbio che l'invenzione fisica è brevettabile nella sua interezza, compreso il programma.

il legislatore del 1973 avrebbe voluto dire, o "non aveva capito".⁴³⁶ La posizione dell'EPO è che il brevetto deve essere concesso se il software produce "effetti tecnici".⁴³⁷ Secondo l'EPO, tutti i programmi per elaboratore hanno effetti tecnici: il brevetto deve quindi essere sempre concesso.⁴³⁸

Gli organi giudiziari, sostanzialmente quelli tedeschi, si sono pronunciati, inizialmente confermando il divieto di brevettabilità.⁴³⁹ Nella sentenza del 1976, il *Bundesgerichtshof* (BGH) aveva stabilito che "qualsiasi tentativo di ottenere protezione delle conquiste della mente attraverso l'estensione dei limiti del concetto di invenzione tecnica . . . conduce a un sentiero proibito. Dobbiamo perciò insistere che una pura e semplice regola di organizzazione e di calcolo, la cui sola relazione con il mondo della tecnologia consiste nella sua utilizzabilità in normali operazioni di un computer, non merita protezione brevettuale. Se possa ottenere protezione sotto qualche altro regime, come per esempio, il diritto d'autore o la legge di tutela della concorrenza è al di fuori del nostro esame."⁴⁴⁰ La chiarificazione per il software applicato a un processo industriale venne con la sentenza "*Antiblockiersystem*" del BGH.⁴⁴¹ In essa, la corte federale, contrariamente a quanto aveva

⁴³⁶ "Reports About the Munich Diplomatic Conference of 1973", <http://swpat.ffii.org/papers/muckonf73/index.en.html>. Questa interpretazione "evolutiva" del diritto sulla base di spinte "industriali" più o meno arbitrariamente interpretate costituisce un serio pericolo per la sopravvivenza di uno Stato di diritto e della certezza del diritto. Essa ci ricorda l'"applicazione" della legge da parte di certi magistrati italiani negli anni seguenti al 1968, i quali ritenevano non solo lecito ma doveroso svincolarsi dal testo della legge quando questo non fosse più, secondo loro, corrispondente alle nuove esperienze storiche, e se lo spirito del tempo le avesse superate: ed essi ne erano gli interpreti. Il cedere a spinte ed emozioni di questo genere può provocare distorsioni nell'amministrazione della giustizia. V. Nicola Walter Palmieri. *Vajont, Stava, Agent Orange – Il costo di scelte irresponsabili*. Padova: CEDAM, 1997, p. 178, n. 331.

⁴³⁷ Deve cioè riferirsi a un campo tecnico (Regola 27, par. 1b), deve occuparsi di un problema tecnico e deve contenere elementi tecnici. Questo criterio può rivelarsi decisivo nell'esame se un'invenzione debba essere esclusa dalla brevettabilità in base all'art. 52, par. 2 e 4, e art. 53, sub-par. (b). V. linee-guida dell'EPO, 1 giugno 1978, <http://swpat.ffii.org/papers/epo-gl78/index.en.html>.

⁴³⁸ L'EPO segue chiaramente la pratica dell'USPTO.

⁴³⁹ V., p. es., in Germania, le sentenze del BGH "*Dispositionsprogramm*" del 22 giugno 1976, BGHZ 67, 22 (10[^] Sez. civ.); BGH "*Walzstabteilung*" del 16 settembre 1980, BGHZiv. 1981, vol. 78, p. 98 seq. V. anche BpatG del 28 luglio 2000, BpatG/17W (pat) 69/98, riportato in <http://swpat.ffii.org/papers/bpatg17-suche00/index.de.html>.

⁴⁴⁰ BGH, "*Dispositionsprogramm*" cit. V. il commento, molto citato, di Gert Kolle. "Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht – Bemerkungen zur Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs," GRUR, 1977, 02, v. anche <http://swpat.ffii.org/papers/grur-kolle77/index.de.html>; e quello di Krasser, in Wolfgang Bernhardt & Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts – Recht der Bundesrepublik Deutschland, Europäisches und Internationales Patentrecht*. Muenchen: Beck, 1986, 4. Aufl., <http://swpat.ffii.org/papers/bgh-dispo76/index.en.html>. Kolle osservò: "Die Bilanz der Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist klar und ernuechternd. Auf der Aktivseite ist praktisch nichts verblieben. Versuche, Patentschutz fuer Software-Schoepfungen zu erhalten, haben keine Zukunft mehr."

⁴⁴¹ Del 13 maggio 1980, commento di Eisenfuehr. "BGH-Urteil 'Antiblockiersystem' von 1980 bremst 'Hexenjagd gegen alles Untechnische'", GRUR, 1980, 9; v. <http://swpat.ffii.org/papers/bgh-abs80/index.de.html>.

deciso il *Bundespatentgericht* (BPatG), dichiarò brevettabili questi "programmi tecnici".

Più di recente però, nella scia della frenesia americana e con la erronea giustificazione di impedire che l'industria europea si trovi svantaggiata rispetto a quella americana sui mercati mondiali, i tribunali tedeschi hanno emesso importanti pronunce a favore della brevettabilità del software e dei metodi di gestione.

Nel 2000, il massimo tribunale tedesco emise la sentenza detta "Logikverifikation",⁴⁴² che rappresenta un vero e proprio capovolgimento della sua precedente giurisprudenza.⁴⁴³ Il giudice del BGH Klaus Melullis aveva, nel 1998, scritto un articolo⁴⁴⁴ in cui sosteneva che la esclusione della brevettabilità del software, sancita dall'art. 52 EPC, riguardava solo "l'insegnamento non tecnico" dell'invenzione, mentre il software costituirebbe insegnamento tecnico,⁴⁴⁵ e quindi l'esclusione sarebbe inapplicabile. Il BGH aderì a questa lettura.⁴⁴⁶ Uno dei giudici del BGH, Keukenschrijver, tenne un discorso dinanzi all'associazione professionale degli avvocati brevettualisti di Monaco, e spiegò che il nuovo orientamento della corte federale, lungi dal voler introdurre una nuova giurisprudenza riguardo ai brevetti sul software, aveva soltanto rettificato la precedente errata interpretazione della legge da parte del BGH, il quale – così sostenne Keukenschrijver, mancando pesantemente di rispetto e cortesia ai suoi colleghi – si era orientato, nelle sentenze del 1976 e in quelle che seguirono, a un concetto di "insegnamento tecnico" radicato nel paleolitico, che aveva ora finalmente ceduto il passo alla visione "neolitica".⁴⁴⁷

⁴⁴² BGH sentenza del 29 marzo 2000.

⁴⁴³ Che solo i tribunali tedeschi, in Europa, violino la legge, si spiega, probabilmente, con il fatto che l'ufficio europeo dei brevetti (EPO) ha sede a Monaco, e influenza fortemente gli avvocati brevettualisti locali, i quali a loro volta danno manforte all'EPO.

⁴⁴⁴ Klaus Melullis. "Zur Patentierbarkeit von Programmen fuer DV-Anlagen;" v. riferimenti in <http://swpat.ffii.org/akteure/melullis/index.de.html>

⁴⁴⁵ Kolle, cit., aveva convincentemente argomentato la tesi secondo la quale programmi di computer non possono essere considerati "tecnici" nel senso della legge sui brevetti, e perché un ingenuo o intenzionale sfilacciamento del concetto di ciò che è "tecnico" porterebbe a irresponsabili effetti di esclusione. Anche Krasser, v. Wolfgang Bernhardt & Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts – Recht der Bundesrepublik Deutschland, Europäisches und Internationales Patentrecht*. Muenchen: Beck, 1986, 4. Aufl., aveva osservato che l'invenzione è definita come "insegnamento tecnico" cioè su come usare forze di natura per causare direttamente un effetto fisico/materiale. Questo non include le leggi del ragionamento umano (logica, matematica, ecc.). Le regole di organizzazione o calcolo non sono "tecniche", neppure quando vengono eseguite su computer, perché la soluzione del problema si conclude e si verifica nell'ambito del ragionamento prima che l'ambito ingegneristico (il campo tecnico) subentra nel corso della applicazione pratica. V. <http://swpat.ffii.org/papers/bgh-dispo76/index.en.html>.

⁴⁴⁶ Melullis, cit., in seguito (novembre 2000) si espresse contro l'abolizione della esclusione di brevettabilità dei brevetti di software (art. 52 EPC), e manifestò un atteggiamento scettico rispetto alla brevettabilità in genere dei programmi di computer.

⁴⁴⁷ Keukenschrijver. "2000-03-29: Ausweg des BGH aus der Steinzeit." La critica di Keukenschrijver è del tutto ingiustificata. (La sentenza del BGH del 1976 è un esempio di lucida e precisa analisi giuridica).

E. La posizione di accademici ed esponenti politici

La roccaforte degli esponenti favorevoli ai brevetti sul software è Monaco, sede dell'EPO. Esslinger e Betten, avvocati attivisti per la brevettabilità (non solo del software ma anche dei metodi di gestione) dichiararono, all'indomani della sentenza "Logikverifikation", che i brevetti sul software sono oggi determinanti per mantenere la competitività nei mercati mondiali. Secondo detti avvocati, gli interessi particolari di quelli che essi chiamano i "romantici dell'open-source" devono cedere agli interessi economici delle piccole e medie imprese le quali solo con brevetti sul software possono difendersi contro lo strapotere dei giganti dell'industria. Essi citarono Netscape come esempio di una società di software che avrebbe potuto resistere alla pressione di Microsoft se avesse goduto di protezione brevettuale sui suoi programmi.⁴⁴⁸

La maggioranza del mondo accademico ritiene tuttavia che i brevetti sul software arrechino danni all'industria, e si è quasi unanimemente schierata contro la brevettabilità. I professori Bessen e Maskin⁴⁴⁹ sostengono che i dati di ricerca indicano che nell'industria del software e dei computer l'imitazione tende a promuovere l'innovazione mentre la protezione brevettuale tende a inibirla; che i brevetti, restringendo la libertà di costruire sulla conoscenza precedente, limitano lo spazio per creare nuova conoscenza; e che la società sarebbe avvantaggiata se l'industria dei programmi di computer non godesse della protezione brevettuale. Questi autori ritengono che molte ditte darebbero il benvenuto alla concorrenza e alla prospettiva di essere imitate (questo perché si tratta di industria nella quale l'innovazione è "sequenziale e complementare" nel senso che ciascuna invenzione successiva costruisce su quella che la precede e ogni potenziale innovatore imbocca una linea di ricerca differente, migliorando la probabilità di realizzare gli obiettivi prefissati;⁴⁵⁰ e che i brevetti sul software costituiscano un deterrente a nuova creatività perché molti fra coloro che vorrebbero cimentarsi con idee nuove si astengono dal farlo per evitare di

⁴⁴⁸ V. anche, Ralph Nack. "Sind jetzt computerimplementierte Geschaeftsmethoden patentfaehig?" in GRUR Int. 853 (2000); e commento in <http://swpat.ffii.org/papiere/grur-nack00/index.de.html>; Arbeitsgruppe swpataq@ffii.org. "Fraunhofer/ISI 2002: Oekonomisch-Rechtliche Studie ueber Softwarepatente", <http://www.swpat.ffii.org/papiere/grur-nack00/index.de.html>.

⁴⁴⁹ James Bessen and Eric Maskin. "Sequential Innovation, Patents, and Imitation," November 1999 (rev'd July 2002), <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/patents.html> (PDF file).

⁴⁵⁰ Gli autori citano la pubblicità a piena pagina della Apple Computer quando la IBM annunciò il suo primo PC, nel 1981: "Welcome, IBM. Seriously." *Id.* p. 4.

addentrarsi in un campo minato.⁴⁵¹ Kiesewetter-Koebinger,⁴⁵² Kolle,⁴⁵³ Koenig,⁴⁵⁴ Krasser,⁴⁵⁵ Schoelch,⁴⁵⁶ Smets-Solanes:⁴⁵⁷ tutti ritengono che i brevetti sul software danneggino l'innovazione. Il prof. Konno della Università di Tokyo pronostica che i brevetti sul software "avranno vita breve" e aggiunge: "Essi non rispondono ad alcuna necessità dell'industria del software. Hanno danneggiato l'innovazione e causato una massiccia trasfusione di sangue dall'industria ai tribunali, creando un nuovo mercato di 2 miliardi di dollari all'anno per la professione legale. Non occorre essere un Hercule Poirot per afferrare chi è la forza motrice di tutto questo."⁴⁵⁸ Contrari alla brevettabilità del software sono decisamente il governo francese,⁴⁵⁹ il partito laburista olandese, i Verdi.⁴⁶⁰ Numerose personalità politiche, inclusi membri del Parlamento europeo, hanno annunciato che si oppongono alla proposta Direttiva europea sul software così come formulata.⁴⁶¹ La Commissione tedesca dei monopoli ha messo in guardia dall'insidia di questi brevetti all'innovazione e alla competitività, ha criticato la pratica dell'EPO giudicandola incompatibile con l'art. 52, e ha

⁴⁵¹ V. anche Carl Shapiro. "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting," in *Innovation Policy and the Economy*, vol. 1, Adam Jaffe, Joshua Lerner, and Scott Stern, eds, Cambridge, MA: MIT Press, 2001, p.8.

⁴⁵² Swen Kiesewetter-Koebinger. "Ueber die Patentpruefung von Programmen fuer Datenverarbeitungsanlagen," GRUR, 2001, 03 (trad. inglese in <http://swpat.ffii.org/papers/grur-skk01/index.de.html>).

⁴⁵³ Gerd Kolle. "Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht – Bemerkungen zur Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs," GRUR, 1977, 02, v. anche <http://swpat.ffii.org/papers/grur-kolle77/index.de.html>.

⁴⁵⁴ Koenig. "Patentfaehige Datenverarbeitungsprogramme – Ein Widerspruch in sich," GRUR 2001, 7; <http://www.swpat.ffii.org/papers/grur-koenig01/index.en.html>.

⁴⁵⁵ Wolfgang Bernhardt & Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts – Recht der Bundesrepublik Deutschland, Europaeisches und Internationales Patentrecht*. Muenchen: Beck, 1986, 4. Aufl.

⁴⁵⁶ Guenther Schoelch. "Softwarepatente ohne Grenzen," GRUR, 2001, 01, <http://swpat.ffii.org/papers/grur-schoelch01/index.de.html>.

⁴⁵⁷ Jean-Paul Smets-Solanes. "Stimulating competition and innovation in the information society," <http://swpat.ffii.org/analysis/invention/index.en.html>.

⁴⁵⁸ Konno Hiroshi. *The Karmarkar Patent and Software – Is Math Patentable?* In <http://swpat.ffii.org/gasnu/jp/index.en.html>. ("They [the software patents] do not correspond to any need of the software industry. They have stifled innovation and resulted in a massive blood transfer from the software industry to the litigation business. They created a new market of about 2 billion USD per year for the patent law professionals. You needn't be named Hercule Poirot to see who is the driving force behind all this.").

⁴⁵⁹ V. Lamy Droit Informatique 1998 discusso in <http://swpat.ffii.org/papers/lamy98/index.fr.html>; Workshop swpatag@ffii.org. "France 2002-03-01: EU Commission Directive Proposal Unacceptable," in <http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/france020301/index.en.html>.

⁴⁶⁰ I Verdi tedeschi sostengono che questi brevetti impediscono l'innovazione e danneggiano i programmatori, la programmazione con codice aperto, e le piccole e medie imprese.

⁴⁶¹ V., p. es., le opinioni espresse da René Trégouet, Senatore; Joerg Tauss, Deputato al Parlamento tedesco; Heidi Hautala, membro del Parlamento europeo; Margareta Wolf, frazione dei Verdi; Gilles Savary, membro del Parlamento europeo; Yves Cochet, membro del Parlamento francese; Jean-Yves Le Déaut, membro del Parlamento francese, in <http://www.eurolinux.org/news/pr5/index.it.html>.

chiesto al governo tedesco di opporsi alla brevettabilità del software. In Italia, il Comitato delle Regioni ha espresso parere sfavorevole alla brevettabilità.⁴⁶²

F. La proposta di Direttiva europea

L'EPO, e i tribunali condiscendenti che lo seguono, dovrebbero leggere e applicare la legge con maggiore attenzione e rigore, invece di far proprie le tesi economico/sociali populiste ma non dimostrate propagate dalla grande industria, e di piegarsi acriticamente alla IBM, AT&T, Microsoft, e alla lobby degli avvocati specializzati in brevetti.

Ora anche la Commissione europea segue l'orientamento dell'EPO. Nella recente proposta di Direttiva,⁴⁶³ la cui bozza è stata redatta dalla BSA, si esordisce ricordando che la Commissione promuove l'armonizzazione della ambiguità creatasi nel campo della protezione brevettuale del software, e fa pressione perché venga abolita l'esclusione dei programmi software dall'art. 52 EPC⁴⁶⁴ introducendo una legge che permetta la brevettabilità del software. Invece di richiamare all'ordine i franchi tiratori, la Commissione afferma che, piuttosto di allineare i recalcitranti, EPO e Germania, convenga imporre la

⁴⁶² COR, presa di posizione del 18 novembre 1999, in merito alla Comunicazione della Commissione "Incentivi a favore della competitività delle imprese europee e fronte della globalizzazione" (COM (1998) 718 def.) ("Il Comitato richiama l'attenzione . . . sui rischi che possono derivare da un'applicazione sistematica del ricorso ai brevetti in materia di proprietà intellettuale. . . . Nel caso del software, i dibattiti . . . hanno portato all'impiego del sistema del diritto d'autore La Direttiva europea del 1° gennaio 1993 ha in particolare indicato una via adeguata per favorire l'interoperatività dei programmi al fine di contrastare le strategie anticoncorrenziali di ricerca di posizioni dominanti. Tuttavia . . . la giurisprudenza americana è stata indotta ad accordare la concessione di brevetti per i 'componenti' del software, cui si era precedentemente opposta, e diventa sempre più forte la pressione americana sull'Europa affinché la brevettabilità venga accettata a livello europeo. La posta in gioco è in questo caso di importanza fondamentale. Una pratica di questo tipo minaccia la dinamica dell'innovazione nel settore, nella misura in cui conduce ad una compartimentazione delle conoscenze e delle procedure, che impedisce qualsiasi pratica combinatoria"). <http://www.eurolinux.org/news/pr5/index.it.html>.

⁴⁶³ COM(2002)92 final – 2002/0047(COD) del 20 febbraio 2002, v. in http://www.europa.eu.int/com/internal_market/en/indprop/com02-92en.pdf; "Patents: Commission proposes rules for inventions using software", in http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/02-277.htm. La Commissione non è particolarmente interessata, pare, ai *software patents*, ma se ne è fatta promotrice per ricevere in cambio la più alta possibile adesione al suo progetto molto più importante di una Direttiva di diritto dei brevetti europeo. V. sul dibattito in corso, www.swpat.ffii.org/news/index.en.html. V. EuroLinux News. "La Commissione Europea proporrà di sostituire limiti precisi con definizioni generiche", 18 febbraio 2002, <http://www.eurolinux.org/news/warn01C/index.it.html>; "Software Patents: Questions, Analyses, Proposals," 5/2001, <http://swpat.ffii.org/analysis.index.en.html>; EuroLinux News. "Broad Political Consensus for a Software Patent Free Europe," July 25, 2000, <http://www.eurolinux.org/news/>; Andrea Monti. "Nuove frontiere nella protezione legale del software: l'Unione Europea pensa al brevetto", in <http://www.andreamonti.com/it/pcpro/pcpro102-1.htm>.

⁴⁶⁴ V. Proposta di Direttiva COM(2002) 92 final, pp. 9, 16, v. *infra*.

deviazione, fallace e non sorretta da esigenze teoriche, economiche, logiche e legali, a tutti i Paesi dell'Unione. La Commissione ricorda l'ovvio principio che la competitività dell'industria europea migliorerebbe se si eliminassero le differenze che possono causare barriere nell'ambito del mercato interno; ma essa opta, senza darne ragione, per l'armonizzazione sulla linea minoritaria e propone l'eliminazione, dall'art. 52 EPC, della esclusione di brevettabilità dei programmi di computer.

Ecco alcuni estratti illustrativi di come la Commissione affronta la questione. I temi critici del problema sono ignorati. Risaltano invece retorica, frasi scollegate e assiomi speculativi. Non c'è ragionamento logico/giuridico. La Commissione propone un risultato senza sforzarsi di analizzarne le implicazioni, i costi/benefici, l'impatto sociale, il gradimento dei cittadini.

Sul "carattere tecnico" la Commissione si esprime così: "Per quanto riguarda la questione di quali invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici possano considerarsi di "carattere tecnico", la conclusione che si può trarre dalla recente causa *Controlling pension benefits system* è che tutti i programmi funzionanti su un elaboratore sono per definizione tecnici (perché un elaboratore è una macchina) e possono quindi essere considerati una "invenzione". Nel commento agli articoli della Direttiva, e nel "considerando" n° 6, la Commissione affronta la interrelazione fra i brevetti di software e l'accordo TRIPS e interpreta l'articolo 27 come la norma base che obbliga l'Europa a introdurre la brevettabilità del software: "L'articolo 27, paragrafo 1 di detto accordo dispone che possono costituire oggetto di brevetto tutte le invenzioni, di prodotto e di processo, in tutti i campi della tecnologia, che presentino carattere di novità, implicino un'attività inventiva e siano atte ad un'applicazione industriale. Inoltre in base all'accordo, i brevetti possono essere ottenuti e i relativi diritti possono essere esercitati senza discriminazioni quanto al settore della tecnologia. Questi principi valgono di conseguenza per le invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici". La Commissione conclude, negli articoli 3 e 4 della Direttiva vera e propria, che "Gli Stati membri assicurano che un'invenzione attuata per mezzo di elaboratori elettronici sia considerata appartenente ad un settore della tecnologia. . . . Gli Stati membri assicurano che, affinché sia considerata implicante un'attività inventiva, un'invenzione attuata per mezzo di elaboratori elettronici arrechi un contributo tecnico". Rimando alla proposta, riportata interamente in appendice, per amena lettura.

La Commissione non spende una parola sull'obiettivo e la giustificazione storici ed economici della brevettabilità, cioè la disseminazione della conoscenza tecnica a beneficio

della società in generale. Come non concentra la sua attenzione sull'aspetto critico di un enorme e costoso aumento di litigiosità cui i brevetti software inevitabilmente condurranno. La Commissione conosceva numerosissimi esempi di cause per violazione di brevetti software, concluse, transatte o pendenti in USA, alcune veramente spettacolari per la loro temerarietà. Sapeva – perché non poteva non sapere – dell'enorme spreco di denaro e risorse umane, tutto a vantaggio della categoria degli avvocati brevettualisti e di alcune poche grandissime società di software (e di qualche avventuriero dedito all'acquisto di brevetti al solo scopo di disturbo). La Commissione sapeva che l'Europa era rimasta al riparo dalla dissennata escalation americana grazie alla giudiziosa norma dell'art. 52 della EPC (e ciò, nonostante la pervicace insistenza dell'EPO e dei tribunali tedeschi di volersi coinvolgere nel marasma americano).⁴⁶⁵

Forte della nozione generalmente accettata che durante il diciannovesimo e ventesimo secolo i brevetti hanno costituito un valido strumento di innovazione e di accrescimento di valore dei beni patrimoniali tecnologici dell'industria, la Commissione dà per scontato, senza ulteriore indagine, che i brevetti sul software incentiveranno la innovazione e favoriranno la concorrenza;⁴⁶⁶ concludendo che comunque l'Europa non ha altra scelta in base agli impegni contenuti nell'art. 27(1) dell'accordo internazionale TRIPS.⁴⁶⁷

Chi preme in Europa per ottenere la più ampia brevettabilità dei programmi di computer? Sono le grandi case di software americane. Esse dominano il mercato. La Commissione europea farebbe bene ad assumere una leadership propria, piuttosto che piegarsi alle richieste americane. Essa dovrebbe verificare l'impatto dei brevetti di software su innovazione, competitività, sicurezza e consumatori (in Europa). Giungerebbe probabilmente alla conclusione che la Direttiva da essa proposta viola il Trattato di Roma il quale impone che qualsiasi nuova Direttiva europea deve essere in primo luogo a beneficio dei cittadini/consumatori europei, e deve in linea di massima favorire innovazione

⁴⁶⁵ E' stato notato che la singolare condotta dell'EPO, seguace servile della "fonte del sapere" americana, ha "silenziosamente e insidiosamente" ampliata la protezione brevettuale del software oltre i limiti legalmente riconosciuti.

⁴⁶⁶ Non c'è modo di essere sicuri. L'onere della prova, che incombe su chi invoca l'eccezione, mi pare sia stato assolto nel caso dei brevetti di software, se si considerano i molti esempi di casi giudiziari, specialmente americani, in cui si è riscontrato l'effetto negativo che questi brevetti hanno sulla competitività. Inoltre, come dirò in seguito, c'è l'inconciliabile conflitto fra diritto d'autore e brevetto.

⁴⁶⁷ Il che è discutibile. (Quando TRIPS venne ratificato, il Parlamento tedesco non ritenne vi fosse conflitto fra l'art. 27(1) TRIPS e gli artt. 1(2)(3) e 1(3) della propria legge sui brevetti). V. Workgroup swpatag@ffii.org. "The TRIPS Treaty and Software Patents".

e competizione.⁴⁶⁸ Per agire in questa direzione, e ottenere qualche risultato utile, sarebbe saggio impedire alle società di software americane (e agli sfruttatori di brevetti)⁴⁶⁹ di ottenere brevetti su programmi di computer in Europa.⁴⁷⁰ E' questa comunque un'occasione da non perdere, per iniziare ad affermare, non solo a parole, l'impegno di Lisbona, di "fare della Unione Europea l'area più competitiva e dinamica del mondo, basata su innovazione e conoscenza, capace di incrementare i livelli della crescita economica con più numerosi e migliori posti di lavoro e maggiore coesione sociale."⁴⁷¹ Sorprendentemente, e per nulla in accordo con la logica della permissività rispetto ai brevetti di software, la Commissione non considera appropriata l'armonizzazione dei metodi di gestione; e non ne propone la brevettabilità.

G. Teorie legali

Ignorando per un attimo il divieto specifico dell'art. 52 EPC, Smets-Solanes osserva⁴⁷² che, *de jure condendo*, si potrebbe argomentare che i programmi di computer potrebbero essere brevettati; ma subito aggiunge che vi sono argomenti almeno altrettanto validi per sostenere il contrario. La domanda sulla quale si concentra l'autore non è però tanto se l'invenzione di beni immateriali come i programmi siano brevettabili, ma piuttosto se sia utili per la società farlo, in vista della nozione, pacifica, che lo scopo del sistema dei brevetti è quello di stimolare la diffusione della conoscenza, l'innovazione, la creatività, e la competizione. La decisione di rendere brevettabili invenzioni intangibili, come il software, brevettabile dovrebbe quindi essere dettata dalle esigenze e dall'opportunità di scelte economico/sociali. La questione è perciò di stabilire se tali brevetti siano utili, se cioè

⁴⁶⁸ V. Workgroup swpatag@ffii.org. "CEC & BSA 2002-02-20: proposal to make all useful ideas patentable," in <http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/index.en.html>, p. 9.

⁴⁶⁹ Il danno più facilmente evitabile è quello causato dagli sfruttatori di professione, quelli che acquistano brevetti senza alcuna intenzione di tradurli in pratica ma solo per dare fastidio all'industria, e arricchirsi. Non è certo questo, e non è mai stato, lo scopo economico/politico e sociale dei brevetti. Sarebbe facile neutralizzare questi disturbatori imponendo l'obbligo della utilizzazione industriale dei brevetti entro un breve periodo di tempo, misura che si potrebbe adottare velocemente e senza incontrare probabilmente alcuna seria resistenza.

⁴⁷⁰ Il BGH, isolato in Europa con la sua servile posizione filo-americana, dovrebbe rassegnarsi a ritornare al paleolitico.

⁴⁷¹ "The Union has today set itself a new strategic goal for the next decade: to become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greagter social cohesion;" Presidency conclusions, Lisbon European Council, 23-24 March 2000.

⁴⁷² Cit. p. 14.

rispondano a urgenti esigenze dell'economia. Anche il prof. Norman Zachary, direttore dello *Harvard Computing Center*, disse che la raccolta di argomenti legali in favore o contro la brevettabilità dei programmi di computer è in un certo senso accademica, perché la vera domanda da porsi è se la brevettabilità dei programmi di computer porta beneficio nell'area dei computer.⁴⁷³

I pochi argomenti che militano a favore della brevettabilità del software non sono però quelli, poco convincenti e in parte erronei, adottati dalla Commissione. L'unico e determinante vantaggio della brevettabilità del software consisterebbe infatti nella pubblicazione (obbligatoria per ogni invenzione brevettata) del suo funzionamento, e nella legittimazione della decompilazione (per poterlo copiare dopo venti anni). Non c'è base logica e interpretativa per la tesi che la convenzione TRIPS esiga la brevettabilità del software. TRIPS dice che "brevetti dovranno essere concessi per qualsiasi invenzione, che si tratti di prodotti o processi, in tutti i campi della tecnologia, a condizione che siano nuove, rappresentino un salto inventivo, e siano idonee di applicazione industriale". Dire che in base a questa frase gli Stati membri della convenzione TRIPS abbiano l'obbligo di introdurre nella loro legislazione la brevettabilità del software è insostenibile.

H. Perché non può funzionare

La Commissione europea ritiene che l'Europa sarebbe svantaggiata a non concedere la brevettabilità del software quando l'America lo fa. Probabilmente, è vero il contrario. L'Europa non dovrebbe tardivamente copiare l'America, ma dovrebbe cogliere questa opportunità per passare avanti agli USA (i quali si trovano già sull'inevitabile sentiero del ritorno a maggiore serietà nella concessione di brevetti, e dell'abbandono dei brevetti sul software). L'Europa potrebbe così creare un ambiente economico favorevole alla società dell'informazione, e trarne il beneficio che spetta sempre al primo arrivato. Comunque, i brevetti software americani non sono applicabili in Europa (non esiste ovviamente un brevetto "mondiale"), e non possono quindi essere estesi all'Europa se questa prima non ammette la brevettabilità del software. Smets-Solanes ricorda che un centinaio di proprietari di brevetti americani su metodi base della eCommerce già affollano l'anticamera dell'EPO in attesa dell'emanazione, da parte del Parlamento europeo, della legge europea di

⁴⁷³ "Titus 1967: Pros and Cons of Patenting Computer Programs," cit.

brevettabilità del software: la loro prima mossa sarà di citare in giudizio, per violazione di brevetto, gran parte delle imprese europee attive nella nuova economia.⁴⁷⁴

La Commissione europea dovrebbe preoccuparsi di favorire l'Europa (non gli Stati Uniti). E dovrebbe tenere in considerazione che la società dell'informazione mantiene forti legami con le entità geografiche, la logistica, la cultura locali – il mercato interno europeo – e che perciò essa dovrebbe assicurare che la normativa dei brevetti favorisca il mercato interno europeo. L'industria europea naturalmente si adatterà, in USA (e in Giappone) ai sistemi legali differenti di quei Paesi, quando opera lì. E se questi Paesi applicassero misure di ritorsione contro l'industria europea, la bilancia fra costi e benefici sarebbe sempre ancora a vantaggio di un'Europa senza brevetti sul software, perché chiaramente sono più numerose e potenti, e da più lungo tempo titolari di un grande numero di brevetti su software, le imprese americane che quelle europee; e sarebbero perciò, teoricamente, più interessate alla brevettabilità in Europa. E' però probabilmente solo questione di pochi anni finché anche gli USA aboliranno la brevettabilità del software, quando si saranno resi conto che, da un punto di vista economico, sociale, e legale, tali brevetti sono dannosi per la innovazione e competitività, sono indesiderati, ingiustificati.

I professori Bessen e Maskin dello MIT hanno dimostrato che i brevetti software generano proprio situazioni di monopolio, che vi è una forte correlazione statistica fra il diffondersi dei brevetti software e il declino dell'innovazione, che i brevetti software rafforzano la segretezza industriale (per effetto della incoerenza fra diritto di brevetto e di copyright, inclusa la decompilazione). Sono effetti perversi dei brevetti sul software, scrivono gli autori.

Non solo perversi. C'è nel campo del software un conflitto fondamentale fra brevetto e copyright. Il *quid pro quo* del patto sociale in base al quale gli inventori ottengono il monopolio temporaneo sulle loro invenzioni è la divulgazione entro breve tempo del funzionamento dell'invenzione in modo che un esperto dell'arte possa riprodurla.⁴⁷⁵ La domanda che si pone è se l'identificazione delle serie di istruzioni necessarie per la

⁴⁷⁴ Smets-Solanes, cit. p. 16. Naturalmente solo i brevetti non sono stati ancora resi pubblici potrebbero essere estesi in Europa.

⁴⁷⁵ Il termine "brevetto di software" potrebbe essere frainteso, e indurre a pensare che il brevetto venga concesso al programmatore che ha scritto il software (programma). Il brevetto di software – è un principio generale del diritto dei brevetti – copre l'invenzione di un metodo di elaborazione, cioè l'invenzione della "sequenza di passi elementari di una elaborazione informatica digitale". Per assicurarsi un monopolio quanto più largo possibile, gli inventori del programma tendano a includere i beni tangibili (circuiti integrati, carte chip, ecc.) che vengono utilizzati nel produrre il processo di elaborazione oggetto dell'invenzione. Hanno cioè rientrare nella domanda tutto il software che potrebbe, anche solo marginalmente, essere impiegato nella realizzazione dell'invenzione Smets-Solanes, cit. p. 55.

compilazione del brevetto è sufficiente, e completa, per mettere in grado chiunque esperto nell'arte di scrivere (riprodurre) il programma. Se lo è, il requisito della divulgazione dell'invenzione è soddisfatto. Se al contrario servono altre conoscenze per scrivere il codice sorgente, anche queste dovranno essere rese pubbliche per mettere tutti – anche i concorrenti – in grado di replicare l'invenzione. Insegnare al mondo come è fatta l'invenzione, affinché il mondo la possa copiare e utilizzare è pur sempre requisito fondamentale della brevettabilità. Certo, l'invenzione non può essere copiata e utilizzata industrialmente e commercialmente finché non saranno passati i venti anni della protezione; ma durante il periodo di protezione si può sperimentare con il brevetto, sezionarlo per comprenderne il funzionamento, ispirarsi a fare nuove invenzioni, trovare alternative che non violino il brevetto stesso; e anche prepararsi ed essere pronti a copiarlo integralmente alla fine della protezione.⁴⁷⁶ Tutto questo lo si può fare di pieno diritto con tutti i brevetti: è l'essenza del diritto dei brevetti. Ma ecco che, con la normativa in vigore, non lo si può fare con i brevetti di software: lo vietano le leggi sul copyright, specialmente quella di superprotezione come la Direttiva 2001/29. Se venisse approvata la legge sulla brevettabilità del software, come proposto, ci troveremmo con due regimi legali che si escludono parzialmente a vicenda:⁴⁷⁷ quello dei brevetti, che impone la completa pubblicità dell'invenzione e permette l'analisi in qualunque modo e con qualunque mezzo; quello del copyright, che protegge la segretezza e vieta qualunque analisi dell'opera protetta; o, detto diversamente: il regime dei brevetti, che rende legittima la copia esatta dell'invenzione dopo venti anni; e quello del copyright, che la vieta non solo per un periodo di venti anni, ma ben oltre (la vita dell'inventore-autore più settanta anni).

Il conflitto è irrisolvibile. Con i brevetti sul software, l'industria sarebbe costretta a svelare i suoi codici, ed è proprio quello che essa non intende fare. Essa dovrebbe, a rigore, avversare i brevetti sul software, e accontentarsi della Direttiva 2001/29, o DMCA (norme però in sospetto di violazione delle leggi antitrust e incostituzionalità). Smets-Solanes ha chiaramente rilevato che, in un sistema che non permette la brevettabilità del software, l'industria che non vuole che la sua tecnologia vada a beneficio dei concorrenti, mantiene segreto il codice sorgente. Così facendo essa riesce fra l'altro anche a nascondere violazioni di brevetti da essa stessa commesse. Questa – non il timore dei pirati – sarebbe una delle

⁴⁷⁶ Anche se questo non è permesso dappertutto.

⁴⁷⁷ Non si può escludere *a priori* che potrebbero anche esservi alcune sinergie dall'accoppiamento di copyright e brevetto.

ragioni perché molti produttori si ostinano a mantenere il codice chiuso, si battono per impedire ogni sorta di penetrazione nella struttura dei propri programmi, e riescono a evitare gli attacchi giudiziari da parte dei legittimi "proprietari" delle invenzioni; situazioni che non potrebbero più avvenire in presenza di un brevetto, perché l'occultamento non sarebbe più possibile.⁴⁷⁸ La Commissione europea afferma che brevetto e copyright possano coesistere per instaurare simultaneamente diverse protezioni dello stesso bene giuridico. Teoricamente, e con leggi ben bilanciate e coordinate, ciò potrebbe anche essere vero. Ma con le superleggi di protezione del copyright oggi in vigore, non lo è. Se la proposta di Direttiva sulla brevettabilità del software diventasse legge, senza la contestuale modifica e l'adattamento delle leggi di copyright in vigore – specialmente la Direttiva 2001/29 – avremmo un conflitto insanabile. Il risultato dovrebbe necessariamente essere che le parti delle leggi di copyright precedenti, incompatibili con la nuova legge di brevettabilità, dovrebbero ritenersi abrogate.⁴⁷⁹

La proposta di Direttiva farebbe pensare che la Commissione europea sia in procinto di rendere possibile la brevettabilità del software senza chiedere in cambio – come dovrebbe se rispettasse uno dei principi fondamentali del diritto dei brevetti – la piena e completa divulgazione di come è fatto il programma; e di concedere un brevetto che, a tutti gli effetti pratici, non scadrebbe dopo venti anni perché nessuno può, durante l'operatività del brevetto (e anche dopo), "sezionare" il programma al fine di (fra le altre cose) copiarlo, come si può fare con tutte le invenzioni, una volta scaduto il monopolio. La Commissione europea sarebbe bene avvisata a, o continuare a vietare la brevettabilità del software, in Europa (occupandosi sì di armonizzare, ma facendolo esigendo il rispetto della EPC, sia da parte dell'EPO sia della Germania); oppure, di ristrutturare il diritto della proprietà intellettuale stabilendo nuovi principi di diritto (il che sarà assai difficile).

Della preoccupante situazione americana – ora riconosciuta anche lì come impeditiva alla competitività e alla innovazione (e della cui fase di prossima regressione parlano ormai un po' tutti in America) – non sembra abbia tenuto conto la Commissione. Anzi, e non è la prima volta che ciò si verifica, quando gli americani si rendono conto degli errori commessi e si accingono a correggerli, l'Europa si dà da fare per legiferare ispirandosi a quei cattivi

⁴⁷⁸ Salvo il segreto industriale, che non rientra fra la protezione brevettuale, ma che non occorre più violare per scoprire se un programma utilizza illegalmente un brevetto altrui, una volta che il programma è pienamente descritto all'ufficio brevetto.

⁴⁷⁹ Non diverso sarebbe il risultato negli USA dove si applica comunque il principio costituzionale che qualsiasi legge successiva prevale su una legge precedente (regola "last in time")(U.S. Const. Art. VI, cl. 2).

modelli.

I. Brevetti software e innovazione

La reazione all'esagerazione è spesso altrettanta esagerazione di segno contrario. Già si profila, in alcuni ambienti, la risposta estrema alla concessione indiscriminata di brevetti sul software e sui metodi di gestione con la ripresa della dialettica fra favorevoli e contrari alla privativa industriale. Il Premio Nobel James Buchanan, temendo che chi vuole innovare venga scoraggiato perché sono in troppi coloro che possono interporre "veti", propone il riesame dei pericoli insiti nella protezione brevettuale—spesso multipla e interdipendente—che favorisce l'*anticommons* (la risorsa che molti possono bloccare), contro il "*commons*" (la risorsa che è disponibile a tutti).⁴⁸⁰ Occorre evitare, sostiene la corrente che si proclama favorevole al progresso, che si crei la situazione in cui lo Stato protegga il "passato", l'obsoleto, a scapito del "futuro", del nuovo, permettendo che chi maggiormente potrebbe essere danneggiato dall'innovazione — l'industriabilità e perciò stesso in declino — prevalga inibendo o controllando l'innovazione stessa — portata, tipicamente, dall'industria nuova emergente.⁴⁸¹

L'affermazione della potenziale insidia all'innovazione poteva essere fatta (ed è stata fatta) dagli avversari della brevettazione rispetto a qualunque ramo d'industria—chimica, farmaceutica, ottica, fermentazione. Una corretta analisi dovrebbe concentrarsi sulla domanda se i programmi di computer — premesso che la loro brevettabilità non sia esclusa per altre ragioni — abbiano specificità tali da rendere preferibile, nell'interesse generale, escluderli dalla brevettazione.⁴⁸² Quello che in questa discussione è irrinunciabile è di non ignorare, nel campo informatico, i requisiti per la protezione (novità, livello inventivo,

⁴⁸⁰ V. "Patently Absurd?" in "The Economist" del 21 giugno 2001.

⁴⁸¹ Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 225. Il Machiavelli, parlando delle rivoluzioni negli ordinamenti politici (che non sono ovviamente paragonabili all'innovazione tecnologica ma le sue parole si adattano bene al tema che trattiamo), scrisse che non vi è cosa più difficile che l'introdurre innovazione, perché essa crea nemici fra coloro che hanno prosperato sotto il vecchio regime e trova solo tiepidi sostenitori fra coloro che prospererebbero con il nuovo regime (perché essi temono la novità, e stentano a crederci): Nicolò Machiavelli. *Il Principe*. Milano: Principato, 1951 (2. ed.), cap. VI, 5 (p. 63). ("E debbasi considerare, come e' non è cosa più difficile a trattare, né più dubbia a riuscire, né più pericolosa a maneggiare, che farsi capo a introdurre nuovi ordini. Perché lo introduttore ha per nimici tutti quelli che delli ordini vecchi fanno bene, e ha tepidi defensori tutti quelli che delli ordini nuovi farebbero bene. La quale tepidezza nasce, parte per paura delli avversari, che hanno le leggi dal canto loro, parte dalla incredulità delli uomini: e quali non credono in verità le cose nuove, se non ne veggano nata una ferma esperienza").

⁴⁸² Secondo i più, i brevetti sembrano essersi rivelati benefici, nel complesso, nel resto dell'industria.

industrialità, mancanza di esclusioni, completa pubblicità): non c'è ragione che l'inventore di software ottenga protezione in base a uno standard meno severo di quello applicabile a tutti gli altri inventori, in tutti gli altri campi del sapere.

Bill Gates (i programmi della Microsoft sono, come è noto, a "codice chiuso") osservò che "se la gente avesse compreso, al tempo quando gran parte delle idee odierne sono state sviluppate, come si sarebbero concessi [in futuro] i brevetti, e avesse allora ottenuto brevetti, l'industria sarebbe oggi a un punto di stallo completo."⁴⁸³ Gates subito aggiunse il cinico commento che per fortuna la gente non lo ha fatto, ed esortò quindi i suoi a farlo, cioè a sfruttare al massimo la situazione che si era creata con la brevettabilità del software, perché, a suo dire, era compito della grande industria di brevettare quanto più possibile e tenere lontana la concorrenza. Nelle sue stesse parole: "La soluzione è lo scambio di brevetti . . . Brevettare quanto più si può. . . . Un futuro 'start-up' senza brevetti propri sarà costretto a pagare qualsiasi prezzo che i giganti sceglieranno di imporre. Questo prezzo potrà essere alto: l'industria affermata ha interesse a escludere i futuri concorrenti."⁴⁸⁴

Il prof. Lessig ricorda che quando si verificano cambiamenti tecnologici radicali la società dovrebbe essere particolarmente attenta prima di allargare i poteri monopolistici, e dovrebbe sempre domandarsi se sia o meno giustificabile concedere tale allargamento.⁴⁸⁵ Nel campo dell'informatica, in particolare Internet, dove un grande numero di persone

⁴⁸³ "If people had understood how patents would be granted when most of today's ideas were invented and had taken out patents, the industry would be at a complete standstill today," Memorandum interno del 1991 citato da Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 206, e n. 70. Lessig ricorda anche il caso di un driver per stampante usato all'MIT il cui funzionamento era stato migliorato dal contributo di numerosi programmatori dello MIT (fra cui Richard Stallman). A un certo punto, nel 1984, il codice del driver venne trasformato in "codice chiuso", dopo aver inglobato tutti i contributi che erano stati fatti. Lo stesso cercò di fare la AT&T con Unix, anche esso libero fino al 1984. La manovra della AT&T non ebbe il successo sperato perché l'Università di Berkeley—che distribuiva una copia di Unix—estrasse dalla sua versione il codice AT&T e continuò quindi a distribuire una sua versione (BSD Unix) che era libera dalle restrizioni di AT&T. Stallman reagì in modo più deciso. Lanciò il progetto GNU ("GNU's Not Unix)—a codice aperto, naturalmente—che, insieme con il sistema operativo Linux, è diventato il sistema in più veloce espansione nel mondo. *Id.*, p. 53-54. V. Jon C. LeBlanc. "Migrate With Confidence From Microsoft Windows Servers to UNIX/Linux," August 4, 2002, http://web.cuug.ab.ca/~leblanc/nt_to_unix.html.

⁴⁸⁴ Benkler e Lessig cit. ricordano quanto disse il giudice Story: "In truth, in literature, in science and in art, there are, and can be, few, if any, things, which in an abstract sense, are strictly new and original throughout. Every book in literature, science and art, borrows, and must necessarily borrow, and use much which was well known and used before." Emerson v. Davies, 8 F. Cas. 615, 619 (No. 4,436) (CCD Mass. 1845). (È verissimo che per lo più è un piccolo passo avanti quello che viene protetto—temporaneamente—dai diritti d'autore. Il problema, già ampiamente dibattuto (e che ha ricevuto generalmente una risposta negativa) ma non per questo non merita di essere ulteriormente dibattuto), è se è proprio vero che senza la tutela del diritto d'autore non si investirebbero tempo e denaro per la ricerca e la rapida applicazione industriale di nuovi ritrovati ovvero se le scoperte si farebbero ugualmente, affidandosi per i vantaggi economici al breve (o magari, a volte, lungo) periodo durante il quale i concorrenti non riescono a copiare e imitare l'invenzione).

⁴⁸⁵ Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 216.

fisiche e di piccoli e medi imprenditori partecipa all'attività creativa e innovativa, un sistema massiccio di protezione rischia di gravare eccessivamente sui processi innovativi stessi.⁴⁸⁶

Per chiudere, voglio riferire un commento fatto da Richard Stallman in occasione del suo recente discorso alla Cambridge University. Richard immagina un'analogia fra algoritmi e note musicali, ipotizza l'esistenza, nell'Europa del 1700, di un Patent Office musicale europeo "per promuovere il progresso della musica sinfonica" che concede brevetti per ogni tipo di idea, o sequenza "di serie musicali" Richard si chiede cosa avrebbe fatto Beethoven se avesse voluto scrivere, qualche anno dopo, le sue sinfonie.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ *Id.* Il "costo dell'opportunità" dei sistemi di controllo diventa troppo alto mentre in assenza di un simile sistema di controllo l'attività creativa si intensificherebbe. Questo ragionamento mi fa venire in mente i trattatisti tedeschi della seconda metà dell'800, e le già ricordate teorie da loro elaborate per giustificare la non brevettabilità del prodotto chimico "per se" quando la chimica era dominata da Francia e Inghilterra; per cambiare idea quando l'industria chimica tedesca cominciò a primeggiare. V. *infra*, Cap. VI.

⁴⁸⁷ Naturalmente, questo è quello che fa il diritto d'autore. Ma Beethoven non intendeva copiare (e non ha copiato) le sinfonie di altri compositori; ha però utilizzato le "sequenze" di note disponibili a tutti. Se fosse stata concessa la protezione su queste (le serie di algoritmi, nel software) – con difese del tipo DCMA – si sarebbero sicuramente tarpate le ali al genio di Beethoven.

VI. IL PREZZO PER OTTENERE L'INFORMAZIONE – I PAESI IN VIA DI SVILUPPO

La Convenzione internazionale più ampia in materia di proprietà intellettuale è quella nota sotto l'acronimo TRIPS (*"Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights"*), il cui testo base è stato elaborato dall'industria farmaceutica americana, con il supporto del governo degli Stati Uniti. TRIPS⁴⁸⁸ è un prodotto degli Uruguay Rounds, ed è stata propagata al mondo dalla World Trade Organization (WTO).⁴⁸⁹ La Convenzione si propone di estendere a livello globale gli standard minimi di protezione della proprietà intellettuale del mondo occidentale.⁴⁹⁰ Priorità principale di TRIPS sono gli interessi industriali. Con TRIPS, le nazioni in via di sviluppo, che prima potevano – nel loro sforzo di realizzare gli obiettivi nazionali di sviluppo – cercare di trovare il proprio equilibrio fra benefici e svantaggi nel mondo dominato da forte (talvolta oppressiva) protezione dei DPI, devono ora, dopo l'adesione – in molti casi coatta o estorta con minaccia di ritorsione o sanzioni (inclusa la sospensione o cancellazione di fondi della Banca Mondiale) – sottostare alle regole (lo standard internazionale uniforme) che i Paesi sviluppati, ma in sostanza l'America, hanno deciso di imporre a livello globale.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ La Convenzione è l'allegato 1C dell'atto costitutivo della WTO (completato il 15 dicembre 1993) come risultato delle trattative del 1986-94 Uruguay Round. (L'"Atto Finale" è stato firmato a Marrakesh in aprile 1994). TRIPS è entrata in vigore il 1° gennaio 1995. Riferisce Kristin Dawkins. "Intellectual Property Rights and the Privatization of Life," <http://www.foreignpolicy-infocus.org/briefs>, della penetrante lobby, durante le trattative TRIPS, di un gruppo che si era autonomato "Intellectual Property Committee" ed era composta da Bristol-Myers, DuPont, General Electric, General Motors, Hewlett Packard, IBM, Johnson & Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell, Time-Warner.

⁴⁸⁹ La situazione delle adesioni era, a novembre 2001, di 142 Stati membri del WTO (mancanti, fra i più importanti, la Cina, la Russia, l'Arabia Saudita).

⁴⁹⁰ TRIPS è stato continuamente ritoccato. Le modifiche più recenti sono quelle delle dichiarazioni di Doha (del novembre 2001) in base alle quali TRIPS deve essere interpretato flessibilmente in modo da favorire la salute pubblica e non impedire agli Stati membri di proteggere la salute pubblica. A Doha è stato anche reiterato il diritto di chiedere licenze obbligatorie e licenze per importazioni parallele, è stato chiesto alla WTO di trovare una soluzione per la concessione delle licenze obbligatorie quando gli Stati interessati non hanno essi stessi capacità produttiva, l'estensione al 2016 della messa in vigore di TRIPS nell'area sanitaria a favore dei Paesi meno sviluppati (LDC), l'estensione di un più alto livello di protezione a indicazioni geografiche (diverse da vini e alcolici).

⁴⁹¹ Gli Stati Uniti usano l'Omnibus Trade and Competitiveness Act del 1974, e la iniqua clausola "Super 301" per imporre sanzioni contro i Paesi che non introducono (o tardano a introdurre) rigide norme di protezione dei DPI nelle loro legislazioni. La WTO ha dichiarato illegale questo esercizio unilaterale di sanzioni ma gli USA continuano ad applicare la 301 con il risultato che i Paesi minacciati generalmente si adeguano

A. Lo U.S. Trade Act

Gli Stati Uniti usano il loro "Trade Act" – in particolare gli "Special 301 Reports"⁴⁹² – per imporre al mondo una giurisdizione americana parallela a quella della WTO. Negli *Special 301 Reports* si trovano frasi come le seguenti:

"Una delle massime priorità dell'Amministrazione nell'area del commercio . . . è l'applicazione strategica delle leggi di commercio americane; . . . le leggi americane di commercio sono un mezzo di vitale importanza per assicurare il rispetto per gli interessi e i diritti commerciali americani. Continueremo a combattere con aggressività le barriere di accesso ai mercati esteri usando [i mezzi dell'] articolo 301, dello Special 301, dell'articolo 1377, e del Super 301, e il Titolo VII; . . . gli Stati Uniti prenderanno in esame tutte le alternative . . . controlleremo da vicino la situazione per assicurare una forte normativa di protezione dei dischi ottici; . . . l'Ambasciatore Zoellick ha espresso la determinazione dell'Amministrazione di svolgere una forte e consistente attività per assicurare l'operatività della norma dell'articolo Special 301 della Legge sul Commercio."⁴⁹³

Gli Stati Uniti operano, in definitiva, come polizia del mondo (non solo militarmente, ma anche negli affari).⁴⁹⁴ Nel rapporto sulla attività del 2001 dello *United States Trade Representative* (USTR) si legge, per esempio, che l'Italia non ha ancora adempiuto ai suoi

per timore dell'impatto economico delle minacciate sanzioni. Un esempio di sanzione unilateralmente imposta dagli Stati Uniti è stata la ri-imposizione, nel 1997, di dazi doganali per \$260 milioni per esportazioni provenienti dall'Argentina messa in atto come misura ritaliativa perché l'Argentina si era rifiutata di modificare la sua legge dei brevetti e renderla di soddisfazione all'USTR. Altri esempi di minaccia di sanzioni da parte degli USA sono, p. es., quelle contro l'Equador per \$80 milioni di esportazioni equadoriane di prodotti ittici in USA per costringere l'Equador a ratificare un accordo bilaterale su DPI. India, Pakistan, Etiopia, Brasile, e numerosi altri Paesi sono costantemente sotto la minaccia americana del Super 301, sempre riguardo alle loro leggi di brevetti.

⁴⁹² Lo "Special 301" viene chiamato *infamous* dalla stessa letteratura americana.

⁴⁹³ [O]ne of this Administration's top trade expansion priorities is . . . strategic application of U.S. trade laws" (mia sottolineatura); . . . the U.S. trade laws are a vitally important means of ensuring respect for U.S. rights and interests in trade. We will continue to challenge aggressively market access barriers abroad using Section 301, Special 301, Section 1377, Super 301 and Title VII; . . . the United States will consider all options; . . . we will be closely monitoring the situation to maintain strong optical disk regulation; . . . Ambassador Zoellick is expressing the Administration's resolve to take consistently strong actions under the Special 301 provisions of the Trade Act." USTR Report on Super 301 Trade Priorities, 30 aprile 1999, <http://www.usembassy.it/file>, pp. 4, 5, 6. La Section 301 è nella parte Sections 301-310 nel Trade Act of 1974; la Special 301 è la Section 182 del Trade Act of 1974; la section 1377 è la corrispondente norma dell'Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988. Le procedure contenute nella Section 310 del Trade Act of 1974 (Super 301) e il Titolo VII dell'Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (Titolo VII) sono state rimesse in vigore dall'Executive Order 13116 del 31 marzo 1999.

⁴⁹⁴ In base allo Special 301, gli USA includono gli Stati che non assolvono i loro doveri di protezione della proprietà intellettuale americana nella lista dei *Priority Foreign Countries* e, passati 30 giorni da tale designazione, lo USTR deve decidere se intende iniziare una "investigazione".

obblighi di emettere i regolamenti relativi alla legge "anti-pirateria" del 2000, e di conseguenza "gli Stati Uniti sollecitano l'Italia affinché adotti questo regolamento senza ulteriore ritardo".⁴⁹⁵ Il Rapporto 2002 contiene la lista dei Paesi ai quali gli USA dicono cosa hanno da fare.⁴⁹⁶ C'è nella lista anche la UE, ammonita perché il suo Regolamento 2081/91 "sembra negare uguale trattamento agli stranieri in materia di indicazioni geografiche su prodotti agricoli e alimentari".⁴⁹⁷ Sui medicinali che trattano l'HIV/AIDS, la malaria, la tubercolosi e altre epidemie, l'Ambasciatore Zoellick ha reiterato la posizione dell'USTR (che cioè non intende cambiare la sua posizione sulle questioni di proprietà intellettuali relative al campo sanitario). Nel Rapporto 2002 si legge – frase che non manca di disprezzo per l'infelicità degli altri – "abbiamo informato i Paesi che, nel momento in cui intraprendono passi per affrontare una significativa crisi di salute pubblica, come per esempio la crisi HIV/AIDS nell'Africa sub-sahariana, essi dovrebbero essere in grado di avvantaggiarsi della flessibilità che il TRIPS offre loro, sempre però tenendo conto che qualunque passo essi intraprendano, dovrà essere in adempimento alle norme di questo Trattato."⁴⁹⁸ Corretta invece l'impostazione europea. A seguito della Dichiarazione di Doha, la UE ha proposto sia al Consiglio di TRIPS sia alla WTO di modificare l'art. 31(f) TRIPS in modo che i Paesi che non hanno capacità propria di produrre farmaci con licenza obbligatoria possano – senza le restrizioni attuali – importare da Paesi che li producono sotto licenza obbligatoria.⁴⁹⁹ La Commissione ha anche proposto un Regolamento di salvaguardia contro gli abusi (riesportazione) di medicinali destinati, a prezzi ridotti, a una ottantina di Paesi poveri.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ "The United States urge Italy to resolve this issue without further delay." "2002 Special 301 Report", p. 28. (Per sua fortuna, l'Italia è finita solo sulla "Watch List" non sulla più temibile "Priority Watch List" o, peggio, sulla lista "Priority Foreign Contry").

⁴⁹⁶ "The Administration is determined to ensure the adequate and effective protection of intellectual property and fair and equitable market access for U.S. products. . . . In issuing the announcement, Ambassador Zoellick is expressing the Administration's resolve to take consistently strong actions under the Special 301 provisions of the Trade Act." "2002 Special 301 Report", cit. b

⁴⁹⁷ I rimproveri USA alla UE non sono eventi isolati: è ben nota la "guerra" condotta, verso la fine degli anni dell'ultimo secolo, dagli USA contro la UE per la politica sull'importazione di banane e il divieto di importazione di carne prodotta con ormoni.

⁴⁹⁸ "We have informed countries that, as they take steps to address a major health crisis, like the HIV/AIDS crisis in sub-Saharan Africa, they should be able to avail themselves of the flexibilities afforded by the TRIPS Agreement, provided that any steps they take comply with the provisions of the Agreement." (E' sempre ancora vero quello che disse il CEO della Union Carbide, Anderson, riferendosi ai morti di Bhopal che "una vita in India vale molto meno di una vita a Brooklin, New York") (v. citazione in Palmieri. *Le crisi. Natura e gestione*, cit. p. 152).

⁴⁹⁹ V. "Intellectual Property – Contribution to the WTO," in <http://europa.eu.int/comm/trade/miti>

⁵⁰⁰ "Proposal for a Council Regulation to avoid trade diversion into the European Union of certain key medicines," 30 ottobre 2002.

La lista degli "inadempienti" include India e Thailandia, scelta poco felice, dati i recenti episodi – che hanno avuto ampia eco – di "biopirateria" americana proprio a danno di questi due Paesi.⁵⁰¹ Nel Rapporto vengono invece compiacentemente ricordati i Paesi che hanno riconosciuto l'importanza di limitare al software legittimo l'uso che ne fanno le agenzie governative. Non si parla più delle perduranti violazioni del TRIPS da parte americana, già da tempo rilevata e denunciata dalla UE, relativa alla mancata notifica ai titolari di brevetti, quando il governo USA ne prende possesso "nell'interesse nazionale".⁵⁰² Sembra che nessuno debba giudicare quando si tratta di violazioni commesse dagli Stati Uniti.⁵⁰³ (Veramente il giudice ci sarebbe, ed è l'organismo, in seno alla WTO, per la risoluzione di conflitti; ma è un meccanismo poco efficiente). La WTO ha frequentemente notato che l'unilaterale esercizio delle sanzioni commerciali minacciate (e messe in atto) dagli Stati Uniti in base al Super 301 sono illegali. Ma nessun Paese ha avuto finora il coraggio di affrontare fermamente gli Stati Uniti⁵⁰⁴ e chiedere la cessazione di questa pratica prevaricatoria.⁵⁰⁵

Gli Stati Uniti hanno fatto parlare di sé in molti casi clamorosi nei quali avevano essi stessi violato i canoni di condotta "*fair and equitable*" (frase che si trova quasi sempre nei Rapporti americani di censura degli altri Paesi). Basti ricordare l'atteggiamento nei confronti del governo della Thailandia quando si stava discutendo in quel Paese una legge che

⁵⁰¹ Per esempio, il manifesto abuso americano nel concedere i brevetti sul riso "Texmati, Kasmati, e Jasmati", ovvia imitazione servile di "Basmati", di cui parlerò oltre.

⁵⁰² Negli Stati Uniti (28 U.S. Code Section 1498) il titolare di un brevetto non ha azione per danni o ingiunzione quando il suo brevetto viene usato per produzione di beni dal, o per il governo. E' una pratica molto usata, specialmente dal Dipartimento della difesa. L'articolo 31 della Convenzione TRIPS richiede pronta informazione al titolare del brevetto da parte del governo che se ne "appropria". Ciò accade raramente quando il governo americano "espropria" brevetti di inventori stranieri. Nessuna misura correttiva è stata prontamente adottata dagli USA in ottemperanza del suo obbligo internazionale. V. "Grounds for Granting Compulsory Licenses," <http://www.southcentre.org/publications>, p. 7.

⁵⁰³ Art. 63 seq., TRIPS). Questo (e non gli USA) è anche il giudice designato per tutte le altre vertenze. Ed è la WTO, non gli USA con il loro Special o Super 301, a dover fare la liste delle inadempienze e a procedere contro chi viola, o è in ritardo nell'adempimento degli obblighi della Convenzione.

⁵⁰⁴ La UE contesta le violazioni agli Stati Uniti, ma non agisce con quella risolutezza – e applicazione di sanzioni e misure speciali – che sarebbero necessarie per ottenere l'attenzione. (Ovviamente dovrebbe avvenire tramite il WTO).

⁵⁰⁵ Per quanto riguarda l'acciaio, il rapporto Super 301 del 1999 così si esprimeva: "[In response to the substantial increase in U.S. steel imports] [i]t is critically important that we promote free and fair trade abroad and that we effectively enforce our trade laws in order to give Americans the confidence needed to keep our markets open . . . the Administration responded with an effective set of actions . . . the Administration is committed to aggressively enforcing U.S. trade law to address the adverse impact that unfairly traded steel imports have on U.S. steel companies and U.S. steel jobs . . . [t]hese actions [are] grounded in U.S. trade law and [are] fully consistent with U.S. international obligations." (Mia sottolineatura). (Nel rapporto del 2002 gli Stati Uniti non parlano più dell'acciaio).

avrebbe permesso la registrazione brevettuale di medicine tradizionali locali. Lo *U.S. State Department* scrisse al Reale Governo della Thailandia: "Washington ritiene che un simile sistema di registrazione potrebbe costituire una possibile violazione del TRIPS ed essere di impedimento alla ricerca medica su queste sostanze attive".⁵⁰⁶ La lettera di Washington continua esigendo risposta a 11 provocative domande. Presero posizione su questa lettera 120 istituzioni nongovernative (NGO) notando che gli Stati Uniti richiedevano il trasferimento di conoscenza tradizionale thailandese a ricercatori americani per possibile brevettazione, ma negavano alla Thailandia di fare – ed era molto più legittimata trattandosi di conoscenza thailandese – la stessa cosa a casa sua, cioè proteggere quella conoscenza. Le NGO ribadirono che non è né diritto né responsabilità degli Stati Uniti di interferire con i processi democratici interni di altri Paesi. Per non parlare di numerosi casi di biopirateria americana che ha coinvolto sostanze come la quinoa, il turmeric, il neem, e altre piante medicinali o nutritive, i cui effetti erano stati riconosciuti (e perfezionati) attraverso i millenni, "rubate" e brevettate da società americane, e diventate in parte oggetto di costose cause intentate dai governi legittimi "proprietari".⁵⁰⁷

Gli Stati Uniti hanno una tradizione di spregio della "comity" internazionale. Un caso scandaloso – fuori dall'arena dei diritti di proprietà intellettuale – è quello dell'art. 6038A del codice americano delle imposte dirette, il quale praticamente costringe la filiale americana di una società multinazionale (straniera) a diventare in America l'"agente" di tutte le società del gruppo, nel mondo intero, e quindi a obbligarla a fornire (con traduzione inglese), su richiesta dell'autorità fiscale americana, qualsiasi documento richiesto dal "Secretary of the Revenue", di qualsiasi filiale straniera, pena la perdita di difesa e la finale esecutorietà della fissazione delle imposte fatta dal fisco americano.⁵⁰⁸ La protesta dell'industria, specialmente quella europea, non è stata presa in considerazione dalle autorità americane; e si è fermata, sul fronte europeo, nelle indignate – e anche talvolta

⁵⁰⁶ "Washington believes that such a registration system could constitute a possible violation of TRIPS and hamper medical research into these compounds."

⁵⁰⁷ V. ampiamente Dawkins, cit.

⁵⁰⁸ V. Nicola Walter Palmieri. "Section 6038A Violates The Constitution and International Law," 54 *Tax Notes (Special Report)* 1017-21 (1992). V. anche, fra i numerosi esempi di territorialismo, l'"imposta unitaria" applicata dalla California e da altri Stati, la quale, messo a raffronto il profitto ottenuto in un altro Paese e fatte le proporzioni in base ai cespiti, il libro paga e le vendite, attribuisce parte del profitto straniero alla California in base a una presunzione legale che esso sia stato prodotto in questo Stato. V. Nicola Walter Palmieri-Egger. "Worldwide Tax Allocation Norm v. Worldwide Combination Method of Taxation," *Intertax* 1983, 390-402.

infuocate – proteste in convegni, e negli uffici commerciali delle ambasciate.⁵⁰⁹ L'America è sicura che gli europei non adotteranno misure di ritorsione, perché gli europei non credono nella bontà della ritorsione come mezzo di difesa in un mondo globale, e comunque non hanno il coraggio di farlo. In effetti, la ritorsione non è una buona reazione. Però, come si è riusciti ad accordarsi sugli "standard minimi" globali per la proprietà intellettuale (TRIPS), così si dovrebbe riuscire a concordare regole standard in aree ben più importanti, come quella delle leggi fiscali, antitrust, valori mobiliari, protezione dell'ambiente, e delle norme di procedura per cause che coinvolgono persone appartenenti a Paesi diversi.⁵¹⁰ Se ne dovrebbe fare carico il WTO.

Le Convenzioni, leggi, direttive, regolamenti, nel campo del diritto della proprietà intellettuale abbondano.⁵¹¹ Oltre a TRIPS ci sono i due già ricordati trattati per combattere la pirateria in Internet, Il *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), entrati in vigore il 20 maggio 2002. Il commento (contenuto nel Rapporto 2002 "Special 301") è che "questi Trattati rappresentano il consenso della comunità mondiale che la struttura vitale di protezione, assicurata dai trattati esistenti, inclusa la Convenzione TRIPS, deve essere completata per eliminare qualunque residua falla nella protezione di copyright sull'Internet, che potrebbe impedire lo sviluppo del commercio elettronico". (Mia sottolineatura). L'USTR conclude: "Noi [non la WTO] facciamo pressione sugli altri governi affinché ratifichino e mettano in esecuzione i due trattati di Internet i quali chiariscono la situazione dei diritti esclusivi in ambiente *on-line* e specificamente proibiscono le apparecchiature e i servizi che hanno lo scopo di eludere le misure di protezione

⁵⁰⁹ Avevo scritto a suo tempo: "The most persuasive message to the U.S. Congress for repeal of section 6038A may come from constituent U.S. multinational corporations interested in preventing foreign countries in which they conduct business from enacting legislation mirroring the provisions of section 6038A." Seguito dalla nota: "It would be interesting to see the reaction of the U.S. government if a foreign country enacted legislation authorizing the local Treasury to issue an unchallengeable summons against U.S. multinationals operating in such country, mandating the release by a U.S. "related party" of, for example, classified documents regarding contracts with the U.S. Department of Defense or the U.S. Department of Energy, because such documents could be relevant for that country's determination of transfer prices. That country could say, as the United States have said, that the fact that compliance would lead to the imposition of criminal penalties under the laws of the United States will not constitute grounds for either quashing or refusing to enforce the summons. (Paraphrasing House Report, 171; Senate Finance Report, 161)." Palmieri, "Section 6038A," cit. p. 1021. (V. anche, nello stesso articolo, il richiamo alle leggi di "blocco" emanate negli anni settanta da diversi Paesi stranieri in risposta agli ordini dei tribunali americani, diretti a società residenti all'estero, di produrre documenti che l'autorità americana voleva ottenere per le sue indagini antitrust. V. anche Nicola Walter Palmieri. "Foreign Recordkeeping – A View From the Industry," *Intertax*, 300 - 304, 1991.

⁵¹⁰ Instaurando, per esempio, regole di "discovery" più pratiche, utili e funzionali di quelle farraginose e oggi non più giustificabili applicate negli USA.

⁵¹¹ Sarebbe utile raccoglierle sistematicamente in un testo unico.

tecnologica delle opere coperte da copyright."⁵¹²

Intanto, gli Stati Uniti hanno annunciato che TRIPS non è sufficiente, e hanno messo in chiaro che, a ogni nuova trattativa, chiederanno più forti norme, cioè un "TRIPS plus".

B. Il Rapporto della *Commission on Intellectual Property Rights*

La maggior parte dei Paesi in via di sviluppo la pensa diversamente. Per essi, TRIPS è eccessivamente oneroso, e qualsiasi modifica dovrebbe non ulteriormente facilitare l'accesso delle multinazionali straniere ai loro mercati interni e alle loro risorse, con crescente danno alla loro capacità di svilupparsi, ma dovrebbe essere il contrario; e ciò sarebbe anche nell'interesse del mondo sviluppato. Lo ha intravvisto un gruppo di studio, la "*Commission on Intellectual Property Rights*" (CIPR),⁵¹³ la quale, in una recente analisi,⁵¹⁴ ha esaminato, con obiettività e senso di equità, gli aspetti positivi e negativi delle leggi di protezione della proprietà intellettuale nei Paesi in via di sviluppo.

Il giudice Hugh Laddie, del tribunale dei brevetti inglese, ha scritto la premessa, osservando:

"Per troppo tempo, i diritti della proprietà intellettuale sono stati considerati come cibo per i paesi ricchi e veleno per i poveri. Spero che questo rapporto dimostri che le cose non sono così semplici. I Paesi poveri potranno trovarli utili a condizione che vengano adattati alle esigenze locali. La Commissione suggerisce che la migliore dieta per ogni singolo Paese debba essere decisa sulla base di ciò che rappresenta il meglio per il suo sviluppo, e che la comunità internazionale e i Governi di tutti gli Stati dovrebbero prendere le loro decisioni tenendo ciò in mente".

Riassumo i punti salienti di questo studio. Gli autori notano che i Paesi sviluppati sostengono che forti diritti di proprietà intellettuale stimolano la crescita economica e riducono la povertà, sono cioè bene per gli affari, per il pubblico, e spronano il progresso tecnologico.⁵¹⁵ Se funziona così bene da noi, dicono gli esponenti del primo mondo,

⁵¹² "We urge other governments to ratify and implement the two Internet Treaties, which clarify exclusive rights in the on-line environment and specifically prohibit the devices and services intended to circumvent technological protection measures for copyrighted works". (Dato che tutto viene fatto in base agli U.S. Trade Acts, viene da chiedersi a cosa serva la WTO).

⁵¹³ Costituita sotto gli auspici del Segretario di Stato britannico per gli affari internazionali sig.a Claire Short.

⁵¹⁴ Del settembre 2002, intitolato "Integrating IPRs and Developing Policy".

⁵¹⁵ I brevetti sono comunemente considerati come incentivo per innovazione e creatività, e di beneficio sia per la società che per i creatori delle invenzioni protette. Essi però rappresentano sempre un

perché non dovrebbe funzionare ovunque? E concludono: forte protezione fa bene, fortissima protezione fa meglio.⁵¹⁶ I Paesi in via di sviluppo ritengono che una forte protezione della proprietà intellettuale non stimola invenzione perché manca da loro la prerequisita capacità umana e tecnica, i brevetti causano costi, colpiscono i poveri (per esempio, aumentando il costo di medicine e sementi), mutilano lo sviluppo di industria e tecnologia, danneggiano l'economia della popolazione locale, arrecano vantaggio solo ai Paesi avanzati. Sostengono che forti diritti di proprietà intellettuale (DPI) hanno effetto negativo: meno si hanno, meglio è.⁵¹⁷

Negli ultimi 25 anni si è avuta un'espansione senza precedenti dei DPI sia per l'ampiezza di protezione, sia per l'ambito, il territorio, le nuove tecnologie, il materiale genetico, la biotecnologia, le tecnologie dell'informazione. A questa espansione è corrisposto il sensibile decadimento degli Uffici di brevetti che sta causando serie preoccupazioni anche in Paesi sviluppati. Il numero delle domande è enormemente aumentato mentre la qualità del lavoro svolto dagli Uffici brevetti è grandemente scaduto. Si concedono brevetti con ambito di applicazione vastissimo, i costi aumentano, i tempi si allungano. Fra i tanti problemi causati dal crescente numero di brevetti (ma anche dalla confidenzialità della domanda nel periodo fra presentazione e concessione del brevetto, generalmente 18 mesi) vi è la difficoltà di stabilire, da parte degli inventori successivi, l'assenza di violazioni di brevetti antecedenti; la difesa da attacchi per violazione è costosa; la bilancia fra costi e benefici dell'incentivo a inventare, e il rischio di processi, pende spesso dalla parte sbagliata. Nei Paesi in via di sviluppo, l'impatto dei DPI e l'effetto della proliferazione dei brevetti sulla competitività è negativo, spesso disastroso. I troppi brevetti e le rigide regole del copyright limitano l'accesso a Internet in modo tale da ostacolare l'ampliamento della conoscenza che l'Internet favorisce. I Paesi in via di sviluppo sono doppiamente danneggiati perché essi devono rispettare i rafforzati DPI dei Paesi industrializzati, e non possono partecipare ai benefici commerciali derivanti dalle loro proprie conoscenze e risorse genetiche, le quali vengono spesso brevettate nei Paesi del

costo per gli utenti.

⁵¹⁶ Essi passano sotto silenzio i già ricordati esempi del passato, quando erano loro "Paesi in via di sviluppo": gli USA negavano la protezione del copyright agli autori stranieri, la Germania negava i brevetti sulle sostanze chimiche, l'Italia su quelle farmaceutiche.

⁵¹⁷ L'argomento principale è sempre lo stesso, sempre ripetuto dall'industria: storicamente, i Paesi privi di (o con debole) protezione dei DPI non hanno goduto uno sviluppo come i Paesi con forte protezione; esempio classico sarebbe la Russia sovietica (dove però altre e più serie cause negarono il successo all'economia di comando). (Un esempio che va in direzione opposta è quello della Corea del Sud, giunta alla prosperità nel periodo in cui non si era ancora dotata di leggi a protezione dei DPI).

primo mondo, con effetti rovinosi per i Paesi ai quali le risorse appartengono da millenni. La domanda che si pone è se una forte protezione della proprietà intellettuale possa contribuire, e in quale misura, allo sviluppo economico e alla riduzione della povertà e, dato per scontato che la proprietà intellettuale può essere utile in determinate fasi di sviluppo di un Paese, possa produrre incentivi per inventare nuove tecnologie, accertare in quale modo gli incentivi operano diversamente a seconda della offerta che ne deriva, e quali costi causino ai consumatori. La bilancia dei costi/benefici dipende da come i DPI vengono applicati e dalle circostanze economiche e sociali dei Paesi dove vengono applicati. È stato riscontrato che i DPI possono produrre più costi che benefici in Paesi in via di sviluppo quanto più questi dipendono da conoscenza sviluppata altrove. Fra i problemi acuti vi è quello delle risorse genetiche e conoscenza tradizionale che i DPI dovrebbero proteggere in modo che i benefici rimangano nei Paesi ai quali appartengono. Oggi si è poi aggiunta, fra i problemi immediati, la libertà di accesso, da parte dei Paesi in via di sviluppo, all'informazione scientifica e tecnica, che i metodi di crittazione e le misure tecnologiche rendono, ironicamente, meno accessibile del, quasi sempre non aggiornato e difficilmente reperibile, materiale cartaceo. Forse sarà necessario, nei Paesi in via di sviluppo, rendere la proprietà intellettuale strumento di ordine pubblico per assicurare che si tenga conto del beneficio per la società – per esempio di un nuovo farmaco o di una nuova tecnologia – tenendo in considerazione che il beneficio per la società deve sempre prevalere sul costo della protezione della DPI, e che i diritti umani fondamentali devono essere subordinati alla loro protezione. Prima di ulteriormente espandere i DPI si dovrebbe anche seriamente riflettere sull'equilibrio fra interesse dell'industria (produttore) alla protezione e quello del consumatore alla libera disponibilità dei beni. Si parla di *"level playing field"* ma, ancora una volta, il concetto sembra valere solo per i Paesi del primo mondo, mentre i *"secondi arrivati"* devono sottostare alle regole delineate e imposte dai *"primi arrivati"*.⁵¹⁸

C. Distorsioni nei Paesi in via di sviluppo

Il sistema occidentale dei diritti di proprietà intellettuale causa distorsioni che danneggiano i Paesi in via di sviluppo (la cui priorità è di conciliare il proprio interesse

⁵¹⁸ Sarebbe invece corretto, se si volesse veramente creare un *level playing field*, di adattare il sistema DPI alle condizioni economiche, sociali e tecnologiche dei Paesi in via di sviluppo.

commerciale con la necessità di ridurre la povertà). E' nell'interesse di tutti di non imporre standard elevati di protezione della proprietà intellettuale in Paesi in via di sviluppo senza un serio e obiettivo esame dell'impatto di questa sullo sviluppo economico e la condizione di povertà di quei Paesi.

E' possibile un sistema di diritto della proprietà intellettuale globale, come voluto dai Paesi sviluppati (e delineato in TRIPS)? E' veramente utile e auspicabile? Probabilmente no, perché il DPI deve evolvere incorporando le esigenze proprie dei Paesi in via di sviluppo, e deve tendere a ridurre la povertà stimolando innovazione, trasferendo tecnologia e rendendo disponibili i prodotti della tecnologia a prezzi competitivi. I Paesi in via di sviluppo sono grandi importatori di tecnologia dal mondo sviluppato. La globalizzazione della protezione dei DPI risulterà in significativi nuovi trasferimenti di tecnologia ai Paesi in via di sviluppo i quali dovranno accettare, in cambio, i regimi brevettuali dei Paesi sviluppati. Per converso, questi vedono il beneficio non solo nella diffusione dei loro sistemi di difesa dei DPI ma anche nello stimolo dei commerci, lo sviluppo locale di tecnologie, gli investimenti, e la crescita economica in genere.⁵¹⁹ Nel mondo competitivo globale è indispensabile disporre della tecnologia più avanzata e sofisticata. TRIPS non deve avere per effetto di facilitare il trasferimento di tecnologia obsoleta e inservibile. Il *quid pro quo* è che i Paesi in via di sviluppo riescano a rafforzare le capacità scientifiche e tecnologiche locali in cambio della loro promessa di accettare il regime di DPI imposto dai Paesi avanzati. La cooperazione corretta fra i Paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo è di promuovere una efficace ricerca locale, con politiche di incentivi e promozione di trasferimenti di tecnologia, creando efficaci politiche competitive nei Paesi in via di sviluppo, rendendo disponibili fondi pubblici per promuovere la capacità e cooperazione scientifica e tecnologica, incoraggiando la costituzione di alleanze globali di ricerca, assicurando che i risultati di ricerca ottenuta con fondi pubblici vengano resi disponibili. La forte protezione dei DPI è notoriamente una massima priorità di politica estera degli Stati Uniti,⁵²⁰ i quali spesso ne fanno un uso sleale. TRIPS impone la brevettabilità (o protezione *sui generis*) di varietà di

⁵¹⁹ Una domanda a sè è se una forte protezione dei DPI costituisca, nei Paesi in via di sviluppo uno stimolo chiave di innovazione, come è il caso nei Paesi sviluppati. Tutto fa ritenere che sia vero il contrario. L'impatto di una forte protezione dei DPI su commerci, investimenti stranieri, crescita economica è modesto nei Paesi che hanno una debole capacità tecnologica. I costi della protezione dei DPI eccedono i benefici. La questione cruciale è perciò se i DPI aiutano o impediscono i Paesi in via di sviluppo a ottenere le tecnologie necessarie per il loro avanzamento.

⁵²⁰ Gli USA troppo spesso dimenticano che i DPI dovrebbero stabilire sempre un equilibrio fra compenso agli inventori e benefici alla società; e che ogni Stato dovrebbe adattare i DPI alle sue esigenze, differenziando fra processo brevettabile e prodotto non brevettabile.

piante il che non stimola la ricerca, specialmente quella degli agricoltori poveri. La proliferazione di brevetti genetici aumenta il costo di liti giudiziarie e aumenta la difficoltà di ricerca per brevetti antecedenti, con effetti negativi sulla competitività. Nei Paesi in via di sviluppo non si dovrebbero brevettare,, come richiesto da TRIPS, piante e animali, e limitare la brevettabilità della biotecnologia applicata all'industria (i Paesi in via di sviluppo non beneficiano degli incentivi di ricerca ma ne sopportano i costi). Si dovrebbe adottare una definizione restrittiva di "microorganismo" stabilendo specifiche eccezioni (per esempio, sul ri-uso delle sementi), non permettere brevetti su piante e animali, inclusi geni e organismi geneticamente modificati, e si dovrebbero introdurre chiare norme per preservare alle popolazioni locali il loro patrimonio genetico. Sono proprio gli Stati Uniti che applicano due pesi e due misure, vedi i casi di biopirateria che rappresentano un vistoso capovolgimento degli obiettivi di innovazione e di trasferimento di tecnologia verso Paesi in via di sviluppo. Quello che si è verificato è che risorse naturali dei Paesi d'origine sono state appropriate da società straniere, brevettate nei loro Paesi, i brevetti registrati nei Paesi d'origine (firmatari nel frattempo della convenzione TRIPS), con il risultato che a questo punto i Paesi d'origine non possono più continuare lo sviluppo delle proprie risorse, e produrle, in mancanza di licenza da parte dei titolari dei brevetti, con l'obbligo di corrispondere royalties, divieto di esportazione (e spesso necessità di importare il "proprio" prodotto). Le società, per lo più americane, che perpetrano questi abusi, vengono acconciamente identificate come "first world's knowledge pirates". Un deplorabile esempio ne è la RiceTec del Texas la quale ha dapprima brevettato il riso Jasmine della Thailandia e il Basmati dell'India; vistasi annullati i brevetti per difetto di unicità e novità, è ritornata e, aggiungendo concorrenza sleale, si è fatta aggiudicare i brevetti di riso thailandese e indiano leggermente modificato battezzandolo con i nomi palesemente fuorvianti Texmati, Jasmati, Kasmati. E altri brevetti sono stati ottenuti, pure in America, su numerose varietà di piante indiane.⁵²¹ L'inquinamento genetico, la riduzione della diversità biologica, l'irresponsabilità dell'industria del primo mondo (come la esibì la società Monsanto con le tecnologie "Terminator") sono temi da affrontare. Come sarebbe una maggiore serietà scientifica degli uffici brevetti, i quali dovrebbero ricominciare a non concedere brevetti su "invenzioni" ampiamente note, talvolta

⁵²¹ Anla, Anar, Salaj, Karela, e numerose altre. Sul "rapimento" di Turmeric (e Ayahuasca) si racconta la parabola che, quando a Kerale, nell'India del 17° secolo, i portoghesi all'ancora presso Malabar stavano sradicando alcune piante di pepe per portarle alle loro navi, e le guardie dello Zamorin protestarono dicendo che "se cresceranno il pepe nelle loro terre ne perderemo il commercio", lo Zamorin avrebbe loro risposto, imperturbato: "Anche se portano via le nostre piante, come riusciranno a portarci via i nostri monsoni?"

da millenni; e l'automatico annullamento di brevetti ottenuti con frode, restituzione dei profitti, e multe nei casi particolarmente gravi di occultamento dei fatti all'Ufficio brevetti (definendo frode la mancata comunicazione all'ufficio brevetti di tutto quello che si sa – o si sarebbe tenuti a sapere usando ragionevole diligenza nel procurarsi la conoscenza – sulle pregresse conoscenze dell'invenzione). Nel campo della salute, i sistemi DPI non stimolano la ricerca e non attraggono investimenti per malattie diffuse solo o prevalentemente nei Paesi in via di sviluppo. Se non vi fosse la protezione brevettuale, farmaci generici e importi paralleli potrebbero portare sollievo e cura a più persone, mentre con TRIPS pienamente operativo dopo il 2005 la concorrenza dei generici diminuirà e i loro prezzi saliranno. Questo succederà anche perché nei Paesi in via di sviluppo mancano risorse e infrastrutture: il rafforzamento globale dei DPI non potrà avere altro risultato che l'aumento generale dei prezzi a vantaggio dei Paesi che forniscono prodotti e licenze, con ulteriore maggiore danno per i Paesi in via di sviluppo (perché non saranno in grado di produrre localmente quello che specificamente serve loro e che i Paesi sviluppati non fanno oggetto di ricerca e non producono perché non è profittevole). Quest'ultimo problema potrebbe essere mitigato migliorando l'accesso a farmaci a basso costo, con procedure efficienti di licenze obbligatorie, collegate con il diritto di esportazione verso Paesi in via di sviluppo che non hanno la capacità di produrre, facilitando l'ingresso di generici, importazioni parallele, prezzi differenziati, limitazioni specifiche interne alla brevettabilità, anche per settori di merci, senza compromettere gli incentivi alla ricerca locale.

D. Un regime *ad hoc*

Mi avventuro a questo punto a formulare anch'io (seguendo in gran parte le raccomandazioni della CIPR) qualche suggerimento su come si dovrebbe procedere nei Paesi in via di sviluppo. Occorrerebbe favorire sì la brevettabilità, ma al contempo imporre standard restrittivi per la concessione, includere norme contro gli abusi, incoraggiare l'innovazione locale, prevedere la possibilità di ottenere, se necessario, brevetti difensivi,⁵²² escludere da brevettabilità i metodi diagnostici, terapeutici, chirurgici, inclusi nuovi usi di prodotti conosciuti. Nel campo specifico delle biotecnologie si dovrebbe escludere (o

⁵²² Gli Uffici brevetti dei Paesi in via di sviluppo dovrebbero essere in grado di recuperare parte del loro costo utilizzando tabelle differenziate per individui, industria, stranieri, e i Paesi sviluppati dovrebbero prestare assistenza tecnica alle domande presentate da Paesi in via di sviluppo (e possibilmente prevedere anch'essi tabelle differenziate, con trattamento di favore per questi ultimi).

limitare) le restrizioni all'uso, da parte di ricercatori successivi, di una invenzione precedente.⁵²³ Occorrerebbe avvantaggiarsi subito delle dichiarazioni di Doha rispetto agli LDC, senza attendere e ripetere gli errori fatti nel Sudafrica, dove la rinuncia dei produttori di farmaci contro l'Aids di fare valere i loro brevetti su importazioni parallele ha rappresentato un contributo parziale (ha affrontato solo l'Aids, e solo il prezzo, e non l'organizzazione sanitaria) a un problema parziale (ha distolto l'attenzione da altri Paesi e altri gravi problemi). Anche il copyright, la protezione del software, le limitazioni di Internet causano spesso più costi che benefici nei Paesi in via di sviluppo. Il *fair use* e il relativo diritto di fare copie per uso personale e istruzione non è garantito, la illegittima protezione del software (difesa a oltranza del *close code* e le *relative implicazioni*) riduce l'accesso all'informazione. Il WCT viola le norme antitrust, elimina diritti e usi legittimi, limita l'indisturbato accesso a Internet.⁵²⁴ I remedi per i Paesi in via di sviluppo dovrebbero invece essere di facilitare l'accesso a Internet, di ridurre le eccessive limitazioni nell'uso dei software, incoraggiare iniziative di libera diffusione dell'informazione e della conoscenza, adottare misure pro-competitive per diminuire invece che aumentare la protezione di materiale coperto da copyright, assicurare ampie eccezioni per l'istruzione, la ricerca, le biblioteche, adottare standard di copyright internazionali tenendo conto dell'estremo stato di necessità di elevare l'informazione e l'istruzione, condizione *sine qua non* per lo sviluppo economico e sociale dei Paesi del terzo mondo.

Dovrebbero essere considerate le opzioni di software a basso costo, specialmente l'*open source*, non limitare la facoltà di decompilazione, ingegneria all'inverso, interoperabilità, rendere legalmente inoperative le limitazioni contrattuali degli usi permessi, e naturalmente non rendere illegali gli interventi sulle tecnologie protettive (evitando di seguire l'esempio delle legislazioni USA ed europee).

Invece di imporre i regimi di proprietà intellettuale che si sono formati nei Paesi del primo mondo, occorrerebbe sostenere gli sforzi dei Paesi in via di sviluppo nel tentativo di trovare, ciascuno per suo conto, il regime DPI che veramente risponda alle esigenze specifiche locali, e abbia come obiettivo primario la tutela dell'interesse e lo sviluppo delle conoscenze e dell'economia di questi Paesi: se essi hanno una tecnologia avanzata preferiranno una forte protezione come incentivo alla ricerca e lo sviluppo (evitando

⁵²³ Per esempio, nel campo genetico il brevetto dovrebbe proteggere solo gli usi indicati nella descrizione del brevetto, non anche altri usi della stessa invenzione che inventori successivi potrebbero scoprire.

⁵²⁴ Lo stesso naturalmente vale per leggi (di esecuzione, o imitative che dir si voglia) come le superprotezionistiche DMCA e Dir. 2001/29.

comunque disincentivi e sprechi in liti legali, assicurando la competitività, e minimizzando i costi); se sono Paesi con basso reddito e forti importazioni di beni e tecnologia preferiranno standard ristretti di brevettabilità, meno brevetti, svantaggi per stranieri (e maggiori incentivi per i locali), facilitazioni nella concessione di brevetti per istituzioni pubbliche e università pubbliche.

E' necessaria grande cautela per impedire danni estremi da armonizzazione estrema. TRIPS tende a sempre maggiormente "egualizzare" la protezione mondiale prendendo come unità di misura gli standard del primo mondo. I Paesi in via di sviluppo vengono impediti dall'impiegare il sistema della protezione della proprietà intellettuale come sarebbe necessario in base alle loro esigenze. L'armonizzazione – non quella corretta, consistente nell'esame di tutte le varianti e di equamente utilizzarle nella ricerca di un massimo comun denominatore – è diventata un'ossessione di molti Paesi del primo mondo, i quali premono, persistenti, esagerati e sospetti, per realizzarla. I Paesi del terzo mondo dovrebbero essere consigliati a non accettare nuove regole internazionali che restringono la loro libertà. L'armonizzazione intesa come estensione dei regimi occidentali ai Paesi in via di sviluppo non è accettabile, e dovrebbe essere rigettata.⁵²⁵

Le emanande linee guida per un sistema di brevetti per i Paesi in via di sviluppo dovrebbero incentivare la competitività. I Paesi sviluppati hanno forti leggi pro-competitive che bilanciano (o dovrebbero bilanciare) i DPI. I Paesi in via di sviluppo dovrebbero fare altrettanto, dotarsi di forti leggi sulla competitività prima di pensare ai regimi di DPI (inclusa una modificata versione di TRIPS).

La *World Intellectual Property Organization* (WIPO) ha per missione di promuovere la protezione globale dei diritti della proprietà intellettuale, ed è responsabile per la predisposizione dei relativi trattati internazionali. Nel suo statuto non è però previsto l'obbligo di valutare i costi e i benefici della protezione della proprietà intellettuale per i Paesi in via di sviluppo; e neppure è previsto l'obbligo di analizzare la complessa relazione

⁵²⁵ A questo riguardo occorrerebbero consultazioni e dialogo con gli specifici settori economici interessati per comprendere quale sistema DPI meglio risponda agli obiettivi di promuovere lo sviluppo locale; per esempio, decidere se adottare un sistema di brevettazione con semplice registrazione, o uno soggetto a controllo ed esame; la disponibilità o l'addestramento di personale specializzato; il costo del sistema; l'efficacia del sistema; il rigetto delle domande di brevetto che a un attento esame risulteranno invalide; gli effetti della reticenza nei confronti dell'Ufficio brevetti e le relative sanzioni; le procedure (veloci) di ingiunzione (possibilmente escludendo avvocati); la facilità di accesso alla giustizia per favorire i Paesi in via di sviluppo nelle loro azioni contro i Paesi avanzati (oggi proibitivamente costoso).

fra protezione e sviluppo.⁵²⁶ Il trattato di maggior portata, TRIPS, enuncia che occorre adottare principi di flessibilità nei confronti dei Paesi in via di sviluppo, e contiene la possibilità (limitata) di stabilire regole proprie di brevettabilità in tali Paesi. Le licenze obbligatorie, che fanno parte marginale delle norme del trattato,⁵²⁷ sono poco usate sia a causa di vincoli bilaterali (che impediscono di farvi ricorso) sia per mancanza di completa informazione sui relativi meccanismi di attuazione.⁵²⁸

Le norme internazionali cambiano rapidamente: l'impatto dovrebbe essere subito analizzato per basare le decisioni politiche su dati concreti piuttosto che su preconcetti di utilità e vantaggio, giudicati dalla prospettiva dei Paesi sviluppati, e da questi adottati. WIPO avrebbe l'obbligo di integrare gli obiettivi di sviluppo nella promozione dei diritti di proprietà intellettuale, dare esplicito riconoscimento ai costi e benefici della protezione dei DPI e alla corrispondente necessità dei regimi di proprietà intellettuale locali per evitare che i costi superino i benefici, trovare soluzioni idonee e accettabili per i Paesi in via di sviluppo, intraprendere passi per attuare i dichiarati principi di adattare la propria guida in materia di proprietà intellettuale alle necessità di ciascun Paese rispetto al quali la guida è esercitata.

L'introduzione di TRIPS è stata prematura per gran parte dei Paesi in via di sviluppo. I Paesi del primo mondo, con i mercati tradizionali in saturazione e declino, rivolgono la loro attenzione ai Paesi poveri ma, prima di avventurarsi, neutralizzano la libertà di movimento di quei Paesi con le proprie regole di DPI. TRIPS, così come formulato, non è lo strumento corretto da imporre a questi Paesi.⁵²⁹

L'operatività di TRIPS nei Paesi in via di sviluppo dovrebbe perciò essere sospesa finché non saranno instaurate regole di un *level playing field*.

⁵²⁶ I Paesi in via di sviluppo dovrebbero attivamente partecipare alle discussioni del consiglio, e avere l'opportunità di prepararsi, e raccogliere esperienza e conoscenza.

⁵²⁷ V TRIPS, art. 31 (da leggere insieme all'art. 27.1). Le licenze obbligatorie sono generalmente una questione di legislazione interna. Molti Paesi riconoscono il diritto alla licenza obbligatoria quando l'invenzione non viene (o non viene adeguatamente) sfruttata per un certo tempo (tipicamente 3 anni). Una eccezione notevole sono gli Stati Uniti dove le leggi sui brevetti non contengono norme per la concessione di licenze obbligatorie; queste vengono però occasionalmente concesse come rimedio a pratiche anticompetitive; e si è in quel Paese anche sviluppata una teoria per la concessione di licenze obbligatorie ai fini di soddisfare un preminente interesse pubblico interno del Paese. La Convenzione di Berna prevede la possibilità di licenze obbligatorie di copyright a favore di Paesi in via di sviluppo.

⁵²⁸ I Paesi in via di sviluppo hanno un breve periodo per adottare le regole TRIPS; che è più lungo per gli LDC – fino al 2006, esteso da Doha fino al 2016 per prodotti farmaceutici. Specialmente gli LDC dovrebbero ottenere estensioni dei termini di adesione secondo gli indicatori economici e di sviluppo tecnologico anche per prodotti diversi dai farmaceutici.

⁵²⁹ Dopo i danni loro causati prima dai missionari, poi dal colonialismo, e infine dal post-colonialismo.

VII. LA MONOPOLIZZAZIONE DELL'INFORMAZIONE – MICROSOFT

Chi ha lavorato negli anni '60 sugli elaboratori (l'ELEA, per esempio) ricorderà almeno tre cose: che erano ingombranti, che avevano pochissima "memoria" e che era facile intervenire sui programmi (sia con schede sia addirittura, in casi di emergenza, con istruzioni binarie che si potevano impartire con una serie di bottoni sull'unità centrale). Quando la memoria non bastava, ci si poteva "portare" all'indirizzo di programma di una operazione che non serviva in quel dato momento (p. es., la routine di stampa), vi si potevano "scrivere" le istruzioni nuove (che invece servivano), e si rientrava all'ultimo indirizzo dell'operazione "by-passata". Semplice, l'intervento poteva essere fatto anche da chi possedeva una preparazione superficiale di programmazione. Il sistema funzionava, perfettamente. Era il tempo del "codice aperto".

Oggi, dipendiamo (quasi) tutti da Microsoft. Con Microsoft non si può più fare quello che si faceva 40 anni fa, perché questa società ha imposto, e difende vigorosamente, il "codice chiuso": l'utente non può e non deve sapere come funzionano i programmi, non può e non deve intervenire per modificarli. Microsoft ha molte ragioni per farlo, tutte ispirate a costringere la sua clientela a restare con il sistema operativo Microsoft e a imporle di usare software accessori e hardware sviluppati o favoriti da Microsoft.⁵³⁰

Nel 1994 il Ministero della Giustizia americano (DOJ) citò in giudizio la Microsoft Corporation adducendo che questa aveva illegalmente monopolizzato il mercato dei sistemi operativi di computer includendo condizioni restrittive della concorrenza nei suoi contratti di licenza.⁵³¹ La causa venne conclusa con un decreto consensuale (*consent decree*).⁵³² Tre anni dopo, il DOJ citò di nuovo la Microsoft (con una *civil contempt action*) sostenendo che essa aveva violato una delle clausole del decreto attraverso il consolidamento tecnologico dei sistemi Internet Explorer (IE) 3.0 e 4.0 e Windows 95. Il tribunale federale concesse una inibitoria preliminare. La Corte d'appello federale del circuito del District of Columbia statuì

⁵³⁰ V. Lessig, *The Future of Ideas*, cit. Cap. 4.

⁵³¹ V. Nicola Walter Palmieri, "Fra equo processo ed equa protezione del consumatore", *Int'l Lis*, 1/2002.

⁵³² *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995)(*Microsoft I*).

invece che tale consolidamento non costituiva violazione del decreto,⁵³³ ma non si pronunciò sulla questione se detto consolidamento violasse di per sè gli artt. 1 e 2 dello Sherman Act.⁵³⁴

Poco prima di questa decisione, il Governo federale e un gruppo di Stati citarono Microsoft per violazioni antitrust, chiedendo che fosse emessa una ingiunzione preliminare (cui avrebbe dovuto seguire, all'esito del processo di merito, una inibitoria permanente). L'accusa si basava quasi esclusivamente su violazioni dello Sherman Act, artt. 1 e 2, in relazione alle attività della Microsoft tese a eliminare la concorrenza di Netscape Navigator, il più diffuso *browser* Internet.

Il tribunale federale statui, nel merito, che Microsoft aveva, in violazione dell'art. 2 dello Sherman Act, (A) mantenuto un monopolio nel mercato dei sistemi operativi di computer compatibili con Intel; e (B) tentato di ottenere un monopolio nel mercato dei *browser* Internet; e, in violazione dell'art. 1 dello Sherman Act, vincolato illegalmente l'uno all'altro due prodotti che si pretendeva fossero acquistabili separatamente, Windows e Internet Explorer. Conseguentemente, il tribunale emise una sentenza definitiva di merito con la quale ordinò alla Microsoft di proporre un piano di dismissione che prevedesse la separazione dell'azienda relativa ai servizi operativi da quella riguardante le applicazioni.⁵³⁵ L'ordine conteneva anche restrizioni interinali rispetto al comportamento della Microsoft.

Microsoft interpose gravame sostenendo che (A) le conclusioni di diritto, rispetto alle sopra ricordate tre violazioni dello Sherman Act, e i presupposti procedurali e di fatto della decisione erano errati; (B) il rimedio ordinato doveva essere annullato perché il tribunale non aveva concesso alla società un termine per approfondire i fatti controversi e perché i provvedimenti erano viziati in radice; e (C) tutte e tre le decisioni dovevano essere annullate perché il giudice di merito aveva violato i canoni di etica giudiziaria, tenendo contatti inammissibili con la stampa ed esprimendo pubblicamente commenti impropri sul merito della causa pendente.

La corte d'appello emise la sua sentenza il 28 giugno 2001.⁵³⁶ Essa (A) confermò in gran parte la decisione del tribunale sulle violazioni dell'art. 2 Sherman Act; (B) annullò

⁵³³ US v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998)(*Microsoft II*).

⁵³⁴ 15 U.S.C.

⁵³⁵ US v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999)(*Findings of Facts*); US v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)(*Conclusions of Law*); US v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (*Final Judgment*).

⁵³⁶ US v. Microsoft Corp., US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 00-5212 (Consolidated with 00-5213).

la parte relativa al tentativo di monopolizzare il mercato Internet dei *browser*; (C) rinviò al tribunale per riesame l'asserita violazione dell'art. 1 Sherman Act, quella cioè relativa al vincolo imposto fra l'acquisto dei *browser* e quello dei sistemi operativi; (D) ritenne fondato l'appello rispetto al rimedio ordinato, e lo annullò.

Il 2 novembre 2001 Microsoft si è accordata con il DOJ per transigere la vertenza antitrust, e ha firmato un *consent decree*, con numerose restrizioni. Il 6 novembre 2001 il tribunale federale del D.C. ha formulato una proposta di sentenza definitiva (*final judgment*). Si chiude così – se Microsoft rispetterà il *consent decree* (e sembra che abbia buone intenzioni di farlo)⁵³⁷ – la vertenza antitrust che ha per molti anni consumato grandi risorse del DOJ e della Microsoft.

A. Violazioni antitrust

In base all'art. 2 dello Sherman Act, monopolizzare è illegittimo. Si intende per monopolizzare “il possesso di un potere monopolistico nel mercato e l'intenzionale acquisto o il mantenimento di tale potere invece della crescita o lo sviluppo come conseguenza di un prodotto superiore, acume negli affari, o coincidenza storica.”⁵³⁸ La corte d'appello confermò “nella sua interezza” che Microsoft aveva il possesso di un potere di monopolio nel mercato.

Il mercato rilevante deve includere tutti i prodotti ragionevolmente interscambiabili dai consumatori per lo stesso scopo. (La norma antitrust si basa sul concetto che l'abilità del consumatore di rivolgersi ad altri fornitori limita un operatore nel mercato di aumentare i prezzi al di sopra del livello competitivo). Nel caso in esame, il mercato è stato definito quello della “licenza di tutti i sistemi operativi PC compatibili con Intel, su base mondiale”. Il tribunale aveva stabilito che non vi erano “al presente prodotti . . . – e non era prevedibile che ve ne fossero in un prossimo futuro – che una significativa percentuale di utilizzatori di computer su base mondiale potrebbe sostituire [con quelli compatibili con Intel] senza dover affrontare significativi costi”. Il tribunale determinò che Windows possedeva oltre il 95% di

⁵³⁷ V. comunicato stampa di Bill Gates del 6 novembre 2001: “While this decree will place significant restrictions on our business, we believe this is a fair and reasonable settlement that will be good for consumers, good for the high tech industry, and good for the economy. . . . Microsoft is committed to making this settlement a success. We are committed to becoming a better industry leader, and we will continue to deliver new innovations to revitalize the economy and improve people's lives.”

⁵³⁸ US v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

questo mercato.⁵³⁹ Guardare solo alla percentuale di mercato potrebbe fuorviare perché la possibilità di competizione potrebbe essere assicurata da nuovi "entranti" nel mercato. Nel caso in esame però, Microsoft aveva costituito barriere strutturali contro nuovi partecipanti che proteggevano le posizioni future della società. Tali barriere – le barriere di applicazione contro nuovi entranti – derivavano da due caratteristiche del mercato software, cioè che i consumatori preferivano sistemi operativi per i quali un ampio numero di applicazioni era già stato scritto, e che la maggior parte dei programmatori preferiscono scrivere per sistemi operativi che già hanno una significativa base di consumatori. Microsoft obiettò che essa non si comportava come un monopolista, e sostenne che era necessaria la prova diretta (che non era stata fornita) del suo effettivo comportamento antitrust. Microsoft sosteneva che investiva fortemente in ricerca (17% del fatturato) e che i prezzi di Windows erano bassi e comunque inferiori alla concorrenza. Il tribunale non accettò queste difese perché l'innovazione può infatti aumentare una fetta di mercato già dominante e può ulteriormente ritardare l'emergenza della concorrenza, per cui anche un monopolista può avere interesse a investire nella ricerca. Inoltre, notò il tribunale, un prezzo più basso di quello che nel breve termine massimizzerebbe il profitto non è in contraddizione con il possesso o l'uso improprio del potere monopolistico. Il tribunale quindi determinò che Microsoft aveva violato l'art. 2 dello Sherman Act in quanto aveva messo in opera una serie di atti esclusivi (senza applicare prezzi predatori) per mantenere il monopolio, impedendo la efficiente distribuzione e l'uso di prodotti che potevano minare tale monopolio. Il tribunale aveva stabilito che Microsoft aveva violato le norme antitrust per i seguenti motivi: (1) il suo comportamento con i vari OEM (Original Equipment Manufacturers); (2) il modo in cui aveva integrato l'IE in Windows; (3) gli accordi con gli IAP (Internet Access Providers); (4) il modo di condurre gli affari con ICP (Internet Content Providers), ISV (Internet Software Vendors), e Apple Computer; (5) i suoi sforzi per contenere e sovvertire le tecnologie "Java"; (6) il suo comportamento in generale. I giudici si trovarono confrontati con il compito di distinguere fra atti di esclusione che riducono il benessere sociale, e atti competitivi che lo migliorano. Essi notarono che atti di esclusione vietati sono quelli che hanno un effetto anticompetitivo, cioè danneggiano il processo competitivo e quindi i consumatori, mentre

⁵³⁹ Il tribunale aveva stabilito che anche se si includesse nel "mercato determinante" il sistema operativo Mac OS della Apple Macintosh, Microsoft avrebbe comunque una fetta di oltre l'80% del mercato. (Il tribunale aveva escluso il Mac OS perché aveva stabilito che i consumatori non avrebbero cambiato Windows con Mac OS, anche in presenza di un notevole risparmio di prezzo, primo perché Mac OS è più costoso, e secondo perché i sistemi non sono interscambiabili).

il danno ai concorrenti non sarebbe sufficiente; il “monopolista” può a questo punto giustificare la sua condotta come “pro-competitiva, e il tribunale dovrà bilanciare l’uno contro l’altro applicando il “rule of reason”.⁵⁴⁰

Passando all’esame dei singoli comportamenti antitrust, il tribunale trovò che diverse condizioni restrittive delle licenze Windows agli OEM erano anticompetitive e definì la giustificazione principale della Microsoft – l’esercizio del diritto di copyright – “al limite del frivolo”. Questo perché Microsoft sosteneva di avere un diritto assoluto di fare uso del suo copyright come voleva. La secca risposta della corte d’appello fu: “Diritti di proprietà intellettuale non conferiscono il privilegio di violare le leggi antitrust”.⁵⁴¹ Né maggior merito aveva secondo la corte d’appello l’altra giustificazione della Microsoft, che cioè nonostante le restrizioni nei contratti di licenza OEM, Netscape non era totalmente bloccata dal distribuire i suoi prodotti. Con una eccezione di poco peso, la corte d’appello concluse che tutte le restrizioni nei contratti di licenza rappresentavano un uso del potere di mercato da parte di Microsoft per proteggere il suo monopolio, in violazione dell’art. 2 Sherman Act, e che non vi erano legittime giustificazioni. Sul secondo punto – l’automatico collegamento di IE con Windows 98 – la corte d’appello accettò la giustificazione Microsoft la quale asserì di aver avuto “valide ragioni tecniche” per imporre il default browser voluto da Microsoft contro la scelta dell’utilizzatore. In mancanza di prova – che avrebbe dovuta essere fornita dal Governo – della prevalenza degli effetti anticompetitivi, la corte d’appello dichiarò la Microsoft non responsabile di questa violazione. Quanto al terzo punto, il tribunale aveva stabilito che la Microsoft aveva incoraggiato gli IAP (e OLS, Online Service Providers), con prezzi attraenti (o gratis) e condizioni di favore, a stipulare contratti esclusivi per promuovere l’IE, e mantenere l’inclusione di software che usava il prodotto concorrente Navigator al di sotto di una specifica percentuale, tipicamente 25%. Il tribunale notò anche che Microsoft aveva stipulato quattordici simili contratti esclusivi con i quindici maggiori fornitori di accesso nel nordamerica. La corte d’appello confermò la condanna di Microsoft in quanto questi contratti esclusivi con gli IAP violavano l’art. 2 dello Sherman Act. Sul quarto punto, la corte d’appello non confermò la violazione rispetto ai contratti con gli ICP, ma ritenne violativi dell’art. 2 i contratti con gli ISV, come pure l’accordo di esclusiva stipulato con Apple Computer con il quale Microsoft proibiva ad Apple di incoraggiare gli utilizzatori a sostituire un altro browser all’IE della Microsoft. “Java” – un insieme di

⁵⁴⁰ V. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

⁵⁴¹ V. *In re Indep. Serv. Orgs. Antitrust Litig.*, 203 F.3d 1322, 1325 (Fed. Cir. 2000).

tecnologie sviluppate da Sun Microsystems – poneva una potenziale minaccia alla posizione di predominio di Windows come piattaforma di sviluppo software. Nel 1995, Netscape si era accordata con Sun per distribuire una copia del prodotto Java con ogni copia di Navigator. In tale modo, Navigator velocemente divenne il veicolo principale per piazzare copie Java sui PC che utilizzavano Windows. Microsoft prontamente introdusse contromisure, in parte fuorviando gli utilizzatori sulla natura del software (specifico a Windows) che essa distribuiva ai programmatori Java, e costringendo Intel a bloccare l'aiuto che essa prestava a Sun per il miglioramento delle tecnologie Java. Con una sola eccezione, la corte d'appello confermò la violazione dell'art. 2 rispetto a questi comportamenti della Microsoft. La corte invece non trovò una separata violazione dell'art. 2 nel comportamento generale della Microsoft.

La corte rinviò l'esame degli asseriti accordi di "legame" e annullò la parte della sentenza di merito che aveva stabilito l'esistenza del tentativo di monopolizzare.⁵⁴²

B. Rifiuto del giudice di acquisire nuove prove sul rimedio

Microsoft attaccò le decisioni procedurali del tribunale su due fronti. In primo luogo essa sostenne che il tribunale aveva abusato della sua discrezionalità assegnando per il dibattimento un termine troppo ravvicinato e ordinando che la prova per testimoni venisse assunta per via sommaria; in secondo luogo, rispetto al rimedio, Microsoft sostenne che il tribunale aveva impropriamente ordinato la scissione dell'azienda in due entità.

La corte d'appello dispose prontamente sul primo punto notando che il tribunale aveva ampia discrezionalità nella gestione del dibattimento, in assenza di una prova chiarissima di effettivo e sostanziale pregiudizio.

Sul secondo punto invece la corte decise che il rimedio ordinato doveva essere

⁵⁴² V., in Italia, ordinanza del 23 giugno 1998 (*Consent Decree*), traduzione a cura di Antonio Cucinotta e nota: *Il caso Microsoft: verso il monopolio di Internet*, *FI*, 1998, IV, 343-368; *Conclusions of Law* del 3 aprile 2000, traduzione a cura di Andrea Renda, e commento, *Microsoft: cronaca di una sentenza annunciata*, *FI*, 2000, IV, 229-254; sulla stessa sentenza, nota di Alessandro Portolano, *Contro un rimedio di struttura nel caso Microsoft*, *FI*, 2000, IV, 303-312; sentenza della corte d'appello del 28 giugno 2001, nota di Giuseppe Colangelo, *Microsoft e i vecchi dilemmi del nuovo antitrust*, *FI*, 2001, IV, 380-392. (Con numerosi altri riferimenti). Fra gli autori americani mi limito a segnalare (disponibili in Internet visitati il 12 novembre 2001), *The text of Robert Bork's white paper in the DOJ vs. Microsoft case*, <http://www.vquill.com/borkdoc.htm>; e la breve nota di J. Bradford DeLong, *Robert Bork's Filleted Soul*, http://www.J-Bradford-delong.net/OpEd/Bork_Microsoft.html; Richard A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=249318.

annullato, e il caso rinviato con l'ordine di condurre un istruttoria specificamente diretta ai rimedi. Questo per tre motivi indipendenti: (1) il tribunale non aveva adeguatamente motivato i rimedi che aveva ordinati, (2) la corte d'appello aveva modificato la decisione del tribunale circa la responsabilità per violazione antitrust, e allo stato degli atti non era possibile determinare in quale misura la nuova determinazione di responsabilità avrebbe inciso sui rimedi stessi, e (3) il tribunale aveva ommesso di fissare un'udienza istruttoria specificamente dedicata al rimedio, essendovi fatti controversi.

La corte si soffermò a esaminare in dettaglio il secondo e terzo motivo, mentre dispose sbrigativamente del primo, che era ovvio e non presentava difficoltà.

Sul secondo motivo la corte d'appello notò che alcune delle premesse base della sentenza di 1° grado (violazioni degli artt. 1 e 2 Sherman Act) non avevano superato lo scrutinio d'appello; e che dei tre gruppi di violazioni antitrust presentati dal Governo, solo uno, la violazione dell'art. 2 Sherman Act era sopravvissuta all'appello, mentre la violazione dell'art. 2 Sherman Act per tentativo di monopolizzare il mercato dei *browser* era stata eliminata, e la violazione dell'art. 1 relativa all' illegittimo reciproco vincolo dei prodotti era stata rinviata perché la eventuale responsabilità venisse stabilita in base a uno *standard* diverso. Secondo la corte d'appello, il tribunale aveva fissato i rimedi, di comportamento e strutturali, come misura adeguata riguardo all'insieme delle violazioni, senza affermare che i rimedi sarebbero stati comunque appropriati anche se solo l'accertamento della responsabilità per la violazione relativa alla monopolizzazione fosse sopravvissuto (anche solo parzialmente) allo scrutinio d'appello. In sostanza, la corte d'appello non si sentiva in grado di determinare un nesso di causalità significativo fra la condotta ordinata o proibita e la violazione sottostante.

Rispetto al terzo motivo di annullamento la corte osservò che quando le parti avevano incominciato a discutere su quale procedura sarebbe stata seguita durante la fase di decisione sul rimedio, il tribunale segnalò che avrebbe ordinato il rimedio solo dopo aver condotto una nuova serie di udienze istruttorie, probabilmente una replica delle procedure del dibattimento, con testimonianze scritte soggette a controinterrogatorio.

Il 28 aprile 2000 la difesa del Governo aveva depositato la proposta di ordinanza definitiva, accompagnata da sei nuovi pareri di supporto e da diversi allegati. Questa proposta, oltre a contenere una serie di restrizioni temporanee di comportamento, chiedeva che Microsoft venisse scissa in due società indipendenti, una delle quali avrebbe continuato l'attività dei sistemi operativi della Microsoft, l'altra il resto delle attività. Microsoft replicò

sostenendo che il rimedio proposto era troppo gravoso, che sarebbe stato impossibile risolvere un certo numero di fatti specifici ancora controversi relativi ai rimedi proposti e che, se il tribunale avesse deciso di applicare i rimedi proposti, sarebbero stati necessari *“una completa istruttoria, tempo adeguato per la preparazione e un esauriente dibattimento sulla questione.”*

Contrariamente alla posizione presa in precedenza, il tribunale aveva annunciato, il 24 maggio, che era pronto a passare alla decisione senza ulteriori passi procedurali. Microsoft sostenne nuovamente che la controversia sui fatti sopra riportati rendeva necessario un dibattito specificamente destinato ai rimedi. Microsoft si dichiarò ripetutamente pronta a produrre nuove prove. Superando l'obiezione della Microsoft, il tribunale aveva esaminato il merito del rimedio, e aveva emesso la sentenza del 7 giugno 2000. Secondo il tribunale, un'estesa procedura istruttoria non avrebbe contribuito a dare maggiore garanzia di trovare un rimedio ottimale, la maggior parte delle prove offerte dalla Microsoft erano semplici congetture su eventi futuri;⁵⁴³ e d'altronde il Governo, avendo vinto il caso, aveva un certo diritto al rimedio che aveva proposto, applicando cioè un criterio gladiatorio come lo chiama Colangelo.⁵⁴⁴

L'ordinanza di rimedio che la corte emise ricalcava la richiesta del Governo e imponeva alla Microsoft di presentare un piano di scissione in due società, una per i servizi operativi (OpsCo), che doveva includere Windows 98 e 2000, e l'altra per le applicazioni (AppsCo), che doveva includere IE e Office. L'ordinanza conteneva diverse misure interinali, fra cui (A) l'obbligo di divulgare al pubblico le interfacce dei programmi applicativi e la relativa informazione tecnica per assicurare che il software potesse efficacemente interagire con Windows, (B) l'istituzione di un centro nel quale gli interessati possano studiare, interrogare e interagire con le porzioni rilevanti e necessarie dei codici base della Microsoft (*platform software*), (C) il divieto di stipulare contratti che obblighino i terzi a limitare sviluppo, produzione, distribuzione, promozione e uso (o pagamento per) software base (*platform*) non della Microsoft, (D) il divieto di stipulare o imporre contratti che contengano obblighi di acquisti collegati (*tying agreements*).

⁵⁴³ Secondo il tribunale, comunque, Microsoft sapeva fin dall'inizio che la scissione era non solo una possibilità, ma una probabilità in caso di sconfitta (aspetto, questo, del tutto irrilevante): il tribunale concluse che un rimedio strutturale era inevitabile in quanto Microsoft si ostinava a insistere di non aver violato lo Sherman Act, continuava a condurre i suoi affari come sempre, aveva dimostrato già in passato di essere inaffidabile.

⁵⁴⁴ Cit., p. 390.

La corte osservò che è un principio cardinale del nostro sistema di giustizia che i fatti controversi devono essere esaminati in pubblica udienza e devono essere risolti con procedura probatoria simile a quella del dibattimento.⁵⁴⁵ Questo principio si applica sia alla fase della determinazione della responsabilità sia a quella del rimedio.⁵⁴⁶ Solo quando i fatti non sono controversi o quando la parte avversa ha rinunciato all'udienza probatoria questo passo procedurale significativo può essere eliminato.⁵⁴⁷ La discussione sul merito della responsabilità, disse la Corte d'appello, non è un sostituto della discussione probatoria specificamente riferita al rimedio, a meno che la questione del rimedio non sia stata parte della discussione di merito, o che non vi siano fatti controversi relativi al rimedio stesso.⁵⁴⁸

La corte concluse che una decisione sul rimedio doveva essere annullata ogni qualvolta vi fosse stato un disaccordo di buona fede su aspetti sostanziali del provvedimento, che potesse essere risolto solo in dibattimento. Non v'era dubbio, aggiunse la corte, che nel caso in esame vi fosse un simile disaccordo; infatti, persino il tribunale aveva notato nella sua sentenza che le parti erano fortemente divise e avevano opinioni divergenti sul probabile contenuto dell'ordinanza. Non c'è giustificazione, disse la corte, perché un tribunale violi il suo dovere di condurre questo tipo di udienze. La vera ragione per cui il tribunale aveva rifiutato di disporre l'udienza probatoria era, nelle parole stesse del tribunale, non l'inesistenza di fatti controversi, ma piuttosto l'opinione del tribunale che la controversia poteva essere risolta attraverso il riferimento ai soli dati dell'esperienza senza ulteriori passi procedurali.

C. Anche il giudice monocratico è un "monopolista" e può abusarne

Il Canone 3A(6) del codice di comportamento dei giudici federali americani impone che un giudice eviti pubblici commenti sul merito di una causa pendente o prossima a essere iniziata.⁵⁴⁹ Il Canone 3A(4) proibisce ai giudici di iniziare o prendere in considerazione

⁵⁴⁵ "It is a cardinal principle of our system of justice that factual disputes must be heard in open court and resolved through trial-like evidentiary proceedings. Any other course would be contrary to the spirit which imbues our judicial tribunals prohibiting decisions without hearing," sentenza, p. 96, con citazione del caso *Sims v. Greene*, 161 F.2d 87, 88 (3d Cir. 1947).

⁵⁴⁶ "A party has the right to judicial resolution of disputed facts not just as to the liability phase, but also as to appropriate relief," sentenza, p. 96 (con altri riferimenti).

⁵⁴⁷ V. Fed. R. Civ. P. 65.

⁵⁴⁸ V. *US v. Ward Baking Co.*, 376 U.S. 327, 330-31 (1964).

⁵⁴⁹ Questo si applica a tutte le cause in qualsiasi tribunale, federale o statale, e l'obbligo perdura finché la sentenza definitiva non è passata in giudicato. Per le cause non ancora iniziate l'obbligo del silenzio

comunicazioni *ex parte* sul merito di cause pendenti o in procinto di essere iniziate. Il Canone 2 istruisce i giudici di evitare improprietà e di evitare anche l'apparenza di improprietà in tutte le loro attività, tanto in udienza che fuori. L'art. 455(a) del Codice giudiziario⁵⁵⁰ esige che un giudice si astenga quando la sua *imparzialità potrebbe essere seriamente messa in dubbio*.

Secondo la corte d'appello, il giudice del tribunale violò questi precetti etici, deliberatamente, ripetutamente, in modo evidente e flagrante. Infatti, subito dopo la sentenza del 7 giugno 2000, il giudice aveva concesso interviste e tenuto conferenze.⁵⁵¹ Ebbene, il giudice violò i suoi doveri etici ogni volta in cui parlò a un giornalista sul merito della causa.⁵⁵² Il giudice avrebbe potuto esprimere il suo apprezzamento sui fatti e il merito nelle sentenze o oralmente in aula di udienza dando alle parti la possibilità di reagire, contraddire, provare il contrario; o avrebbe dovuto astenersi da qualsiasi commento finché tutti i rimedi giudiziari fossero stati esauriti. Particolarmente deleterie furono le interviste confidenziali perché oltre a dimostrare che il giudice sapeva che erano improprie, esse non erano conosciute alle parti che non poterono ricusare il giudice prima che emettesse la sentenza.

Il comportamento del giudice rappresentò anche una eclatante violazione dell'obbligo sacrosanto – e nel diritto americano tanto bene espresso – di *agire sempre in*

vige quando c'è ragione di pensare che una causa potrebbe essere iniziata.

⁵⁵⁰ 28 U.S.C.

⁵⁵¹ Nelle interviste, il giudice aveva (1) espresso il suo sfavore per la difesa della integrazione tecnologica aggiungendo che l'integrazione del browser Internet non serviva alla convenienza dei consumatori, (2) criticato la precedente determinazione della corte d'appello (nel *consent decree*) definendola *errata in molti aspetti*, (3) descritto il comportamento della Microsoft come pervaso da prevaricazione, *hybris* e pervicacia, (4) detto ai reporter che la testimonianza di Bill Gates era inerentemente priva di credibilità; e in modo simile si era espresso sugli altri testimoni della Microsoft. Nelle parole del giudice, *falsus in uno, falsus in omnibus*. Il giudice disse che Gates non gli sembrava un seguace dell'etica negli affari, che fosse piuttosto un giovane con straordinarie abilità dialettiche ma che aveva bisogno di disciplina, aggiungendo che secondo lui, Gates aveva un concetto napoleonico di se stesso e della sua società ed era pieno di quell'arroganza che deriva dallo smisurato potere e successo quando questi non sono moderati da esperienze negative e contraccolpi. Il giudice paragonò la disinvoltura della Microsoft nello scrivere documenti incriminanti ai trafficanti di droghe che non imparano mai cosa possono e cosa non devono dire al telefono. Sulla domanda se Microsoft avesse diritto a un'istruttoria prima del rimedio, il giudice disse ai reporter, nel maggio del 2000, che non c'era precedente giudiziario che le assicurasse tale privilegio perché il caso era finito e quelli avevano perso, aggiungendo: "i giapponesi ebbero forse il permesso di proporre condizioni alla loro resa?" Dopo aver detto, nel febbraio dello stesso anno, di non sentirsi a suo agio con l'idea di ristrutturare Microsoft, in aprile egli aveva cambiato opinione e disse ai giornalisti che data l'intransigenza della Microsoft, una scissione è inevitabile, e raccontò loro la storia dell'addestratore di muli della North Carolina, il quale colpiva le bestie con una trave sulla testa per ottenerne l'attenzione, esempio che servì al giudice per aggiungere: "spero di aver ottenuto l'attenzione della Microsoft."

⁵⁵² La corte notò che il giudice non discuteva questioni puramente procedurali il che sarebbe stato permesso in base a limitate eccezioni contenute nei Canoni etici.

maniera che promuova la fiducia del pubblico nell'integrità e imparzialità della magistratura, evitando anche la sola apparenza di improprietà [Canone 2; Art. 455(a) Codice giudiziario].⁵⁵³ Basta il dubbio sulla integrità del procedimento giudiziario, cioè che l'imparzialità potrebbe essere ragionevolmente messa in dubbio.⁵⁵⁴ Qualsiasi commento pubblico da parte di un giudice sui fatti, sul diritto applicabile, o sul merito di un caso che si trova *sub judice* nel suo tribunale, e qualsiasi commento relativo alle parti o ai loro avvocati provoca gravi dubbi sulla obiettività del giudice e sulla sua intenzione di riservare il giudizio al termine del procedimento.

Secondo la corte d'appello, alcuni dei casi e precedenti da essa esaminati e riportati nella sentenza --in cui venne riscontrata violazione dei doveri etici del giudice -- si rivelano davvero di poco peso rispetto alla gravità del comportamento del giudice nel caso in esame

La corte citò un famoso passo da *The Spirit of Liberty*,⁵⁵⁵ in cui il grande giudice Learned Hand aveva criticato la passione per la pubblicità, e aggiunse che i giudici hanno l'obbligo di resistere a questa passione. La corte ribadì che i giudici federali devono mantenere anche l'apparenza della imparzialità. Quello che valeva duecento anni fa vale anche oggi: *La deferenza rispetto alle sentenze e ai provvedimenti giudiziari dipende dalla fiducia del pubblico nell'integrità e nell'indipendenza dei giudici.*⁵⁵⁶ La fiducia del pubblico nell'imparzialità giudiziaria non può sopravvivere se i giudici, in spregio ai loro obblighi etici, corteggiano la stampa. Quello che conta non è cosa il giudice ha detto, ma a chi e quando lo ha detto: la caratterizzazione critica della Microsoft, da parte del giudice del tribunale avrebbero infatti potuto non assurgere a violazioni dei Canoni o dell'art. 455(a), se egli avesse parlato dal suo seggio. Microsoft avrebbe allora avuto l'opportunità di obiettare, forse anche di persuadere, e il giudice avrebbe approntato un verbale per consentire il riesame in appello. Le cose sono totalmente diverse quando le affermazioni vengono fatte fuori dall'aula d'udienza.

La corte d'appello, pur non trovando traccia di un effettivo pregiudizio, concluse che il comportamento del giudice di merito aveva seriamente inquinato il processo e aveva

⁵⁵³ Per non parlare dei danni al mercato azionario da indiscrezioni estemporanee.

⁵⁵⁴ In Italia, questo tipo di ragionevole dubbio sulla imparzialità del giudice non dà di per sé luogo a squalificazione. Fra i tanti casi che si potrebbero citare, vi è quello non infrequente di un giudice istruttore penale diventato in seguito giudice civile nella causa per danni dello stesso accadimento.

⁵⁵⁵ "This America of ours where the passion for publicity is a disease, and where swarms of foolish, tawdry moths dash with rapture into its consuming fire . . ." Learned Hand, "Sources of Tolerance" in *The Spirit of Liberty*, collected by Irving Dilliard, New York: Knopf, 1960, p. 132-33.

⁵⁵⁶ Code of Conduct Canon 1 cmt.

compromesso l'integrità della procedura giudiziaria.

In base all'art. 455(a), la squalificazione del giudice è la necessaria conseguenza di un comportamento che mette in dubbio l'imparzialità;⁵⁵⁷ perlomeno la squalificazione da qualsiasi futura attività giudiziaria nel caso in esame. Microsoft chiese la squalificazione retroattiva del giudice, e quindi l'annullamento di tutti i suoi provvedimenti. La corte d'appello, citando il precedente *Liljeberg v. Health Servs. Acquisition Corp.*,⁵⁵⁸ osservò che non v'era necessità di un rimedio draconiano per ogni violazione, ma che invece era necessario, nel determinare se una sentenza dovesse essere annullata per violazione dell'art. 455(a), considerare il rischio di ingiustizia nel caso specifico e in altri casi, nonché il rischio di minare la fiducia del pubblico nel processo giudiziario.⁵⁵⁹ La corte ritenne che una piena squalificazione retroattiva non era necessaria, osservando che riteneva sufficiente annullare quella parte del processo decisionale che imponeva i rimedi, e rinviare per una determinazione *ex novo* dei rimedi stessi, ordinando l'assegnazione ad altro giudice.

D. Commento

Il tribunale ha stabilito, e la corte d'appello ha confermato, che Microsoft aveva chiaramente violato l'art. 2 Sherman Act sul fronte della monopolizzazione. Avendo Microsoft violato la legge antitrust, essa avrebbe dovuto essere subito bloccata. I monopoli vietati dall'art. 2 dello Sherman Act -- sorti sullo sfondo della *old economy* -- devono trovare immediata interdizione nei mercati tecnologici e dinamici caratterizzati dall'effetto del *network*, nel quale un prodotto tende a dominare perché *l'utilità che un utilizzatore deriva dal consumo di un bene aumenta con il numero degli altri consumatori dello stesso bene*. Rapidi cambiamenti tecnologici creano mercati in cui *i partecipanti competono attraverso l'innovazione per ottenere un temporaneo dominio del mercato, da cui potranno essere scalzati con la prossima ondata di progresso del prodotto*.⁵⁶⁰ Microsoft sosteneva che il mercato dei sistemi operativi corrispondeva a questa definizione del mercato. Quando il tribunale del rinvio riesaminerà i rimedi da applicare -- al più presto, probabilmente, entro un anno -- la situazione di partenza potrà essere profondamente cambiata. Ci si deve

⁵⁵⁷ V. *In re School Asbestos Litig.*, 977 F.2d 764, 783 (3d Cir. 1992).

⁵⁵⁸ 486 U.S. 847, 865 (1988).

⁵⁵⁹ *Id.*, p. 864.

⁵⁶⁰ Howard A. Shelanski & J. Gregory Sidak. "Antitrust Divestiture in Network Industries". U. Chi. L. Rev. 1, 11-12 (2001).

domandare quale impatto potrà avere sul rimedio appropriato il passaggio del tempo (forse sette anni o più da quando Microsoft ha aderito al *consent decree*, quattro dal *Finding of Facts*: un'eternità nell'industria elettronica!). Rimedi di comportamento potrebbero infatti non essere più necessari perché l'innovazione avrà probabilmente nel frattempo resa obsoleta la condotta anticompetitiva, mentre i più incisivi e drastici rimedi strutturali potrebbero rivelarsi inappropriati, anche per le difficoltà che i tribunali incontrano nel ristabilire effettivamente la concorrenza, in un mercato in continua evoluzione.⁵⁶¹

Il tribunale avrebbe dovuto attenersi alle chiare regole di procedura e concedere l'udienza per l'istruttoria delle nuove prove su fatti controversi che specificamente coinvolgevano il rimedio -- la seconda fase del giudizio -- dopo la conclusione della fase relativa alla responsabilità. Questo, occorre dirlo, rappresenta un principio ben noto nel diritto processuale americano. Microsoft poteva ragionevolmente attendersi di ottenere tale udienza. Il giudice Jackson si lasciò sopraffare dalla notorietà che il caso gli aveva procurato.

Il riserbo dovrebbe essere caratteristico del magistrato, il quale, si diceva un tempo, non dovrebbe parlare che attraverso i suoi provvedimenti. Il giudice dovrebbe assolutamente evitare l'esibizionismo e il protagonismo, e non solo se funzionali ad ambizioni personali.⁵⁶² Qualche sanzione di questi possibili comportamenti scorretti dei giudici è prevista naturalmente in tutti gli ordinamenti giudiziari dei Paesi occidentali, compresa l'Italia. Il nostro codice di procedura penale, art. 37.b), prevede che può essere ricusato dalle parti il giudice che nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata la sentenza abbia manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione. (Questa disposizione si attaglierebbe perfettamente alla fattispecie del caso Microsoft).⁵⁶³ Dove invece la situazione italiana diverge da quella americana (e da quella di altri Paesi come la Gran Bretagna di cui si ricorda il caso Pinochet e in cui fu

⁵⁶¹ Fu questa una delle ragioni per cui la corte d'appello considerò necessario che si fosse tenuta un'udienza istruttoria sul rimedio, prima di applicare misure strutturali.

⁵⁶² Ricordo l'esempio del *Chief Justice* della Corte Suprema degli Stati Uniti, Rehnquist: "Unlike the senators seated before him, Rehnquist has not spoken to the media, on camera or off, about the trial [regarding the impeachment of President Clinton]. And he won't, he said, rejecting a petition by reporters." *USA Today* dell'8-9 gennaio 1999, pp. 1-2.

⁵⁶³ Il nostro codice di procedura civile non prevede invece questo comportamento del giudice come caso di ricazione: esso potrebbe rientrare invece nella previsione generica dell'ultimo comma dell'art. 51 che stabilisce che il giudice può richiedere al capo del suo ufficio l'autorizzazione ad astenersi in ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza.

rilevata una modesta improprietà del giudice Hoffmann)⁵⁶⁴ è nella rilevanza che questo tipo di comportamento scorretto del giudice può avere sulla sentenza da lui pronunciata prima che tale comportamento venga rivelato e accertato. Nel caso Microsoft, la scorrettezza del giudice inferiore è stata una delle cause della riforma della sentenza da lui pronunciata; nel caso Pinochet la semplice possibilità – scoperta dopo che il provvedimento era stato emanato – che il giudice Hoffmann potesse essere stato non imparziale per una piuttosto remota connessione con una delle parti in causa, ha dato luogo all'annullamento del provvedimento con cui la Camera dei Lord aveva negato a Pinochet l'immunità. In Italia, qualunque provvedimento emesso da, o con il concorso di, un giudice che avrebbe potuto essere ricusato e quindi squalificato dal giudizio se le circostanze giustificanti la ricusazione fossero state note prima del provvedimento stesso, non è inficiato dal comportamento del giudice. Mi sembra che questo sia un serio difetto dell'ordinamento: il comportamento che, se rilevato durante il processo, rende il giudice incapace di pronunciare la sentenza, dovrebbe, se rilevato a posteriori, essere un possibile motivo di revocazione della sentenza stessa.

In conclusione, la sentenza sui rimedi emessa dal tribunale federale venne annullata per quattro motivi indipendenti l'uno dall'altro: difetto di procedura, difetto di motivazione, difetto di chiara correlazione causale fra singoli gruppi di violazioni e rimedi, violazione dei canoni etici. Microsoft, il cui accertato comportamento anticompetitivo avrebbe potuto essere bloccato, è rimasta libera di continuare a monopolizzare il mercato in attesa che il giudice di rinvio si pronunciasse sui rimedi, quando forse, per la rapida evoluzione della

⁵⁶⁴ V. in <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990115/pino01.htm>, (e 02.htm), sentenza del 17 dicembre 1998/15 gennaio 1999. *In Re Pinochet*, 17 December 1998 – 15 January 1999, HL. Il giudice Hoffmann risultò essere un amministratore di Amnesty International Charity Limited (AICL). [La AICL si occupa della raccolta di fondi nell'ambito della organizzazione Amnesty International (AI)]. Lord Hoffmann non aveva alcuna carica in AI né in altre organizzazioni connesse con AI. Gli amministratori di AICL non percepiscono remunerazione. AI era intervenuta nel processo producendo una comparsa e partecipando alla discussione orale. La difesa di Pinochet chiese che la Camera dei Lord annullasse la propria ordinanza che aveva negato l'immunità a Pinochet perché Lord Hoffmann aveva partecipato alla deliberazione, e vi sarebbe quindi stata apparenza di possibile pregiudizio. Il Senatore Pinochet non asserì che Lord Hoffmann avesse effettivamente agito con pregiudizio, ma si fondò sul requisito, espresso fra le due guerre da Lord Hewart, C.J., che la giustizia non solo deve essere fatta ma deve anche apparire che sia fatta “([i])ustice should be seen to be done as well as actually being done,” *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 259). I giudici del processo Pinochet notarono che la pietra angolare del sistema giudiziario è l'imparzialità dei tribunali e che la fiducia nell'integrità dell'amministrazione della giustizia è un prevalente interesse pubblico e richiede che il giudice si astenga quando ha un interesse nel caso, non essendo ammessa come giustificazione la “effettiva” imparzialità, perché quello che conta è che sia possibile il sospetto di pregiudizio. (L'ordinanza del 25 novembre 1998 venne annullata, e la causa rimandata a un comitato composto interamente da altri giudici).

tecnologia e del mercato, questi rimedi non sarebbero risultati più così necessari, o così pertinenti.⁵⁶⁵

Comunque, avendo la Corte d'appello confermato l'accertamento dei suoi comportamenti anticompetitivi, la Microsoft si è indotta a concludere la transazione con il Ministero della giustizia americano.⁵⁶⁶ Il caso, ora chiuso,⁵⁶⁷ rivelerà a lungo le tensioni interne al processo civile – anche di quello più moderno – al confronto con attese e interessi così giganteschi.

⁵⁶⁵ V. Joe Wilcox. "Microsoft update 'violates' settlement," in <http://news.zdnet.co.uk/cgi-bin/uk>

⁵⁶⁶ Diversi Stati si sono opposti alla transazione. Il tribunale ha respinto la richiesta di Microsoft di un termine più lungo per rispondere alle obiezioni degli Stati. Un giudice distrettuale ha rigettato, l'11 gennaio 2002, la proposta di Microsoft di transare le "class actions" private. Intanto, il 22 gennaio 2002 Netscape ha riproposto un'azione antitrust contro Microsoft. V. ultimi sviluppi su questa vertenza in <http://cyber.law.harvard.edu/msdoj/>.

⁵⁶⁷ V. "Judge Kotar-Kotelly Approves Final Judgment in Microsoft Case," 1 novembre 2002, in <http://webmail.aol.com/>.

VIII. LO SCAMBIO DELL'INFORMAZIONE – CONTROLLO DI FUSIONI

L'interdipendenza economica mondiale – detta anche globalizzazione – porta inevitabilmente a un movimento di integrazione e consolidamento di attività industriali su scala mondiale. Con essa si accompagnano un drammatico aumento delle fusioni a livello mondiale, il maggiore impegno delle autorità preposte alla vigilanza antitrust, e le opportunità di maggiore convergenza e coordinamento dei sistemi di controllo. Esistono a questo riguardo accordi bilaterali di cooperazione – per esempio quelli del 1991 e del 1998 fra la UE e gli USA – che hanno dato buoni risultati. Il Commissario Monti⁵⁶⁸ cita, fra gli esempi di buona cooperazione, lo scambio di informazioni riservate fra autorità di Paesi diversi, reso possibile o facilitato dalla rinuncia, da parte delle società interessate alla fusione, alla riservatezza della informazione fornita e dei documenti prodotti. Questo ha permesso alle autorità di proporre simultaneamente rimedi unitari, e alle parti di concordarli.

Spiccano invece fra le divergenze apparentemente insormontabili quelle di tipo procedurale, in particolare le regole attinenti alla raccolta delle prove che, in America, sono molto onerose. Anche in casi estremi, l'Europa non ha nulla da offrire a raffronto con la *discovery* americana che rappresenta sempre uno spreco ritenuto, da parte europea, ingiustificato di risorse finanziarie e umane: il rapporto costi/benefici pende immancabilmente, e pesantemente, sui costi.⁵⁶⁹ Difficoltà possono anche venire causate dai tempi entro i quali le autorità devono decidere: i tempi massimi europei sono molto più brevi di quelli americani e, in mancanza di accordo da parte dell'autorità americana di seguire i tempi europei, le decisioni sono sfasate e talvolta contraddittorie. Il Commissario Monti auspica soluzioni multi- e plurilaterali, e suggerisce che si cerchi un accordo di struttura a livello WTO per assicurare l'applicazione a livello mondiale dei principi

⁵⁶⁸ V. Mario Monti. "EU-US Cooperation in the control of International Mergers: Recent examples and Trends", Discorso tenuto all'Institute for International Economics, Washington, DC, 30 marzo 2001, in <http://www.eurunion.org/news/speeches/2001/>

⁵⁶⁹ Gli europei che hanno avuto l'esperienza di una "seconda richiesta" ricorderanno di aver fornito alla FTC in ottemperanza a "*subpoenas*" esageratamente ampie letteralmente autocarri pieni di documenti. La filosofia di sopravvivenza è, necessariamente, di essere più pignoli dell'autorità e consegnarle tutto, alla lettera (anche se ciò è assurdo): il 99,9% del materiale è inutilizzabile e irrilevante.

fondamentali in favore della competitività. In effetti, la Commissione ha preso l'iniziativa di coinvolgere la *WTO Working Group on Trade and Competition* per convincere gli Stati membri ad accettare principi generali che dovrebbero contenere in primo luogo l'obbligo da parte degli Stati membri di dotarsi di una legge antitrust e farla rispettare, regole base di divieto delle forme economicamente più lesive dei comportamenti anticompetitivi, norme di non-discriminazione (fra società nazionali e straniere),⁵⁷⁰ e che siano trasparenti e assicurino alle parti l'opportunità del giusto processo (*due process*).⁵⁷¹

La perdita della riservatezza dell'informazione è la componente più critica nel contesto dello scambio di documenti e informazione fra autorità. Recentemente (30 settembre 2002) si è tenuto a Napoli un convegno al quale hanno partecipato autorità antitrust europee e americane. La discussione riguardava la migliore sincronizzazione dei processi di indagine in modo da evitare risultati contraddittori.⁵⁷² Venne esaminato lo scambio di informazione riservata, e da parte di un funzionario della UE è stata espressa la convinzione che società coinvolte in fusioni di grande entità dovrebbero dare il loro assenso a cooperare volontariamente in un progressivo coordinamento della loro pratica da parte di entrambe le autorità. Dopo aver chiarito che le società non sono naturalmente obbligate a permettere alle autorità UE e USA di scambiarsi informazione riservata, il commento finale è che entrambe le autorità consiglieranno di farlo, perché "questo è il modo migliore per minimizzare esiti divergenti".

Questo è vero. Ma le cose non sono così semplici.

A. Scambio di informazione riservata

In un mio intervento a una conferenza della Camera Internazionale di Commercio, nel 1995,⁵⁷³ avevo indicato le ragioni che impongono grande cautela al riguardo. Si può

⁵⁷⁰ Un principio talvolta eluso proprio dagli Stati Uniti con l'applicazione pedantesca dell'Exon-Florio Act.

⁵⁷¹ Monti, cit. Il Commissario Monti mette in chiaro che la proposta non intende erodere la sovranità delle autorità antitrust nazionali. Una "autorità antitrust globale" sarebbe non solo irrealizzabile, ma anche controproducente. E neppure è inteso di trasferire al WTO la giurisdizione di risolvere gravami contro le decisioni nazionali.

⁵⁷² Il movente era lo scontro fra UE e USA, nel 2001, quando la Commissione europea interpose il veto alla fusione fra GE e Honeywell International dopo che le autorità USA la avevano autorizzata.

⁵⁷³ Nicola Walter Palmieri. "Approaching Multi-Jurisdictional Filings, *Global Competition and Transnational Merger Regulation: New Developments*, New York June 22, 1995, International Chamber of Commerce/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1996, 103-120; pubblicato anche in *Rivista di diritto privato*, 1996, pp. 33-54.

perdere la riservatezza se si permette lo scambio fra autorità, e i documenti possono cadere in mano a terzi, concorrenti o altri obiettori alla fusione. In America, i documenti presenti nella giurisdizione sono soggetti all'obbligo di produzione (le parti troveranno talvolta utile produrre volontariamente anche quelli che si trovano in giurisdizioni straniere); questo vale sia nei riguardi della autorità antitrust sia di qualunque terzo che agisca in giudizio. Ma nel processo di esame di una fusione, le parti sono spesso richieste di preparare documenti *ad hoc* – tipici le risposte a “*interrogatories*” – che non esisterebbero e non sarebbero producibili se non perché allestiti, solo ed esclusivamente, nel contesto dell'indagine in corso. Questi nuovi documenti potranno essere di grande utilità per i terzi che vogliano fare causa, e potranno divenire la base per l'attribuzione di significativi risarcimenti di danni.⁵⁷⁴ Un altro problema è connessi con l'aspetto pratico che l'autorità, la quale scambia documenti con un'altra, potrà interpretare i documenti in modo fallace e fuori contesto, ed esiste quindi il rischio che si crei disinformazione che le parti spesso non saranno in grado di correggere tempestivamente. Infine, e questo è un aspetto tipicamente europeo, lo scambio di informazioni fra la UE e altre autorità, in assenza delle parti, potrebbe violare il diritto delle parti a essere sentite, stabilito dal Regolamento di fusione della UE. Sono tutti problemi che si possono risolvere; ma devono essere risolti, incisivamente e senza lasciare margini di incertezza, prima che le parti concedano la loro autorizzazione allo scambio di informazioni e si avventurino su sentieri di cui non conoscono appieno le insidie.

Le parti dovrebbero perciò dare il benvenuto alla raccolta coordinata, da parte delle varie autorità interessate, dei fatti, e la comune decisione sui rimedi. Allo stesso tempo però, esse devono essere attente ai pericoli che sottendono alla rinuncia di riservatezza dei loro documenti, informazioni, analisi competitive, e strategie operative segreti. Per rendersi conto del peso del pericolo e proteggersi, è necessario innanzitutto che le parti comprendano le regole sulla riservatezza in vigore in ciascuno Stato che riceve l'informazione. I rischi non riguardano naturalmente la divulgazione dell'informazione fra le agenzie (questo è il preciso scopo dello scambio). Il rischio è che, una volta dato il via alla cooperazione e allo scambio di documenti fra autorità di Paesi diversi, la riservatezza può essere perduta, e l'informazione potrebbe diventare disponibile a terzi, inclusi i concorrenti. Gran parte, se non tutte, le giurisdizioni dispongono di norme (e spesso accordi) a tutela dell'informazione riservata prodotta dalle part. Il pericolo consiste nel perdere questa protezione, o per

⁵⁷⁴ V. *id.* In particolare pp. 46-49 (*Rivista di diritto privato, cit.*).

rinuncia da parte di chi permette lo scambio dell'informazione, o a causa di regole meno rigide di protezione in una delle giurisdizioni coinvolte. Le parti dovranno tener conto di obiezioni alla fusione da parte di concorrenti e altre parti private. Questi terzi offrono spesso all'autorità importante informazione e analisi, allestite da loro stessi nel tentativo di bloccare la fusione; e le autorità di regola ascoltano attentamente questi obiettori, e faranno pieno uso dell'informazione e delle analisi da essi fornite. Anche se le autorità sono soggette a stretti vincoli su quanto, dell'informazione ricevuta dalla parti, possono divulgare e scambiare con terzi, le parti dovrebbero essere seriamente preoccupate che informazione da loro prodotta può giungere "direttamente, indirettamente, o inavvertitamente" nelle mani di un concorrente o altro obiettore. Questi terzi spesso non si limitano a collaborare con le autorità ma procedono autonomamente in giudizio per bloccare l'accordo di fusione. Dinanzi a una causa di questo genere ci si deve domandare se l'aver fornito informazione e documenti all'autorità possa comportare perdita della protezione di riservatezza. Negli Stati Uniti, una parte privata che intende citare un'altra in giudizio, ha un ampio diritto di chiedere e procurarsi tutta la documentazione esistente al momento della notifica (la rilevanza dei documenti rispetto all'oggetto della causa può essere estremamente tenue). Il terzo, attore, cercherà tipicamente di ottenere la documentazione o dalla parte che la ha fornita, o dall'autorità stessa che la ha ricevuta. E' vietato alle autorità antitrust americane, sia per regolamento interno sia in base al *Freedom of Information Act* (FOIA) di divulgare determinate informazioni ricevute dalle parti. Naturalmente, la produzione di documenti a una autorità non impedisce all'attore di ottenere lo stesso materiale, per via di normale *discovery*, fintantoché si tratti di documenti "pre-esistenti". Come ho però detto, è facile che le parti abbiano creato documenti nuovi unicamente per l'esame antitrust in corso, e questi documenti, i quali tipicamente contengono le informazioni più delicate e riservate, e che non esisterebbero se non fossero stati richiesti dall'autorità, o sono stati volontariamente preparati dalle parti per illustrare le loro ragioni, saranno pure soggetti a produzione coatta a favore dell'attore. Le parti devono rimanere vigili e conscie di questo pericolo quando preparano materiale nuovo: potrà in seguito essere suscettibile di divulgazione forzata a una parte privata (o anche agenzia governativa) in caso di lite in tribunale.

C'è, in alcune giurisdizioni, il mezzo di conservare la riservatezza nonostante lo scambio dell'informazione. Per quanto riguarda gli Stati Uniti, non è chiaro se documenti ricevuti da un'altra agenzia governativa abbiano lo stesso trattamento protettivo (in base a FOIA) come la produzione fatta dalla parte. Finché non è chiarita l'incertezza, non si

dovrebbero correre rischi. Il modo di affrontare il problema – e non è una soluzione sicura al 100% – sarebbe di chiedere all'agenzia antitrust americana (FTC, per esempio) di obbligarsi a ricevere questa documentazione riservata da un'altra agenzia (straniera) come se fosse stata prodotta dalla parte "attraverso l'agenzia" e in vece di una richiesta forzata, e di chiedere all'agenzia che produce i documenti di contrassegnare ciascun documento con il timbro "riservato".⁵⁷⁵ Con simili accordi in funzione, i terzi che tentassero di ottenere l'informazione sarebbero soggetti al divieto di divulgazione contenuto negli articoli 21 (c) e (f) della legge FTC. Un terzo coinvolto in un processo avrebbe però sempre ancora il diritto di ottenere la produzione dalla parte stessa.⁵⁷⁶

B. Protezione assoluta dell'informazione nuova

L'industria europea è in linea di massima disposta alla cooperazione con le agenzie governative, ed essa si schierebbe tranquillamente dalla parte del vice ministro della giustizia americano Joel Klein il quale, in occasione di una sua visita a Bruxelles, fece l'accattivante commento "i padroni dei cartelli non conoscono frontiere, e i nostri sforzi di perseguirli dovrebbero a loro volta non trovare limiti nelle frontiere nazionali".⁵⁷⁷ Il guaio è che in questo mondo non esistono solo padroni dei cartelli ma ci sono anche "zar dei tribunali", gente dedita a iniziare cause senza merito (o con merito marginale), approfittatori del sistema giudiziario che tollera i loro abusi (e financo le loro tattiche estorsionistiche). Gente di questo genere abbonda negli Stati Uniti. Il concetto americano dell'ideale di giustizia, racchiuso nella frase che ogni cittadino deve avere il diritto "al suo giorno in tribunale", è naturalmente ben compreso; ma – e lo sanno bene coloro che hanno una qualche familiarità con l'amministrazione della giustizia americana – gran numero di cause intentate in America sono solo astuto sfruttamento del sistema giudiziario, con l'obiettivo di attirare le vittime nella trappola di ingiustificate transazioni, accettate solo per evitare seccatura e i costi delle liti (abusive).

L'industria europea non dovrebbe accettare il rischio che i suoi documenti e le sue

⁵⁷⁵ La FTC potrebbe essere in grado di proteggere i documenti dalla divulgazione in base a una esenzione (non statutaria) che copre materiale "investigativo".

⁵⁷⁶ V. Art. VIII dell'*Agreement Between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws*, del 23 settembre 1991; dettagli in Palmieri, "Approaching Multi-Jurisdictional Filings," cit. pp. 51-51.

⁵⁷⁷ *The Cartel Masters don't know any national boundaries and our enforcement efforts shouldn't be in any way restricted by national boundaries.* Bruxelles, 6 ottobre 1999.

informazioni vadano a finire nelle mani di potenziali querulanti, permettendo che tale informazione si trasformi in un'arma contro se stessa. Il materiale di informazione di cui parlo sono quei documenti che, se non fosse per la loro produzione in risposta o sostegno di una indagine antitrust, sarebbero fuori dal potere giurisdizionale americano (incluse le costose traduzioni in inglese), e i documenti *ad hoc* preparati specificamente per l'indagine in corso. Non dovrebbe essere particolarmente difficile per la UE di concordare con il governo degli Stati Uniti che tutta la documentazione e informazione del tipo e dalle caratteristiche sopra delineati dovrebbero essere escluse, in modo assoluto, da qualsiasi altro uso (che non sia l'indagine antitrust in corso) e che nessun giudice debba essere autorizzato a riceverle, nessuna giuria a vederle.⁵⁷⁸ Cartelli sono una piaga per l'economia mondiale e devono essere eradicati, disse Joel Klein. Ma anche gli abusi insiti nel sistema giudiziario americano sono una piaga. Usando una frase cara agli americani, si deve concludere che sarebbe "corretto ed equo" che venisse assicurato, all'industria europea disposta a cooperare con le autorità americane, il diritto di non compromettere la sua posizione in eventuali giudizi in USA. Solo a queste condizioni (il discorso viene fatto qui per gli Stati Uniti ma vale ugualmente per tutti gli altri Paesi coinvolti nella indagine, i quali avessero norme di produzione dei documenti paragonabili a quelle americane), l'industria europea potrebbe dare, con tranquillità, e dovrebbe dare, il suo incondizionato appoggio alla cooperazione e allo scambio di documenti e informazione fra agenzie governative.

⁵⁷⁸ Un accordo a livello WTO – se questo organismo funzionasse a dovere – sarebbe preferibile.

IX. COMUNICAZIONE CON I CITTADINI D'EUROPA – GOVERNANCE

Un parlamentare europeo avrebbe detto, quando venne presentato il libro bianco sulla Governance Europea (GE):⁵⁷⁹ “visto il risultato, mi rammarico che alberi hanno dovuto morire per produrlo”. Giudizio esageratamente severo, e ingiusto. Il libro bianco ha dato impulso a un processo di intensa discussione, e questo è già un pregio. Esso contiene aspetti programmatici positivi. Abbondano anche incongruenze e contraddizioni. Il suo maggior difetto è – cosa non inconsueto per un documento della Commissione – che non mantiene la promessa dell'agenda che essa stessa si è posta. Problematico è il collegamento alla conferenza intergovernativa del 2004 (“non soltanto si deve agire con urgenza per adeguare la *governance* nel rispetto degli attuali trattati, ma si deve anche avviare un più vasto dibattito circa il futuro dell'Europa in vista della prossima conferenza intergovernativa”).⁵⁸⁰ Anche se diretto principalmente ai cittadini dell'Unione, è un documento tecnocratico, scritto per esperti. L'analisi è utile, gli spunti di soluzione inadeguati.⁵⁸¹

A. Il libro bianco sulla *governance*

La Commissione esordisce enunciando i principi di *governance*: apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia, coerenza; mette in evidenza quattro aree di preoccupazione: percezione di incapacità di azione efficace, impossibilità di ottenere il

⁵⁷⁹ COM(2001) 428 definitivo/2 (5.8.2001). La Commissione definisce *governance* “le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza.” Al libro bianco sulla *governance* hanno fatto seguito: il comunicato COM(2002) 275 final (“Better lawmaking”); e le tre comunicazioni COM(2002) 276 final (“Impact assessment”); COM(2002) 277 final (“Consultation document”); COM(2002) 278 final (“Simplifying and improving the regulatory environment”).

⁵⁸⁰ Critico al riguardo J.H.H. Weiler. “The Commission as Euro-Skeptic: A Task Oriented Commission for a Project-Based Union,” in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/> (Commento alla prima versione).

⁵⁸¹ V. Philipp Steinberg. “Agencies, Co-Regulation and Comitology – And What About Politics? A Critical Appraisal of the Commission's White Paper on Governance,” in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>, p. 2.

giusto credito quando agisce con efficacia, carenza di comunicazione su ciò che la UE fa per i cittadini europei, inadeguata conoscenza da parte dei cittadini europei su chi veramente prende le decisioni che li riguardano; suggerisce rimedi: maggiore consultazione e trasparenza, domanda di maggiore competenza, domanda di applicazione di nuovi strumenti politici e incentivazione del metodo comunitario. Non è inteso come strumento di cambiamenti radicali: "Il metodo comunitario ha servito bene l'Unione per quasi mezzo secolo", è la compiaciuta conclusione.⁵⁸² Esprime l'intento che l'Unione dovrà rinnovare il metodo comunitario favorendo un coinvolgimento più efficace degli operatori nazionali nella formulazione, applicazione e attuazione delle norme e dei programmi comunitari attraverso dialogo, decentramento, rafforzamento della cooperazione amministrativa, miglior controllo dell'applicazione del diritto comunitario. Obiettivo dichiarato è di ridurre il controllo dall'alto e incentivare l'iniziativa dal basso. Detto questo, il libro si affretta a mettere in chiaro che "rinvigorire il metodo comunitario . . . significa fare in modo che la Commissione proponga e attui le politiche, il Consiglio e il Parlamento europeo prendano le decisioni, e le autorità nazionali e regionali partecipino al processo politico dell'Unione" (che è naturalmente controllo dall'alto), con il correttivo dell'inclusione delle autorità regionali (e locali) al processo consultivo, e l'enfasi sulla partecipazione della "società civile europea". Rispetto al coinvolgimento delle regioni, il libro bianco riconosce la necessità di un più ampio dialogo delle entità politiche con agenti sub-nazionali, e propone maggiore flessibilità nella ricezione delle politiche comunitarie attraverso relazioni contrattuali tripartite fra Commissione e governi nazionali e locali. Rispetto alle società civili europee, traspare chiaramente che il libro bianco intende riferirsi ai grandi organismi transnazionali, e questo non aiuterà certo a migliorare l'accettazione dell'Europa da parte dei cittadini. Non è chiaro se la società civile abbia un ruolo paragonabile alle entità sub-nazionali (processo di influenzamento e di implementazione delle politiche). Il libro bianco è ambiguo al riguardo. Dice che "la società civile svolge un ruolo importante, poiché esprime le preoccupazioni dei cittadini e fornisce servizi in risposta alle esigenze di tutti . . . Si dispone così di un potenziale concreto per ampliare il dibattito sul ruolo dell'Europa: vi è la possibilità di far partecipare più attivamente i cittadini al conseguimento degli obiettivi dell'Unione e di offrire loro un

⁵⁸² "Nel segnare l'avvio di un processo, il Libro bianco risponde alle aspettative dei cittadini dell'Unione. L'intento è che questi riescano a vedere nell'Unione lo strumento che consente il cambiamento. La riflessione non si ferma qui, ma continua con un più ampio processo di riforma costituzionale".

canale strutturato per le loro reazioni, critiche, proteste".⁵⁸³ I "diritti" che la Commissione conferisce alle società civili sono in sostanza diritti di consultazione.⁵⁸⁴

Il libro bianco rappresenta naturalmente un tentativo di rispondere alla delusione e alienazione dei cittadini d'Europa, ed esprime lo sforzo di riguadagnarne la fiducia.⁵⁸⁵ Correttamente, il documento afferra la questione centrale, quello che conta è che i popoli si sentano legati al sistema che ha promesso di portarli alla stabilità, la pace e la prosperità economica e si sentano investiti del potere di influenzare le istituzioni che li governano.⁵⁸⁶ Il tema centrale del libro è la costituzione e il forte coinvolgimento della società civile europea che aiuti a superare il vuoto fra la popolazione e la "gestione" transnazionale. Dice Armstrong: La UE si trova fra due fuochi. Essa può tentare di superare questo vuoto, da un lato con un costituzionalismo liberale che leghi i cittadini alla *governance* europea con il conferimento di diritti; dall'altro rafforzando la legittimazione costituzionale nazionale della *governance* transnazionale. La prima alternativa soffre di vari difetti, fra cui quello che i cittadini vengono spesso intesi come componenti di mercato piuttosto che attori sociali o politici, e in quanto tali è loro assicurato un ruolo nell'ottenimento di obiettivi economici, ma rimangono passivi rispetto all'impostazione di obiettivi di *governance* transnazionale. La seconda alternativa presenta anch'essa problemi. Non appena il costituzionalismo nazionale oltrepassa l'ambito, giustificato, di voler proteggere importanti valori sociali nazionali, e si manifesta con il concetto che il popolo, *demos*, può esistere solo entro i confini di uno Stato nazionale, esso rende nulla l'idea di un costituzionalismo "al di là dei confini dello Stato-nazione".⁵⁸⁷ La società civile europea rappresenterebbe allora una sfera differenziata del *demos*, che potrebbe intermediare il legame fra società e *governance* transnazionale, il che porterebbe, come osservato da Weiler *et al.*, a una dicotomia del *demos*, la simultanea appartenenza alla sfera nazionale etnico-culturale e a quella

⁵⁸³ V. p. 15. Nel testo si indicano, come tipi di società civili, chiese e comunità religiose, organizzazioni sindacali e associazioni padronali, e altri esempi sono riportati nella nota 9.

⁵⁸⁴ Armstrong, cit. a p. 9 conclude: "*If all that is on offer is better consultation, then the emphasis upon the duties of civil society actors seems both misplaced and arrogant.*"

⁵⁸⁵ Non giovano certo all'immagine dell'Europa certe recenti direttive o proposte di direttive (2001/29, 2001/84, brevetti software), dannose, inutili, non ragionate e inconcludenti, e peraltro scritte malissimo. A non parlare di problemi di corruzione, e di veri abusi come quello, per esempio, di animali di allevamento che, grazie alle imperfette regole UE fanno, da vivi, del tutto inutili viaggi, per essere abbattuti nel territorio che permette di utilizzare sussidi locali o comunitari, per poi riprendere il percorso come carne macellata verso i paesi di origine o destinazioni intermedie.

⁵⁸⁶ V. Kenneth A. Armstrong. "Civil Society and the White Paper – Bridging or Jumping the Gaps?", in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>, p. 1.

⁵⁸⁷ *Id.*, p. 2.

sopranazionale, civica. In questa ottica, la società civile sarebbe la sfera civicamente coinvolta a livello non più dello Stato-nazione (come è stata tradizionalmente percepita) ma a livello di organizzazione transnazionale, che partecipa appunto allo sviluppo della *governance* europea.⁵⁸⁸

L'ambiziosa concezione si ridimensiona all'atto della messa in pratica. Integrazione e coinvolgimento della società civile – i temi centrali del libro bianco – si riducono al coinvolgimento di gruppi di interesse organizzati.⁵⁸⁹ Per quanto riguarda la partecipazione della società civile, il libro dice che occorre migliorare il processo di consultazione. Anche qui però l'attenzione è concentrata più su come gestire relazioni esistenti che di creare meccanismi nuovi di dialogo.⁵⁹⁰ Secondo gli specifici piani d'azione il Consiglio e il Parlamento europeo devono rendere accessibili in tempi più brevi le informazioni relative a tutte le fasi del processo decisionale, e gli Stati membri devono promuovere il pubblico dibattito sugli affari europei; la Commissione stabilirà un dialogo più sistematico con le associazioni europee e nazionali delle amministrazioni regionali e locali in una fase precoce della elaborazione politica, e introdurrà, in via sperimentale, contratti su obiettivi specifici per assicurare più flessibilità nell'attuazione delle politiche dell'Unione; il Comitato delle regioni dovrà svolgere un ruolo maggiormente proattivo nell'elaborazione delle politiche con relazioni preliminari (in anticipo rispetto alle proposte della Commissione), dovrà esaminare l'incidenza locale e regionale di determinate direttive, riferire alla Commissione sulla possibilità di renderne l'applicazione più flessibile. Gli Stati membri dovranno esaminare come potenziare la partecipazione degli operatori regionali e locali nell'elaborazione della politica UE. La Commissione si propone di adottare standard minimi per le consultazioni rendendoli pubblici nel contesto di un codice di condotta. Il Comitato economico e sociale svolgerà un ruolo maggiormente proattivo nel suo esame delle politiche. Gli Stati membri esamineranno come migliorare le loro procedure consultive nel contesto delle politiche dell'Unione. Osserva lo Steinberg che è certamente necessario concentrare gli interessi in entità collettive. Tuttavia, se si è preparati ad accettare questa conclusione, e se si concettualizza la definizione europea di 'Stato' come una organizzazione che fornisce la struttura per l'avanzamento democratico di una società europea emergente

⁵⁸⁸ *Id.* p. 3, con ulteriori riferimenti.

⁵⁸⁹ Franz Walter, citato da Steinberg, cit. p. 3, parla della "*Buergergemeinschaft – eine svesse Utopie*".

⁵⁹⁰ Kenneth A. Armstrong. "Civil Society and the White Paper – Bridging or Jumping the Gaps?", in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>, p. 7.

legittimata dai cittadini europei – cosa che è correttamente proposta nel libro bianco – il lettore è colpito da una evidente omissione. In tutto il libro i partiti politici europei non sono menzionati neppure una volta, mentre dovrebbero essere inclusi nell'auspicato rafforzamento della consultazione e del dialogo.⁵⁹¹ L'autore continua: "Sarebbe un approccio veramente nuovo se si rafforzasse il sistema emergente del partito politico in Europa coinvolgendo i partiti fin dal momento del "brainstorming". Ciò creerebbe una piattaforma pubblica per i partiti che potrebbero conquistarsi un profilo politico; e questo condurrebbe all'attenuazione della attuale situazione di competizione fra istituzioni europee – Parlamento, Consiglio, Commissione – a beneficio della competizione delle idee".⁵⁹²

Sfrondata del frasario e della retorica brussellese, il libro bianco è, in primo luogo, uno strumento che cerca di ampliare il ruolo – specialmente quello decisionale – della Commissione. Sta scritto in precise lettere nel documento stesso. "Serve chiara attribuzione di responsabilità decisionale fra Consiglio, Parlamento, Commissione". "La Commissione è favorevole . . . a migliorare le politiche comunitarie mediante contratti tripartiti su obiettivi specifici, che verrebbero conclusi tra gli Stati membri, le regioni e le località da essi designate a tale scopo e la Commissione" (p. 13). "La Commissione si è impegnata a ritirare le proposte quando i negoziati interistituzionali siano in contrasto con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità" (p. 24). "La Commissione deve esservi [al metodo comunitario] strettamente associata e svolgere un ruolo di coordinamento" (p. 24). "Il Consiglio e il Parlamento europeo dovranno tentare con l'assistenza della Commissione, di approvare le proposte in una sola lettura" (p. 24). "L'obiettivo centrale della governance è fare in modo che le istituzioni – Commissione, Consiglio e Parlamento europeo – tornino a incentrarsi sui loro compiti fondamentali. Questi dovranno essere: un utilizzo più mirato da parte della Commissione del suo diritto di iniziativa" (p. 36). "Ciò significa fare in modo che la Commissione proponga e attui le politiche" (p. 37) e "il chiarimento dei ruoli deve permettere alla Commissione di assumersi la piena responsabilità dell'esecuzione" (p. 37).⁵⁹³ Sono enunciazioni non necessarie al fine di quanto il libro bianco si propone, cioè "una maggiore apertura nel processo di elaborazione delle politiche dell'Unione europea, così da garantire una partecipazione più ampia dei cittadini e delle organizzazioni alla definizione e presentazione di tali politiche".

⁵⁹¹ *Id.* p. 4.

⁵⁹² *Id.* p. 7.

⁵⁹³ V. Adrienne Héritier. "The White Paper on European Governance: A Response to Shifting Weights in Inter-institutional Decision-Making," in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>.

B. La "mente dell'organizzazione"

Mutuando concetti di *leadership* militare moderna (in una grande unità, per esempio una portaerei), si potrebbe immaginare che anche la *governance* di uno Stato o una federazione di Stati possa essere concepita come "processi e comportamenti" che operano a livelli "collegiali", con interconnessioni a matrice, in modo da permetterle di evolvere e agire attraverso una sorta di "mente dell'organizzazione"⁵⁹⁴ o "mente collettiva",⁵⁹⁵ la quale, come sistema organizzato di "disponibilità", è uno "stile" di azione, e agisce con "interesse, mira e attenzione". Le attività dell'organizzazione così intesa si estrinsecerebbero con azioni che sono possibili solo quando ciascun partecipante è capace di integrare nelle sue azioni quelle degli altri, come pure le interrelazioni fra questi ultimi. Quando la situazione complessa è presente a ciascuno e quando le visioni della realtà di ciascuno sono concettualmente simili, le rispettive azioni convergono sinergicamente e si aiutano e si completano reciprocamente. Queste condizioni si verificano quando i singoli individui sanno subordinare se stessi alle esigenze delle azioni congiunte. Si creerebbe un "sistema sociale che non risiede nei contributori individuali, e neppure al di fuori di essi, ma è piuttosto presente nelle interrelazioni delle attività di tutti gli individui del gruppo, presi nel loro insieme."⁵⁹⁶ Questa interrelazione emerge quando gli individui danno il loro contributo con il proprio comportamento (l'iniziativa, l'azione reciproca, e anche la creazione di presupposti per obbligare gli altri a fare); recepiscono i contributi degli altri (l'ascolto, l'anticipazione, la condivisione di assiomi) e subordinano le loro intenzioni (affidamento alla reciproca fiducia, postergazione delle loro priorità) al sistema delle attività nel loro complesso. "Le variazioni nelle interrelazioni fra i contributi, la loro ricezione e la subordinazione – come risposta alle disponibilità che riflettono le qualità della mente – conducono alla mente del gruppo; e le variazioni nella mente del gruppo determinano la probabilità di risultati ottimali, perché il sistema è capace di mantenere una somiglianza operativa fra il modello del mondo e il mondo stesso."⁵⁹⁷ Questa mente di gruppo è una

⁵⁹⁴ Karl E. Weick and Karlene H. Roberts. "Collective Mind in Organizations: Heedful Interrelating on Flight Decks." 38 *Administrative Science Quarterly* 357-381 (1993). [I miei riferimenti sono alla prima versione, non pubblicata, dal titolo: "Organization Mind and Organizational Reliability: The Case of Flight Operations on a Carrier Deck"].

⁵⁹⁵ "Structures of layered complexities described and understood as mental entities capable of thought;" Weick, cit. p. 2.

⁵⁹⁶ Weick, cit. pp. 8-9.

⁵⁹⁷ Weick, cit. p. 9.

funzione del modo in cui i contributi individuali sono interrelati.⁵⁹⁸ Quanto maggiormente si realizzano, nella interrelazione, flessibilità, integrità, immaginazione, capacità di adeguarsi, tanto maggiore è l'intelligenza dell'intero sistema. L'organizzazione agisce con sistemi e strutture complessi e allo stesso tempo disaggregati in nuclei locali e individuali. In questo contesto continuamente in evoluzione, la gestione della interrelazione richiede nuove e diverse caratteristiche di *leadership*.⁵⁹⁹ Non più quella dell'ente superiore, ma quella di sistemi che sono in grado di interagire nel modo più efficiente; il che vuol dire il più possibile automaticamente, uomini con uomini, uomini con organizzazioni, organizzazioni con organizzazioni. Si tratta di interconnessioni complesse e dinamiche, che la sovrimposizione gerarchica, la centralizzazione, la formalizzazione, la specializzazione non possono dare (al contrario, esse riducono il numero e la varietà delle interrelazioni).⁶⁰⁰ Quando le persone si orientano in senso individualistico e limitano le proprie relazioni con gli altri, la mente collettiva si semplifica e diventa indistinguibile dalla mente individuale; il che porta ad alta vulnerabilità.⁶⁰¹ Quando la mente degli individui è subordinata alla mente dell'organizzazione, il "sito dell'intelligenza attiva" si trasferisce dall'individuo al gruppo, dalle azioni individuali alle azioni collettive. Il gruppo può "comprendere" e gestire situazioni complesse meglio degli individui presi singolarmente; e ci vuole comunque più tempo prima che una minaccia esterna riesca a inabilitare un gruppo. Ciò che varia è la complessità delle interconnessioni, cioè le proprietà che definiscono la mente come entità collettiva (la quale per definizione trascende le limitazioni individuali). La qualità del gruppo è sempre più importante delle qualità degli individui che lo compongono. L'interrelazione riduce le probabilità di insuccesso, l'isolamento lo favorisce.⁶⁰²

Non c'è ragione per non riflettere sulla possibilità di trasferire questi concetti di

⁵⁹⁸ La mente collettiva può essere rappresentata da una matrice con tre colonne che contengono i componenti dell'interrelazione (contributo, rappresentazione, subordinazione), e quattro righe che rappresentano la disponibilità (flessibilità, integrità, immaginazione, capacità di adeguarsi). Quanti più sono gli incontri positivi in questa matrice, tanto più sviluppata è la mente, minori sono gli incidenti, più affidabile il sistema; v. Weick, cit. 13.

⁵⁹⁹ Capacità di ispirare fiducia, devozione e lealtà nei collaboratori, dipendenti e seguaci, saper lavorare insieme, coinvolgere; attrazione di chi "leader" è veramente.

⁶⁰⁰ Weick, cit.

⁶⁰¹ Un continuo successo nel gestire l'emergenza si riscontra nei casi in cui le attività degli uomini coinvolti sono più pienamente interrelate e quando i loro contributi formano un campo comune. A un maggiore sviluppo delle capacità sociali si accompagna un maggiore sviluppo della mente collettiva e una superiore comprensione dell'ambiente in cui i gestori operano. Le forme associative (comunità) hanno perciò successo in un mondo turbolento non solo perché soddisfano l'esigenza di aggregazione dei loro membri ma anche perché sono forme di organizzazione più "intelligenti"; *id.* p. 38.

⁶⁰² *Id.* pp. 34-40 passim.

leadership nel campo della organizzazione dello Stato. Non parlo qui di utopiche micro-interconnessioni. Parlo invece di attitudine. Parlo di come un comandante di portaerei “pensa” i rapporti fra marinai e unità; o, se si vuole, come la Commissione europea pensa i rapporti fra cittadini europei e l’Unione. Parlo della prospettiva nella quale ciascuno si potrebbe posizionare per ottenere un risultato accettabile.

C. Il futuro dell’Europa

“Governarci meglio insieme” con più intenso dialogo, comunicazione diffusa, ricerca di consenso con tutti, indagine sulla reale necessità ed opportunità di leggi e regolamenti – come espresso con lodevole intenzione nel libro bianco e nei documenti che vi hanno fatto immediato seguito – ha tutta l’apparenza di essere un tentativo *in extremis* di conquistare accettazione, riconoscimento, stima. Anche se non si può negare l’utilità di un simile rimedio di “comportamento” occorre riconoscere che non è sufficiente se non è accompagnato da un rimedio di “struttura”.

Non per surrogare un improbabile nuovo isolazionismo americano, ma per assumere responsabilità nell’affermazione dei propri legittimi interessi quale potenza che sul piano culturale, economico e potenzialmente anche quello militare equivale agli Stati Uniti (e potrebbe superarli), l’Europa dovrebbe assumere un suo proprio chiaro ruolo nella funzione di guida spirituale, economica e di mantenimento della pace, assumendosi naturalmente, ben più di quanto faccia ora, gli oneri corrispondenti. Questo non potrà cominciare a realizzarsi fino a quando la UE non si avvii ad assumere una definita costituzione politica.

La UE – fenomeno benefico e probabilmente irreversibile, ma che tuttora si riassume in sostanza in un mercato comune, molta burocrazia brussellese e una neonata moneta unica non ancora adottata da tutti gli Stati membri – dovrebbe evolvere, in tempi non glaciali, verso una Federazione che, pur lasciando i più ampi poteri ai confederati,⁶⁰³ abbia una sua struttura politica, accenti la politica estera per tutti, e si assuma la responsabilità e gli oneri di gestire forze armate comuni.⁶⁰⁴

Continuando in questa prospettiva, la Comunità europea dovrebbe poi trasformarsi, da federazione di Stati nazionali, in federazione di Stati, Regioni, Comunità aventi una

⁶⁰³ L’azione locale riesce ovviamente a risolvere meglio e più velocemente.

⁶⁰⁴ V. Ernesto Galli Della Loggia. “Il vero debito dell’Europa,” in “Corriere della Sera” del 21 dicembre 1998.

propria specifica identità di appartenenza culturale e di comportamenti compatibili, il cui tessuto sarebbe costituito dalla tradizione e dalla storia comune, nonché dalla lingua più usata.⁶⁰⁵

⁶⁰⁵ Esempi potrebbero essere entità storiche come la Baviera, la Catalogna, il Paese Basco, la Lombardia, il Veneto; regioni che superino gli attuali confini nazionali come il Tirolo, o raggruppino in unità amministrative coerenti regioni contigue, come Toscana-Umbria-Marche, Abruzzo-Molise-Campania; Puglia e Basilicata. (Ci sono buoni esempi di collaborazioni volontarie a livello locale che hanno piuttosto dell'alleanza che dell'aggregazione politica, ma funzionano bene, per esempio, Carinzia-Slovenia-Friuli-Veneto: potrebbero anch'esse servire da modello per nuove idee).

X. DIFETTO DI COMUNICAZIONE E INFORMAZIONE

La vita dell'uomo come animale sociale dipende dall'informazione; si può dire anzi che essenzialmente l'uomo è un "pacchetto di informazioni". È sempre stato così, fin da quando l'*homo erectus* seguiva nella foresta le tracce degli animali che andava cacciando, o riceveva segnali di fumo o di suoni lontani; e la quantità di informazione necessaria per consentire a ciascuno di sopravvivere, di mantenere rapporti sociali e di svolgere i suoi compiti in una società che va facendosi progressivamente e velocemente sempre più ampia e più complessa cresce in modo esponenziale. Ancora pochi secoli fa, e anche dopo l'invenzione di Gutenberg, quel poco di informazione che raggiungeva la maggior parte degli uomini era portata dai racconti dei viaggiatori e dei mercanti, dalle prediche dei parroci e, qualche volta, dagli annunci degli araldi dei principi. Adesso, nel mondo occidentale (ma ciò diventa vero in aree sempre più estese; ed è uno degli aspetti più vistosi del fenomeno della globalizzazione) l'uomo per sopravvivere deve essere sempre più largamente, prontamente e profondamente informato; non solo su ciò che accade nel mondo e può avere influenza diretta o indiretta sulla sua vita, ma sull'evoluzione della scienza e della tecnica, sulle tendenze politiche, filosofiche e religiose, sull'arte e sull'intrattenimento.

E non è che questa informazione manchi o sia insufficiente; anzi essa è fornita ed è disponibile per molti (se non per tutti) in modo sovrabbondante, tale anzi da sovraffare la capacità di intelligente assorbimento ed elaborazione anche dei suoi destinatari più abili e preparati. Cento anni fa, giornali e riviste raggiungevano pubblici, certamente già ampi, ma ancora minoritari, e i libri erano cari seppure accessibili per i volenterosi. Oggi ci troviamo nella piena esplosione dei media; la stampa tradizionale (libri, giornali, riviste, fogli pubblicitari) è sempre più diffusa; la radio penetra letteralmente dovunque, e fra poco si potrà dire lo stesso della televisione; Internet metterà a disposizione di chiunque l'intero scibile umano e mette ogni essere umano in comunicazione, in tempo reale e a costi contenuti, con qualunque dei suoi simili. Siamo tutti il bersaglio di un incessante assalto di notizie e di informazioni che rischia di sommergerci in un mare non gestibile di nozioni e di sollecitazioni.

La qualità tecnica dell'informazione disponibile (quanto a varietà, tempestività, penetrazione, aspetti formali) non è mai stata così alta. Il difetto profondamente preoccupante sta nei contenuti che i media offrono ai loro innumerevoli, e spesso obbligati, clienti. Il mito dell'informazione obiettiva è stato da tempo sfatato.⁶⁰⁶ Si è visto quanto fallace sia il proposito di separare il fatto dal commento: anche la più onesta e asettica presentazione di ciò che è avvenuto si colora inevitabilmente delle convinzioni e dei pregiudizi di chi riporta; e questo non è grave, se il lettore o l'utente è avvertito sull'orientamento dell'organo che lo informa, e sono agevolmente disponibili fonti alternative in grado di offrire correttivi e bilanciamenti. Spesso però non si riscontra neanche un onesto sforzo di buona fede, un decente livello di coscienza e competenza professionale in coloro che, in sedi non esplicitamente dominate da centrali ideologiche, pretendono di fornire una informazione corretta.⁶⁰⁷ Di gran lunga peggiore è poi naturalmente la disinformazione programmatica che proviene dai media operanti nei Paesi che hanno la sfortuna di essere sottoposti a regimi totalitari; qui i media sono strumenti di informazione del tutto unilaterali, quasi sempre attivamente impegnati solo nel diffondere notizie tendenziose, propaganda e vere e proprie menzogne.

Un'altra accusa che è rivolta da qualche tempo alla stampa e in genere ai media dei Paesi più progrediti è quella di monopolizzare sostanzialmente l'informazione mondiale, e di approfittarne per ignorare il contributo e gli sforzi dei Paesi del terzo mondo e per diffondere e imporre ideologie, inter essi e modelli di un sup posto Grande Fratello occidentale. Capita anche che l'informazione scomoda venga soppressa. Ciò non si verifica solo nell'ambito dei media tradizionali (incluso Internet) ma intacca anche la libertà accademica.⁶⁰⁸

Quasi nessuno può oggi sfuggire, seppure in diversa misura, all'ormai onnipervasiva

⁶⁰⁶ V. Dario Antiseri. "Riflessioni dopo le polemiche sulla faziosità dei libri di testo. Manuale per una storia onesta," in "Il Giornale" del 12 dicembre 2000, p. 28.

⁶⁰⁷ V. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, <http://www.agcom.it/>; l. 31 luglio 1997, n. 249; Codice Etico dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

⁶⁰⁸ In una nota Università, per esempio, un professore, richiesto di tenere un corso, è stato allontanato per avere in un suo libro scritto la frase: "Quando le grandi masse di donne analfabete nel mondo (ben più di mezzo miliardo) avranno affermato e fatto valere il loro diritto a imparare a leggere e scrivere, e ad accedere alla cultura; quando tutte le donne avranno compreso che non è più loro obbligo di fare molti figli (possibilmente maschi) per guadagnarsi uno stato sociale (sia pur sempre infimo nella gerarchia tuttora dominata dai maschi) e per costituire una forza di lavoro a buon mercato; quando attivisti politici e oltranzisti religiosi smetteranno di condizionarle con le loro campagne contro l'uso di contraccettivi e contro il loro diritto esclusivo alla gestione del proprio corpo, tutte le donne potranno esercitare il pieno controllo sulla loro "fertilità". Il risultato sarà (come già ampiamente dimostrato nei Paesi sviluppati, dove le donne sono – relativamente – libere) che donne acculturate e indipendenti avranno solo i figli che realmente desiderano e possono educare".

valanga dell'informazione e della persuasione. Tutti i cittadini del mondo sono esposti all'influenza, di norma aperta ma a volte subdola e anche subliminale dei vari media, e ciò in ogni campo, da quello delle scelte pratiche ed economiche a quello delle decisioni personali di carattere politico, etico e religioso.

Il potere persuasivo della parola pronunciata o scritta è coevo alla società degli uomini; esso è stato, ed è, il motore dell'evoluzione culturale dell'umanità. La "propaganda" in senso lato è stata un fenomeno largamente positivo, o comunque propulsivo, nel corso della storia. Grandi propagandisti e persuasori sono stati personaggi così diversi come Socrate e Gesù, Budda e San Paolo, Maometto, Lutero, Erasmo, gli enciclopedisti, Jefferson, Lincoln, Churchill. La parola è stata però anche lo strumento che ha portato al potere nefasti personaggi come Lenin, Mussolini e Hitler (questi ultimi fra coloro che per primi hanno compreso e padroneggiato il nuovo mezzo radiofonico).

L'incredibile espansione che, tanto in termini di diffusione che di penetrazione, hanno avuto nell'ultimo secolo i nuovi mezzi di comunicazione—telefono, radio, televisione, la combinazione di computer e Internet—può giustificare, tuttavia, la domanda e il timore che il "male" abbia ormai a disposizione gli strumenti per impadronirsi delle menti di tutti gli uomini o di gran parte di essi. Probabilmente questo pericolo non esiste. Anzi, penso che la Rete non possa che rivelarsi un fattore imprescindibile di libertà, capace alla lunga di corrodere e far crollare i residui poteri tirannici che governano ancora vaste parti del mondo, e che basano il proprio apparentemente ferreo controllo appunto sul monopolio dell'informazione, sul martellamento propagandistico dei sudditi, sulla repressione di ogni dissidenza interna e sulla preclusione di ogni voce che venga dall'estero. Radio, televisione e Internet superano ogni confine e sfidano ogni censura e ogni controllo di organizzazioni politiche tiranniche. In un futuro che non sarà troppo lontano, tutti gli uomini, dovunque, saranno probabilmente liberi di pensare col proprio cervello, di ascoltare e profferire opinioni diverse, di contribuire a scegliere e controllare il proprio governo in libertà. Certamente cattivi maestri, fanatici, demagoghi ambiziosi potranno usare i nuovi mezzi per attrarre seguaci, e troveranno ascolto in minoranze ricettive; ma non prevarranno, perché in regimi di libertà, che sappiano difendersi contro la violenza, nella dialettica politica trionferanno sempre, a mio giudizio, e proprio con l'uso dei nuovi media, le forze della ragione e della tolleranza.

La disinformazione può comunque causare gravi distorsioni.⁶⁰⁹ Quale può essere il rimedio? Molti invocano censure, per rimediare il diffondersi di idee liberticide.⁶¹⁰ Altri suggeriscono di fornire aiuti e sussidi, a livello statale e internazionale, a coloro che hanno idee da proporre e interessi da difendere o promuovere, ma non hanno i mezzi o le competenze per farlo. La miglior difesa della libertà è la libertà. Ritengo che anche la meglio intenzionata delle censure degenera presto in strumento di tirannia; e che, d'altra parte, ogni informazione che sia promossa, sussidiata e controllata dai governi si riduce alla lunga in un inutile esercizio burocratico o in uno strumento di interferenza politica. Concludo quindi che ogni censura è dannosa e da evitare. Come già detto per la violenza, anche per l'informazione il solo limite alla più completa libertà di espressione deve essere la norma penale, che riflette il minimo etico della collettività nel momento storico e non le propensioni e le ideologie dei governanti (che in democrazia sono sempre "pro tempore"). Meglio affidarsi alla dialettica di diverse e divergenti voci nella libertà. Non c'è idea o interesse che non riesca a farsi sentire in una libera democrazia, e che alla lunga non riesca a provocare, nel bene e nel male, un'azione politica; e comunque, in democrazia, al contrario che nei regimi autoritari, il "male" è reversibile. I danni che una estrema libertà può provocare sono comunque preferibili a quelli che la censura (che implica il mancato controllo sui governanti, e soffoca le opinioni e gli impulsi innovativi e vitali) inevitabilmente comporta.

Scartata ogni tentazione di censura e di informazione "ufficiale" o aiutata, il solo

⁶⁰⁹ La disinformazione abbonda anche in campi diversi da quello dei media; v., i libri di testo scolastici (esempio classico, un libro scritto dal Salinari nel quale si legge che le foibe del Carso sono state la tomba di vittime dei nazisti; i 15.000 italiani gettati nelle foibe sono stati uccisi invece, come è ben noto, dai partigiani comunisti fitini, non dai nazisti. (V. Pierluigi Battista. "Foibe: ancora quanti tabù sulla pulizia etnica di Tito," in "Panorama" del 7 dicembre 2000, p. 258). (Le vivacissime opposizioni della sinistra alla recente delibera della Giunta Regionale del Lazio che prevede l'istituzione di una commissione di esperti che giudichi le distorsioni e le menzogne contenute in certi libri di testo hanno fatto apparire questa delibera come una manovra censoria di tipo nazista mentre a me pare si tratti soltanto di una indagine conoscitiva—che, finché l'istruzione sarà centralizzata, spetterebbe veramente più al Ministero della P.I.; ma nulla impedisce alla Regione del Lazio di procedervi per conto proprio).

⁶¹⁰ Scrive Alain Besançon. *Novecento, Il Secolo Del Male. Nazismo, Comunismo, Shoah*. Roma: Ideazione, 2000, p. 123: "La memoria ebraica è giustamente allarmata da correnti di pensiero che la offendono direttamente. Il 'negazionismo' è il caso estremo. A questo punto si esce dalla verità e dal buon senso storico; eppure qualche individuo senza la minima autorità intellettuale sostiene posizioni siffatte. È spiacevole che in Francia questa corrente sia proibita da una legge, per di più patrocinata dal partito comunista: un problema di verità non deve essere ritirato per legge dal campo normale della discussione. Coloro che negano fatti accertati con sicurezza si possono lamentare, anzi, vantarsi di una privazione della libertà di pensare, e sfuggire così al disonore a cui li espone tale libertà." (Il negazionismo è proibito anche in Germania). Moltissimi comunisti hanno negato, e continuano a negare, gli eccidi staliniani di decine di milioni di persone. Pur essendo la loro posizione storicamente insostenibile, occorre proibire loro di rendersi ridicoli?

modo di ovviare ai riconosciuti difetti e deficienze dell'informazione mondiale--qui il pubblico degli uomini liberi può dare un contributo decisivo--è, da un lato, non solo quello di appoggiare gli organi di informazione liberi, in particolare quelli che esprimono opinioni minoritarie ed eterodosse, ma quello di mantenere, consolidare e allargare nel mondo l'area in cui vige la libertà di stampa; dall'altro, di contribuire a una vasta opera di educazione (che non potrà in sostanza che essere una autoeducazione) del grande popolo dei comunicatori, non lasciando passare, ma reagendovi vigorosamente, tutte le trascuratezze, gli errori, le tendenziosità, le meschinità da chiunque sui media perpetrati.⁶¹¹

Quanto alle voci di chi non sa o non può farsi sentire, escluderei ogni forma di informazione originaria o suppletiva generata o diretta da organi politici o burocratici; ma sono favorevole a un'opera di istruzione sulle tecniche di comunicazione, e anche a qualche aiuto tecnico e finanziario a diversi nuovi editori nei Paesi in via di sviluppo.

Il potere invincibile dei media classici--nessuno può ovviamente leggere una dozzina di giornali per fare la "media" delle notizie e giungere a quella che potrebbe essere l'informazione meno distorta--crollerà forse quando Internet si sarà affermata come mezzo preferito e conveniente di acquisizione dell'informazione. È prevedibile che fra qualche decina d'anni vi saranno immagini e riprese dirette da satelliti ricevibili da tutti in tempo reale attraverso dispositivi della dimensione di una frazione dell'orologio da polso; informazioni alle quali si accederà con comandi impartiti dal pensiero. Scompariranno allora anche i monopoli della "notizia"; e la crisi della disinformazione probabilmente rientrerà, senza che vi sia stata necessità di odiosi interventi "sovrani".

Vediamo ora alcuni esempi di informazione scorretta, fuorviante o in altro modo difettosa.

A. Soppressione e occultamento di informazione

Quando la FDA diffuse nel 1991 la notizia che le protesi di gelatina di silicone impiantate nelle ghiandole mammarie causavano tumori nel 23% delle cavie, l'Associazione americana di chirurgia plastica e ricostruttiva cercò dapprima di deviare l'attenzione del pubblico ricorrendo al luogo comune che i risultati degli studi condotti sugli animali non possono essere trasferiti tal quali alla specie umana. Sotto il fuoco dell'indignazione dei

⁶¹¹ V. l'articolo di James Boyle. "Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors." <http://www.law.duke.edu/boylesite/foucault.htm>.

media, l'Associazione passò quindi a sostenere una tesi più sottile che cioè gli impianti di silicone presentavano sì qualche rischio ma davano un'apparenza di quasi normalità alle donne che avevano subito l'asportazione del seno; anche questa però era una risposta evasiva. Quello che l'Associazione non disse fu infatti che più dell'80% degli impianti venivano applicati non per fini ricostruttivi ma per ragioni puramente estetiche su donne che non erano state operate al seno. Le numerosissime cause per danni intentate da donne che si erano sottoposte agli impianti di silicone si sono concluse nel 1998 con la condanna della casa produttrice (la Dow Corning Wright, che ha dovuto ricorrere al fallimento volontario) a un risarcimento complessivo di 3,2 miliardi di dollari.⁶¹²

La società A.H. Robins di Richmond, Virginia, vendette durante i primi anni Settanta, in una ottantina di Paesi, 4,5 milioni di spirali contraccettive intrauterine (IUD), il cosiddetto "Dalkon Shield".⁶¹³ Decine di migliaia di donne che portavano il *Dalkon Shield* contrassero infezioni pelviche, almeno 18 morirono in conseguenza dell'infezione, e quasi tutte persero la capacità di procreare; 248 donne subirono "aborti settici spontanei", con conseguenze mortali per 15 di esse; fra quelle (circa 100.000) che avevano concepito mentre portavano l'anticoncezionale intra-uterino (che evidentemente non era infallibile), centinaia partorirono figli con gravi difetti congeniti (cecità, ritardo mentale).⁶¹⁴ Di fronte alle sofferenze inflitte a migliaia di donne, la Robins concentrò i suoi sforzi nel cercare di sopprimere gli studi scientifici avversi e di nascondere i pericoli al pubblico delle utenti, alla professione medica e alle autorità governative, mantenendo un comportamento impietoso e ostile verso le vittime.⁶¹⁵ La Robins utilizzò esperti compiacenti per deviare o ritardare il corso della giustizia, attribuì alle vite umane in altri Paesi valore diverso da quello applicato negli Stati Uniti,⁶¹⁶ invece di avvertire le donne dei rischi che correvano negò i pericoli ed escogitò tattiche di resistenza a oltranza al riconoscimento delle prove dei difetti del prodotto, per non

⁶¹² "USA Today" del 10 novembre 1998, p. 1B. V. N. Craig Smith, Andrew D. Dyer and Todd E. Himstead. "Dow Corning Corporation: Marketing Breast Implant Devices," in Thomas Donaldson and Al Gini, eds. *Case Studies in Business Ethics*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996, cit. p. 39; e un breve resoconto sulle indagini in Cynthia Crossen. *Tainted Truth*. New York: Simon & Schuster, 1996, pp. 188-91.

⁶¹³ V. Al Gini and Terry Sullivan. "A. H. Robins: The Dalkon Shield," in Thomas Donaldson and Al Gini, eds. *Case Studies in Business Ethics*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996, cit. p. 215.

⁶¹⁴ Il giudice Miles W. Lord disse: *they [the women] are wearing "a deadly depth charge in their wombs, ready to explode at any time"*. V. Stuart L. Hills, ed. *Corporate Violence. Injury and Death for Profit*. Savage, MD: Rowman & Littlefield, 1987. Rivolgendosi a William A. Forrest, Jr., Vice-President and General Counsel della società, il giudice Lord disse: "You, Mr. Forrest, are a lawyer--one who, upon finding his client in trouble, should counsel and guide him along a course which will comport with the legal, moral, and ethical principles which must bind us all. You have not brought honor to your profession, Mr. Forrest."

⁶¹⁵ La società bloccò le vendite negli Stati Uniti solo il 28 giugno 1974.

⁶¹⁶ V. Hills, cit. p. 38.

comprometterne le vendite, ricorrendo soprattutto a una accanita difesa legale. Il risultato finale fu però il fallimento della società.⁶¹⁷ In contrasto, quando venne dimostrato che il tampone "Rely" della Procter & Gamble era statisticamente correlato a una condizione patologica che poteva generare pericolo di morte ("toxic shock syndrome"), la società, pur mancando la prova scientifica della pericolosità del prodotto, lo ritirò dal mercato, conquistandosi o rafforzando la fiducia dei consumatori.

Non dissimile fu il comportamento reticente del Pentagono quando negò che test nucleari da esso condotti avessero contaminato alcuni centri rurali in Arizona, Utah e Nevada, affermazione che dovette in seguito ritrattare; e quando negò che armi chimiche fossero state usate da entrambi i contendenti durante la guerra del Golfo, finché uno studio indipendente – che dimostrò la presenza di fosgene e dell'agente nervino "Sarin" sui campi di battaglia durante l'operazione *Desert Storm* – non lo costrinse a cambiare la sua posizione. Una frequente trovata della stampa è di attribuire eventi particolarmente gravi a complotto o sabotaggio (Bhopal, incidente del Pendolino a Piacenza, tragedia aerea di Ustica, distruzione dell'aereo di Enrico Mattei) anche se non vi è alcuna ragionevole base per provarlo.⁶¹⁸

Il disastro della navetta spaziale Challenger fu preceduto da una lunga serie di eventi prodromici e di avvertimenti specifici di pericolo. Diversi voli che avevano preceduto quello infausto del 28 gennaio 1986 avrebbero potuto concludersi anch'essi in catastrofe per la mancata attenzione a fattori di sicurezza. La NASA sapeva di non poter fare affidamento sulle guarnizioni a sezione circolare impiegate nei razzi di propulsione, e sapeva anche che se queste non erano a tenuta, le conseguenze potevano essere catastrofiche. L'assuefazione al successo aveva impedito alla NASA di prendere le decisioni corrette: essa non tenne in considerazione che l'ottenimento dei risultati, possibilmente in tempi brevi e con riduzione

⁶¹⁷ V. Crossen, *Tainted Truth*, cit. pp. 193-222.

⁶¹⁸ L'incidente di Bhopal venne subito attribuito a sabotaggio (non ne è in seguito apparsa alcuna traccia). Il Pendolino deragliato a Piacenza sarebbe stato preso di mira perché su di esso viaggiava il Presidente Cossiga. La distruzione dell'Itavia, il 29 giugno 1980 a nord dell'isola di Ustica, fu probabilmente – non si può ancora trarre una conclusione definitiva perché l'inchiesta della magistratura è in corso – il risultato di una dilettantesca caccia, in un'operazione congiunta della U.S. Navy e della A.M., a due MIG libici: uno precipitò in Calabria, l'altro – che volava nel cono di invisibilità radar dell'Itavia – causò l'abbattimento dell'aereo sbagliato. (Elementare sarebbe stata la risoluzione di questa crisi: il MIG non poteva rimanere in eterno sotto l'Itavia. Bastava affiancare i due aerei, volare in pattuglia con loro, e attendere che il MIG si staccasse dall'Itavia, per colpirlo). La distruzione dell'aereo di Mattei è sempre stata attribuita a sabotaggio. Secondo alcuni testimoni, l'aereo sarebbe scoppiato in volo. Ci fu un contadino che invece riferì di avere visto una fiammata a terra: venne incriminato per favoreggiamento. (Alla fine la magistratura scoprì di non sapere a beneficio di chi fosse stato perpetrato il favoreggiamento; e il contadino, dopo anni di tribolazione, venne scagionato).

dei costi, deve essere sempre conciliato con gli interessi della sicurezza (che spesso confliggono sia con l'esigenza di tempestività sia con quella della riduzione dei costi). Quando si sviluppò la disputa fra i tecnici e il management, i manager chiamati a contemperare gli interessi contrapposti e a prendere le decisioni finali ridussero i costi e accelerarono i tempi spingendo le attività operative verso limiti inesplorati e sconosciuti.⁶¹⁹ I "tecnici" erano convinti di non dover comunicare con il pubblico, anzi i problemi dell'erosione delle guarnizioni non vennero neppure menzionati durante il *briefing* prima dell'ultimo volo.⁶²⁰ Le informazioni di cui la NASA disponeva non lasciavano dubbi sull'alto rischio dei voli delle navette spaziali. Il premio Nobel Richard Feynman li paragonò a una "roulette russa".⁶²¹ Lo stesso Feynman osservò che la NASA avrebbe dovuto realisticamente capire le imperfezioni e le debolezze tecnologiche, e avrebbe dovuto tentare di eliminarle; e se, così facendo, avesse perso il finanziamento del Governo, avrebbe dovuto accettare tale conseguenza.⁶²²

Un altro caso significativo, e anche più scandaloso (perché non si trattava di tecnologia avanzata né di impresa intrinsecamente ad alto rischio) è quello della Ford Motor Company che si guardò bene dal comunicare con il pubblico, e continuò per sette anni a vendere la piccola vettura denominata "Pinto", malgrado sapesse che il serbatoio aveva un difetto di progettazione e avrebbe sicuramente causato centinaia di morti per ustioni in caso di tamponamento.⁶²³ La società attese l'ottavo anno di produzione prima di apportare le modifiche necessarie per migliorare grandemente la sicurezza del serbatoio. Un memorandum interno della Ford⁶²⁴ con una analisi costi/benefici indicava che la modifica

⁶¹⁹ Osservano William H. Starbuck e Frances J. Milliken. "Challenger: Fine-Tuning the Odds Until Something Breaks." 25 *J. of Management Studies* 319-40 (1988), p. 337: "They seem to have been pursuing a course of testing to destruction."

⁶²⁰ Infatti, cinque giorni prima del lancio, un amministratore della NASA dichiarò (rispetto agli "O-rings") "problem is considered closed"; Report of the Presidential Commission on the Space Shuttle Challenger Accident, Vol. I-V, 1986, United States GPO, Washington, D.C., 1986, I, 142-44, II - H3.

⁶²¹ V. Report of the Presidential Commission, cit. 1986, I, 148.

⁶²² Report of the Presidential Commission, cit. 1986, II, F-5. ("If in this way the government would not support them, then so be it. NASA owes it to the citizens from whom it asks support to be frank, honest and informative, so that these citizens can make the wisest decisions for the use of their limited resources. For a successful technology, reality must take precedence over public relations, for nature cannot be fooled.")

⁶²³ V. Mark Dowie. "Pinto Madness," in "Mother Jones", Sept/Oct, 1977; Mark Dowie. "Pinto Madness," in Stuart L. Hills, ed. *Corporate Violence. Injury and Death for Profit*. Savage, MD: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 13-29; W. Michael Hoffman. "The Ford Pinto," in Thomas Donaldson and Al Gini, eds. *Case Studies in Business Ethics*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996 cit. pp. 207 e segg.

⁶²⁴ J.C. Echold, Director of Automotive Safety for Ford, *Fatalities Associated with Crash-Induced Fuel Leakage and Fires*. (Come ricorda Peter Faulkner. "Exposing Risks of Nuclear Disaster. Confessions of a Whistle Blower," in Stuart L. Hills, ed. *Corporate Violence. Injury and Death for Profit*. Savage, MD: Rowman & Littlefield, 1987, p. 171, lo standard dell'industria era: "Sell first, test later."

per rendere i serbatoi più sicuri sarebbe costata 11 dollari per autoveicolo, continuava con uno squallido calcolo in base al quale la spesa totale per apportare le modifiche sugli autoveicoli in circolazione sarebbe stata di \$137 milioni, mentre il costo del risarcimento delle prevedibili 180 vittime (a \$267.000 l'una) e delle 2.100 persone che avrebbero subito ustioni (a \$700 l'una) sarebbe stato in totale di "soli" \$49,5 milioni.⁶²⁵ Il memorandum concludeva quindi che "finanziariamente" non conveniva rendere le "Pinto" più sicure.⁶²⁶ E la Ford non lo fece.⁶²⁷

La Ford conosceva da tempo i difetti delle sue vetture "Explorer" che hanno tendenza a ribaltarsi,⁶²⁸ e cercò furbescamente di risolvere in qualche modo il problema raccomandando ai propri clienti nel libretto di istruzioni di tenere la pressione dei pneumatici a 26 lbs/pollice², cioè 4 libbre sotto la pressione raccomandata dalla fornitrice Bridgestone/Firestone; la quale a sua volta sembra conoscesse da tempo la tendenza di questo tipo di pneumatico di consumare velocemente il battistrada e quindi di scoppiare⁶²⁹ (difetto che fu probabilmente aggravato dalla bassa pressione raccomandata dalla casa automobilistica).⁶³⁰ Nell'agosto 1999 la Ford si decise finalmente a richiamare le vetture dotate dei copertoni difettosi, prima in Arabia Saudita, poi (febbraio 2000) in Malaysia e in Thailandia, quindi (maggio 2000) in Colombia, Ecuador e Venezuela.⁶³¹ Numerosi

⁶²⁵ V. in confronto il comportamento responsabile della Johnson & Johnson, *infra* testo con nota 381 seq.

⁶²⁶ V. Mark Dowie. "Pinto Madness," in Stuart L. Hills, cit. pp. 13-29; Mark Dowie, "Pinto Madness," in "Mother Jones," cit.; v. anche Hoffman, "The Ford Pinto," cit. pp. 211.

⁶²⁷ In un incidente in cui tre giovani ragazze persero la vita nelle fiamme in cui fu avviluppata la loro Pinto, ferma, per il tamponamento che causò la rottura del serbatoio di benzina, la giuria della Pulaski County Circuit Court decise, incredibilmente, il 13 marzo 1980, che la Ford non era colpevole di omicidio; v. In *State of Indiana v. Ford Motor Company*, Case No. 11-431, *Transcript*, March 10, 1980, pp. 6202-3; v. resoconto del processo in Francis T. Cullen, William J. Maakestad and Gray Cavender. *Corporate Crime Under Attack. The Ford Pinto Case and Beyond*. Cincinnati, OH: Anderson, 1987; v. anche Hoffman, "The Ford Pinto," cit. p. 215.

⁶²⁸ Secondo i dati disponibili all'Agenzia Federale, si sono avuti 16.000 ribaltamenti di vetture Ford "Explorer", con oltre 600 morti. V. il servizio di Ennio Caretto in "Corriere della Sera" del 15 settembre 2000, p. 17.

⁶²⁹ Vent'anni prima, la Firestone aveva continuato a vendere i copertoni radiali "500" pur sapendo di gravi difetti che avevano causato gravi incidenti con morti e feriti. V. Stuart L. Hills (Ed.). *Corporate Violence. Injury and Death for Profit*. Savage, MD: Rowman & Littlefield, 1987, at 5.

⁶³⁰ "Did Ford Cut Corners When the Explorer Couldn't? Decade-old documents show that the auto giant considered making the Explorer a more stable SUV--then fooled with the tire pressure instead;" Frank Pellegrini, *Time.com* del 7 settembre 2000. L'EVP della Bridgestone/Firestone John Lampe disse al gruppo parlamentare che si occupa dell'inchiesta: "[I urge] investigators to check whether Ford's recommended tire pressure of 26 pounds per square inch--four pounds lighter than Bridgestone/Firestone's recommendation--played a role in the accidents;" "The Associated Press", September 13, 2000.

⁶³¹ La Ford intraprese il richiamo in 16 Paesi stranieri almeno un anno prima di estenderlo agli Stati Uniti. Ciò ha indotto il Ministro dei trasporti (Rodney Slater) di chiedere una legge più severa per l'obbligo di

incidenti mortali continuavano a verificarsi nel mondo. Fu solo dopo l'apertura di un'inchiesta da parte della National Highway and Traffic Safety Administration americana (NHTSA) nel maggio del 2000 che la Ford si decise al richiamo generale, che avvenne nell'agosto seguente (6,5 milioni di copertoni; la NHTSA ha chiesto il richiamo di altri 1,4 milioni). Anche in questa fase le due società responsabili avrebbero agito in modo scorretto, in parte – fra l'altro – "ricondizionando" i pneumatici invece di sostituirli.⁶³² Molte vite sarebbero state risparmiate se la Ford e la Bridgestone/Firestone avessero comunicato subito con il pubblicogestito, i con onestà, prontezza e risolutezza, preoccupandosi della incolumità e sicurezza delle persone invece che del proprio tornaconto.⁶³³ Ma anche la NHTSA viene rimproverata per non aver meglio vigilato sulle due società.⁶³⁴

Nell'incidente di Three Mile Island si rinvenne, dopo l'evento, una relazione tecnica della società costruttrice dell'impianto (Babcock & Wilcox) nella quale era descritto in dettaglio un incidente pressoché identico avvenuto sul reattore di Davis-Besse presso Toledo, Ohio, provocato da un operatore che aveva scollegato per errore il sistema di raffreddamento d'emergenza–concludendo con la forte raccomandazione di impartire istruzioni in materia a tutti gli operatori. Il rapporto rimase negli archivi della Babcock & Wilcox e in quelli della Nuclear Regulatory Commission, e non giunse mai a conoscenza degli operatori di TMI.⁶³⁵

Nello stabilimento della Union Carbide Corporation (UCC) a Bhopal, in India, si

informazione alla NHTSA, l'estensione del periodo di tempo per la sostituzione gratuita, e prove più accurate prima di autorizzare la vendita dei prodotti.

⁶³² "Ford and Firestone are playing a shell game with people's lives by using these very tires as replacement tires;" Reuters, 5 settembre 2000. Se questo comportamento--denunciato da avvocati e giornalisti--risultasse confermato in tribunale, la Ford rischierebbe di dover pagare danni per miliardi di dollari. (In una famosa sentenza, *Texaco v. Pennzoil*, 729 South Western Rep. 2d. 768, la corte d'appello di Houston, Texas (1° distretto) (confermando il tribunale di 1° grado dopo aver ridotto i danni "punitivi" da tre a un miliardo di dollari), aveva condannato la Texaco a \$8,53 miliardi per aver interferito con un rapporto contrattuale fra la Pennzoil e la Getty Oil. Il comportamento della Ford, se accertato, sarebbe più grave di quella della Texaco. Trattandosi poi di recidiva, la Ford potrebbe rischiare di vedersi imposto il cambiamento del vertice, ed eventualmente il commissariamento.

⁶³³ V. Daniel Eisenberg. "Anatomy of a Recall," in Time.com, 7 settembre 2000; "Chronology of Events Surrounding Tire Recall," Reuters, Wash., D.C. 6 settembre 2000; "Ford, Bridgestone Withheld Information, Tuzin Says," Bloomberg News, Wash., D.C., 6 settembre 2000; Jim Wolf/Jeremy Pelofsky, "Firestone Apologizes For Tire-Linked Deaths", Reuters, Wash., D.C. 7 settembre 2000. Ford e Bridgestone si accusano ora a vicenda: "Ford, Bridgestone Trade Tire Charges," The Associated Press, Sept. 13, 2000. (La Procura della Repubblica del Venezuela ha aperto un'inchiesta contro la Ford e la Bridgestone per occultamento di informazioni relative alla sicurezza che ha causato morti in incidenti di traffico).

⁶³⁴ Il portavoce dell'On. Billy Tuzin disse: "After falling asleep on the wheel, it looks like NHTSA finally has both eyes on the road."

⁶³⁵ V. Kemeny Report, specialmente pp. 110-111.

verificò intorno alla mezzanotte del 2 dicembre 1984 una fuga di gas estremamente tossici: causò oltre 2.000 morti accertate e lesioni in un numero altissimo di altre vittime, forse 200.000, molte delle quali con cecità permanente.⁶³⁶ I segnali prodromici che la UCC non aveva avvertito si ebbero in una analoga fabbrica UCC a Institute, West Virginia, dove fra il 1980 e il 1984 si ebbero oltre 70 situazioni che avrebbero tutte potuto condurre a un incidente simile a quello poi verificatosi in India.⁶³⁷ Una di queste situazioni fu quasi la prefigurazione esatta di quella catastrofe.⁶³⁸ Nel 1982, la UCC aveva compilato un rapporto sulla sicurezza della fabbrica di Bhopal nel quale si concludeva che ivi i problemi della sicurezza presentavano "un più elevato potenziale di seri incidenti o di più gravi conseguenze se un incidente si verificasse".⁶³⁹ Malgrado conoscesse la gravità del pericolo, la UCC non prese alcuna iniziativa per scongiurare la prevedibile tragedia, o almeno per mitigarne gli effetti. Due mesi dopo il disastro di Bhopal, il deputato americano Waxman rese pubblico un documento interno della UCC datato 11 settembre 1984--tre mesi prima di Bhopal--nel quale la UCC avvertiva che la fabbrica di Institute correva il rischio di reazioni incontrollabili (*runaway reactions*) dell'isocianato di metile.⁶⁴⁰ Un alto dirigente della UCC disse in un'intervista televisiva che questo documento non era stato trasmesso a Bhopal perché "non era chiaro a prima vista se sarebbe stato di aiuto". Il presidente della società, Warren Anderson, dopo avere omesso di adottare misure preventive quando sarebbe stato in tempo, e dopo essersi precipitato in India all'indomani della tragedia (per essere subito arrestato e rimandato a casa), asserì che la UCC era stata vittima dell'incapacità del *management* locale, conseguenza inevitabile ("sottoprodotto") del gestire attività industriali

⁶³⁶ Non si sa ancora--e probabilmente mai si saprà--l'esatto numero dei morti di Bhopal. V. Stephen Fink. *Crisis Management - Planning for the Inevitable*. Amacord, 1986, pp. 168-189; Cassels, cit.; Pauchant, *Transforming*, cit. pp. 34-47; Satinath Sarangi. "The Union Carbide Disaster in Bhopal." <http://www.corpwatch.org>. (Sarangi sostiene che nel frattempo il numero delle vittime, originariamente da lui stimato in 8.000, è cresciuto fino a 16.000 a causa di decessi conseguenti alle lesioni riportate nell'incidente; e che i feriti sono stati oltre 500.000); v anche il fondamentale lavoro di P. Shrivastava. *Bhopal: Anatomy of a Crisis*. Cambridge, MA, 1987.

⁶³⁷ V. un elenco di altri disastri causati dalla Union Carbide in Sarangi, cit. p. 3.

⁶³⁸ In quel periodo la fabbrica di Institute subì 107 perdite di fosgene, e altre 22 perdite contemporanee di isocianato di metile e di fosgene.

⁶³⁹ "[A] higher potential for a serious accident or more serious consequences if an accident should occur," Fink, cit. p. 172. Michael A. Hiltzik scrisse nel "Los Angeles Time" del 19 agosto 1985: *The Bhopal and Institute accidents "reflect the company's reputation for aimless management and its penchant for promising positive results and delivering mediocrity. In a prescient report on the company dated July 2 [1985], Paine Webber stock analyst Peter E. Butler argued, 'poor management performances beget bad luck as well.'*"

⁶⁴⁰ Reazione del gas con acqua qualora i contenitori ne siano contaminati (è quello che accadde a Bhopal).

nel "terzo mondo". Anderson ebbe perfino il cattivo gusto di ponderare il "valore" dei morti (una vita in India vale molto meno di una vita a Brooklyn, New York). I sistemi di sicurezza di Bhopal non avevano funzionato. Le sirene non erano operanti e la nube tossica si allargò sopra un'area di 20 km² prima che gli abitanti della zona potessero rendersi conto del pericolo e fuggire.⁶⁴¹ Nessuno li aveva istruiti, addestrati, informati. Mancarono a Bhopal le istruzioni più elementari al pubblico, come quella di coprirsi il viso con un panno bagnato (il che sarebbe probabilmente bastato per salvare molte vite). Il popolo, assunta la funzione di giudice e giuria, non guarda alle questioni di diritto ma si concentra sul senso di responsabilità esibito da chi ha causato – o non ha impedito – il danno, sul riconoscimento degli errori commessi, e sull'aver messo in atto i rimedi e pagato i danni. Oggi la Union Carbide non esiste più come società indipendente.

Alle 01:23 del 26 aprile 1986 la temperatura del reattore n. 4 del tipo RBMK-1000 della centrale nucleare di Cernobil nell'Ucraina settentrionale raggiunse in pochi secondi i 2000°C. Seguirono due esplosioni che immisero nell'atmosfera fra i 150 e i 200 milioni curie di radioattività contaminando un'area di 155.000 km² popolata da sette milioni di persone.⁶⁴² L'aria contaminata si diffuse nei cieli dell'emisfero settentrionale. Errore gravissimo fu la mancanza di adeguata e tempestiva informazione alla popolazione. Il silenzio ufficiale e l'apatia circondarono l'evento. Nell'Unione sovietica la gente era stata addestrata a non fare domande. Non vi fu un tempestivo comunicato radio. Venti ore dopo l'incidente, il vento cambiò direzione verso Prypiat, una città con 49.000 abitanti a 3km a nord della centrale di Cernobil. Circa 20 ore dopo gli abitanti di Pripyat vennero evacuati; altri 80.000 vennero evacuati nei giorni e nelle settimane successive dalle aree contaminate. Oltre 4 milioni rimasero nelle zone contaminate, i bambini continuavano a giocare nelle strade mentre la pioggia radioattiva continuava a cadere per mesi. Il Governo sovietico spiegò in seguito che l'informazione avrebbe solo causato panico. La mancanza di informazione causò, invece, i traumi psicologici sopra ricordati. Mentre la gente si preoccupava della propria salute e sopravvivenza, il suo piccolo "mondo" crollò: ognuno

⁶⁴¹ V. Sarangi, cit. p. 4.

⁶⁴² Altri incidenti nucleari si erano verificati in precedenza--senza vittime umane--in Canada (1952), USA (1955), GB (1957), Unione Sovietica (1958), Germania Orientale (1975), USA (1979); in seguito in Russia (1992), e tre in Giappone (1995, 1997, 1999). (Nell'incendio di Windscale (UK, 1957), perirono 32 persone). Una persona morì a Tokaimura (Giappone, 1999). (Uno scritto di Greenpeace contiene una pedantesca elencazione di tutti gli incidenti nucleari--lista paragonabile a un elenco di incidenti OSHA dove si contano anche piccoli graffi e scivolate, senza conseguenze, su terreno bagnato. Greenpeace. "Chernobyl. 10 Years After;" <http://www.greenpeace.org/~comms/nukes/chernob/rep02.html>).

sapeva che la vita era difficile nell'URSS, ma che lo Stato si sarebbe preoccupato dei cittadini. Improvvisamente, ognuno si trovò a dover combattere da solo per la sopravvivenza, senza avere gli strumenti necessari. Nessuno, nell'URSS era stato abituato e addestrato a sopravvivere come individuo. Il cambiamento politico intervenuto con il crollo del regime sovietico portò pochi benefici per le vittime di Cernobil; esso anzi portò difficoltà enormemente maggiori per quelli che meno erano preparati a superarle.⁶⁴³ L'incidente di Cernobil sembra essere l'epitome di tutto ciò che era sbagliato nel vecchio sistema sovietico: l'inutile segretezza, il controllo dell'informazione, il pesante intervento dell'autorità. La protesta contro "Cernobil" divenne il simbolo di sentimenti anti-nucleari, anti-comunisti, e di un nuovo nazionalismo.⁶⁴⁴

La diga del Vajont era stata realizzata nella vicinanza immediata e a monte di popolosi insediamenti, e l'intero fianco di una montagna – cosa visibile a tutti – stava per cadere nel bacino. I segnali prodromici del disastro erano inconfondibili. Fra questi segnali c'erano da sempre la sfavorevole situazione geografica e la pericolosa condizione geologica della zona prescelta per la costruzione della diga. Già nel 1925, il geologo svizzero Dr. Hug aveva scritto di ritenere "un rischio troppo grande dal punto di vista geologico" costruire in quella zona una diga "troppo alta", perché vi erano formazioni calcaree del tipo che aveva condotto a completi insuccessi in altre località. I costruttori della diga non dettero peso alle insidie segnalate dal geologo. Un altro importante avvertimento che venne trascurato furono i numerosi crolli di dighe avvenuti negli anni immediatamente precedenti la catastrofe.⁶⁴⁵ Vi fu poi, nel 1960, l'apparizione di una lunga fessura sul Monte Toc che costituisce il versante sinistro dell'invaso (la "fenditura a M"), foriera della probabile caduta di una grande frana. Non si poteva ignorare il grave pericolo rappresentato da quasi 300 milioni di mc di materiale incombente franamento: la direzione di movimento di alcuni

⁶⁴³ V. World Disasters Report 2000. Focus on Public Health. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva: Walter, 2000, p. 99-100.

⁶⁴⁴ V. OECD Nuclear Energy Agency. "Chernobyl. Ten Years On. Radiological and Health Impact. An Assessment on Radiation Protection and Public Health." November 1995, p. 39.

⁶⁴⁵ In gennaio 1959, la diga di Vega De Tera in Spagna (144 morti); nel dicembre 1959, la diga di Malpasset in Francia (Fréjus, 421 morti); nel marzo 1960, la diga di Ores in Brasile (numero indeterminato di morti); nel marzo 1961, una diga in Ucraina (145 morti); v. altri crolli di dighe, negli anni 1961-63, in C. Marcello. "Quelques considérations à propos des accidents et ruptures de barrages," in *Huitième Congrès International des Grands Barrages*. Vol. V. Edimbourg, 4-8 mai 1964, p. 561 (Panshet Khadekvasla, India; Hyokini, Corea del Sud; Kuala Lumpur, Malaysia; Baldwin Hills, Cal., USA); v. anche Mario Bertolli. "Considerazioni sugli sbarramenti idrici," in *Tecnica Italiana*, 1965, 153; M. A. Bourgin. "L'accident du Vaiont ou la catastrophe de Longarone?" in *Sud-Ouest Industriel* dell'1 dicembre 1965, p. 50; Pietro Caloi. *L'evento del Vajont nei suoi aspetti geodinamici*. Aprile 1965, p. 38-39, nota ("since 1959, nine major dams of the world have failed").

capisaldi di controllo dimostrava che il fronte ovest della frana si stava dirigendo sulla diga o molto vicino ad essa. Infatti, la frana cadde molto vicino alla diga, e le rocce cadute si accumularono fino a metà altezza contro la diga stessa. Non era stata presa alcuna misura di sicurezza. Nessuno chiese e nessuno ordinò di prendere l'unica decisione possibile, quella di mettere in sicurezza il bacino, e o di abbandonarlo o comunque non riempirlo a regime per alcuni anni mentre si osservava il comportamento della montagna.⁶⁴⁶ Nessuno chiese che si prendesse, *in extremis*, la decisione di far sgomberare i paesi sottostanti, quando doveva essere chiaro a tutti che la caduta della frana e la conseguente inondazione erano ormai inevitabili. Una decisione però che, secondo una incredibilmente erronea affermazione della Corte d'appello, neppure i più alti funzionari dello Stato avrebbero potuto o dovuto adottare: "Non può ritenersi per certo che le autorità alle quali fosse pervenuta la segnalazione avrebbero disposto immediatamente i provvedimenti di sgombero . . . senza attendere, quanto meno, una dettagliata e documentata relazione scritta, o il parere di un esperto. Basti pensare quale enorme responsabilità le autorità suddette si sarebbero assunte nel disporre, senza informazioni adeguate, il trasferimento, per un tempo indeterminabile, di migliaia di persone, costringendole a privarsi della loro casa . . . a rinunciare alle loro abitudini, . . . e determinando, nella loro vita, uno sconvolgimento di immani proporzioni."⁶⁴⁷ L'acqua che avesse tracimato dalla diga non avrebbe potuto che riversarsi sui paesi a valle: il livello del bacino era a 700 m slm, i paesi in pericolo si trovavano a meno di 500 m slm, sotto la gola del Vajont, a 1,5 km dalla diga. La stampa taceva. La popolazione locale non venne informata di nulla. Unica eccezione Tina Merlin, giornalista dell'"Unità". Ella pubblicò numerosi articoli che avvertivano i residenti locali sui pericoli. In uno di questi scritti la Merlin notò: "a ridosso [del paese] si sta costruendo un bacino artificiale di 150 milioni di metri cubi d'acqua, che un domani erodendo il terreno di natura franosa, potrebbe far sprofondare le case nel lago". Queste parole le fruttarono una denuncia penale, e sia lei sia il direttore del giornale vennero imputati e processati per il reato di cui agli artt. 656 e 57 codice penale e 18 della legge sulla stampa dell'8 febbraio

⁶⁴⁶ La Corte d'appello dell'Aquila esprime l'opinione (confermata dalla Corte di cassazione, IV sez. pen., 25 marzo 1971 n. 810, in *Rass. giur. ENEL*, 1971, 646) che l'abbandono del bacino sarebbe stata una scelta corretta.

⁶⁴⁷ Corte d'appello dell'Aquila, 3 ottobre 1970, p. 369. (L'amministrazione dello Stato--Ministero LL.PP., Servizio dighe--aveva ampia, dettagliata e recentissima informazione). V. Palmieri. *Vajont*, cit., p. 71 segg. e 424-429 (diagrammi degli spostamenti dei capisaldi).

1948, n. 47.⁶⁴⁸

Durante l'intervento militare americano nell'isola di Grenada e, qualche anno dopo, nel corso della guerra del Golfo, venne per l'ennesima volta tragicamente alla luce la difficoltà che hanno la Marina, l'Esercito e l'Aeronautica americani nel comunicare fra di loro. La mentalità militare tradizionale arriva spesso a preferire la rivalità alla collaborazione fra le varie armi: il risultato, a Grenada e nella guerra del Golfo, fu la morte di numerosi militari americani causata da "fuoco amico".⁶⁴⁹ Questa difficoltà di comunicazione era stata riscontrata anche a Honolulu nei mesi, giorni e ore che precedettero l'attacco giapponese a Pearl Harbor.⁶⁵⁰ La storia avrebbe potuto prendere un altro corso se il Gen. Walter C. Short, che era al corrente dell'imminente gravissimo pericolo di guerra, avesse tenuto all'erta i suoi reparti, e se l'Amm. Husband E. Kimmel avesse trasmesso a Short le informazioni di cui era venuto in possesso poco prima dell'assalto giapponese.⁶⁵¹ A Pearl Harbor, i due massimi ufficiali della Base si erano trincerati in un intenzionale reciproco silenzio. L'opportunità che si era loro presentata (e che non colsero) di prevalere sul nemico, spiegando una forza navale potentissima che avrebbe sicuramente portato alla distruzione delle quattro portaerei e dei 200 aeroplani giapponesi, lontanissimi dalle loro basi ed esposti a rischio mortale, si trasformò in tragedia. Kimmel e Short vennero esonerati

⁶⁴⁸ Il processo si svolse dinanzi al tribunale di Milano e si concluse con l'assoluzione (sentenza 30 novembre 1960, n. 1974).

⁶⁴⁹ "Screwups' kill 26. Two U.S. F-15 fighter jets, on patrol in clear weather, visually sight two helicopters in the U.N.-imposed no-fly zone in northern Iraq. An AWACS plane--an electronic watchdog circling overhead--also sees them. The three aircraft are in radio contact. The jet pilots identify the helicopters as Soviet-built Iraqi Hinds, which are banned from the no-fly zone. But they are actually U.S. Army UH-60L Black Hawks carrying officials on a routine U.N. mission; a flight plan has been filed. The F-15s, monitored by AWACS, fire a heat-seeking Sidewinder missile and an AMRAAM--the newest, most sophisticated long-distance air-to-air missile in the U.S. arsenal. 15 U.S. soldiers; two British soldiers, three Turkish officers, one French and five Kurdish leaders [are killed];" "USA TODAY", April 15-17, 1994, p. 1; "The Washington Post" del 15 aprile 1994, p. 1. (Trentacinque americani erano periti per fuoco amico durante la guerra del Golfo).

⁶⁵⁰ V. ampiamente al riguardo, Clausen, l'investigatore speciale nominato dal Secretary of War Henry L. Stimson, in Henry C. Clausen and Bruce Lee. *Pearl Harbor: Final Judgment*. New York: Crown, 1992, passim.

⁶⁵¹ "[H]e [Adm. Husband E. Kimmel] withheld vital information not only from Short, but from his own command . . . Short became one of the first victims of the Navy's practice of hoarding secret information." *Id.* p. 301. Continua Clausen: "The evidence is relentless. . . All the testimony, including that of men such as Willoughby and MacArthur, points to the conclusion that Kimmel was merely following the Naval practice of hoarding secret intelligence and using it for his own purposes," *id.* p. 238. Se la Marina non fece nulla per coordinare le informazioni che aveva con il comando dell'Esercito (Gen. Short), questi non solo non coordinò la difesa dell'isola con il comando della Marina, ma ignorò gli ordini dei suoi superiori. Il Chief of Staff Gen. George C. Marshall aveva impartito precise istruzioni a Short: "I would appreciate your early review of the situation in the Hawaiian Department with regard to defense from air attack. The establishment of a satisfactory system of coordinating all means available to this end is a matter of first priority," *id.* p. 230. E conclude, sempre parlando di Short: "As it was, his planes were on the ground and the ammunition for his anti-aircraft guns locked away. It took nearly four hours for his command to get ready to fight." *Id.* p. 300.

dal comando (con retrocessione di un grado) subito dopo l'attacco a Pearl Harbor, non vennero più impiegati in servizio attivo e non vennero riabilitati nonostante numerosi tentativi. Non furono deferiti alla corte marziale per ragioni di sicurezza nazionale in quanto non si poteva lasciar trapelare che il codice segreto giapponese era stato decrittato, che i comandanti erano stati avvertiti sulle mosse del nemico, e che era questa la ragione per la quale si procedeva nei loro confronti. Resta il problema storico se l'attacco giapponese a Pearl Harbor sia stato deliberatamente provocato (o almeno "messo in conto") dal Governo americano per entrare in una guerra "necessaria" con l'appoggio unanime e incondizionato dell'opinione pubblica, oppure sia stato il risultato di una incapacità di previsione e di un errore di calcolo – oltre che di inefficienza o peggio nelle comunicazioni interforze. E' storicamente accreditata l'opinione che gli Stati Uniti siano stati al corrente di tutto, che abbiano accettato la morte di migliaia di soldati, esponendo per molti mesi a gravissimo rischio la Repubblica, solo per sollevare l'indignazione del popolo e animarlo alla guerra.⁶⁵²

B. Informazione incompleta o non corretta

La responsabilità per la morte delle 2000 persone perite nella tragedia del Vajont non poteva che essere imputata in prima linea al gestore al tempo dell'evento (ENEL). Si poteva anche ravvisare una responsabilità dello Stato per colpevole omissione di vigilanza (così trovarono i tribunali). Si poteva infine andare indietro nel tempo e attribuire una corresponsabilità, sicuramente morale – ma anche legale, trovando appiglio in alcune norme della legge di nazionalizzazione – alla società che aveva progettato, costruito e gestito gli impianti prima della nazionalizzazione (i tribunali riscontrarono in effetti questa responsabilità in capo alla SADE). Non c'era invece alcuna giustificazione logica e giuridica per andare avanti nel tempo e attribuire la responsabilità penale per la morte delle 2000 vittime del disastro alla Montedison, la società che più di un anno dopo la tragedia acquistò la SADE. Nessun tribunale infatti lo fece: ma ci pensarono i giornali. Per decenni vi si trovarono affermazioni come questa: "I morti furono più di duemila di cui la Montedison, proprietaria della diga, venne riconosciuta colpevole in sede penale".⁶⁵³ Le lettere di

⁶⁵² Naturalmente, sulla base di quello che era noto, anche pubblicamente, nei primi giorni del dicembre 1941 tutti i porti americani nel Pacifico, e in particolare Pearl Harbor, avrebbero dovuto essere nella condizione di massimo allarme.

⁶⁵³ "Corriere della Sera" del 27 febbraio 1997, p. 15. (La Montedison non è mai stata proprietaria della diga, che passò direttamente dalla SADE all'ENEL in virtù della legge di nazionalizzazione dell'energia

protesta della Montedison vennero pubblicate, in caratteri di stampa minuscoli e non nella stessa progressione di impaginazione, stessa prominentezza, stessa grandezza di titolo e di caratteri, stesso spazio disponibile come la (falsa) notizia oggetto della correzione. Alla successiva occasione che si presentava di richiamare la tragedia del Vajont, la notizia errata veniva pubblicata di nuovo, insieme con altre menzogne. Se ne è avuto un saggio quando, il 27 luglio 2000, i corresponsabili civili delle conseguenze della tragedia del Vajont si accordarono per chiudere la pratica. Un noto e riverito giornalista scrisse l'articolo di fondo sul "Corriere" del 29 luglio 2000: "Una cerimonia per i risarcimenti. Dopo 37 anni". "Le famiglie delle duemila vittime della frana hanno ricevuto un risarcimento." La verità è – i giornalisti la conoscono – che i risarcimenti per le vittime del Vajont sono stati pagati nell'aprile del 1969, oltre 31 anni prima del 27 luglio 2000.⁶⁵⁴ Nonostante l'immediata richiesta di rettifica, quando si verificò, qualche mese dopo l'inondazione di Soverato, in un richiamo al Vajont, nello stesso quotidiano, riapparve l'identica errata notizia.⁶⁵⁵

Nella tarda estate del 2000, per una quindicina di giorni, le prime pagine (e copiose pagine interne) di giornali e riviste erano dedicate alla condanna a morte di un individuo trovato colpevole dai tribunali della Virginia (USA) di avere assassinato una studentessa diciassettenne. I giornali italiani – con il supporto di personaggi eminenti della politica, dello spettacolo, e anche della Chiesa cattolica⁶⁵⁶ – continuarono a martellare il pubblico con una campagna di critica della procedura e della ricerca della verità giudiziale.⁶⁵⁷ Una

elettrica nel 1962; essa venne condannata come "responsabile civile" per i danni attribuibili alla SADE).

⁶⁵⁴ Il 27 luglio 2000 pendevano ancora dieci cause.

⁶⁵⁵ V. "Corriere della Sera" dell'11 settembre 2000, p. 2.

⁶⁵⁶ "Dal Papa ultimo appello", "Terzo intervento di Giovanni Paolo II"; "Corriere della Sera" del 14 settembre 2000, p. 7. V. anche "Dolomiten" del 15 settembre 2000 che riferisce della "protesta" da parte dei presidenti delle Camere tedesca, francese e italiana (Wolfgang Thierse, Raymond Forni, Luciano Violante), dell'UE, del segretario DS Veltroni. (Il tentativo pesante e insistente di interferire dall'estero su una questione interna di legge e amministrazione della giustizia ha probabilmente avuto effetto contrario sulla comunque tenue possibilità di rinvio dell'esecuzione. L'America--come del resto, se si trovassero in situazione analoga, i Paesi che hanno "protestato"--non può certo farsi dettare da chichessia come applicare o modificare le sue leggi e come comportarsi all'interno dei suoi confini. Il Papa si è mosso di nuovo--si legge nel "Corriere"--ma ancora una volta solo per chiedere salva la vita di un condannato a morte in America (quelli degli altri Paesi--la Cina dove ogni anno migliaia di persone vengono giustiziate anche per reati che in Occidente comporterebbero una pena di qualche anno di prigione sono probabilmente "children of a lesser God"); v. "Corriere della Sera" del 7 novembre 2000, p. 7. "L'Espresso" del 1° febbraio 2001, p. 158, pubblicò una foto di una quindicina di ladri cinesi condannati a essere soppressi con colpo di pistola alla nuca: l'Italia è rimasta indifferente. (Sono affari interni della Cina alla quale non si minaccia).

⁶⁵⁷ Non si sentì nel settembre 2000 una parola di compassione per la giovane vittima; come non si sentì una parola di reazione e sdegno per la distruzione--a volte in modo crudele--della vita di tanti altri giovani innocenti per mano di efferati assassini. Dinanzi alla condanna a morte di un assassino, l'agonia delle loro vittime e la tragedia dei familiari scivolano nell'oblio e perdono valore e capacità di coinvolgimento. Occorre invece mantenere un senso di equità; è una questione di compassione, non di vendetta.

pacata discussione sull'utilità o meno della pena di morte sarebbe stata ovviamente legittima e benvenuta. Ma questa particolare campagna venne condotta su un elemento emotivo improprio, l'affermazione cioè, categorica ma senza provato riscontro, che il condannato fosse "innocente". Coloro che parlavano e scrivevano non erano legittimati a esprimere opinioni giuridiche: non conoscevano gli atti di causa, non avevano partecipato al processo, non avevano osservato le testimonianze: erano privi delle conoscenze di cui avevano beneficiato giudici e membri della giuria di quel processo. La campagna ebbe inizio – così si lesse nel "Corriere" – perché una giornalista aveva deciso di fare un servizio contro la pena di morte e aveva prescelto questo caso perché le era piaciuto il nome del condannato. I giornali cavalcano qualsiasi notizia finché tiene alta o aumenta la tiratura. Ma al beneficio economico degli editori si contrappone il danno permanente che questo tipo di manipolazione crea nel pubblico. Dopo la campagna del settembre 2000 non è rimasta solo la convinzione – più o meno condivisibile – che la pena di morte non risolve il problema della criminalità di sangue;⁶⁵⁸ quello che è rimasto, nella mente dei lettori, è che in America "si mandano a morte gli innocenti". La morte di un assassino infervora gli animi; e molti si raccolgono per protestare con le fiaccole intorno al Colosseo; allo stesso tempo però, migliaia di persone – assassini, ladri o avversari del regime – vengono messi a morte in Cina; e gli esecutori – come ha riportato *Amnesty International* in un recente tragico documentario televisivo – sono ben accorti a uccidere questi infelici in un modo che non leda i loro organi, perché si tratta di merce lucrativa per il commercio estero della Cina. I giornali tacciono. Le personalità politiche, dello spettacolo, e anche della Chiesa cattolica non si muovono. Come essi rimangono muti dinanzi alle numerose esecuzioni che sono all'ordine del giorno in Arabia Saudita, a Cuba, e in tanti altri Paesi.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ Cesare Beccaria. *Dei delitti e delle pene*. Roma: Newton, 1994, p. 48 osservava, più di due secoli fa, che "non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà . . . che è il freno più forte contro i delitti."

⁶⁵⁹ Il "Calendario Atlante De Agostini 1999" elenca, su 193, 106 Stati (fra cui Brasile, Canada, Giappone, Israele, Regno Unito, Stati Uniti (37 degli Stati federali)) che ammettono la pena capitale; 40 (fra cui Angola, Cambogia, Colombia, Francia, Germania, Italia) che non la ammettono, mentre mancano notizie sui rimanenti 47. Il "Corriere della Sera" del 10 marzo 2000, p. 11 riferì, con sobrio tono di cronaca: "Giustiziato in Cina governatore corrotto: la sentenza è stata eseguita mercoledì scorso." Cinque giorni dopo, lo stesso quotidiano riferì di un quarantacinquenne pluriassassino americano di etnia indiana (aveva ucciso tre donne e una bambina), condannato a morte in California: "Giovane Alce non danzerà più", v. "Corriere della Sera" del 15 marzo 2000, p. 15. L'articolo mise in risalto che "la cultura pellerossa non prevedeva la pena capitale" e che "[i] pellerossa sono un popolo assoggettato, che non ha voce presso la . . . giustizia". Nessuno invece protestò contro l'esecuzione degli integralisti che avevano massacrato turisti tedeschi dinanzi al tempio di Luxor. La partigianeria giornalistica si è trasformata in comica quando, sulle stesse pagine in cui protestava per l'esecuzione del condannato in Virginia, il "Corriere" pubblicò la foto dell'ex vicepresidente del Parlamento

Anche se si dovrà ammettere che non è ancora scientificamente acclarato in modo soddisfacente se l'effetto serra realmente esiste e se, e comunque in quale misura, l'uomo vi contribuisca, con le sue attività, nessuno credo metta in dubbio che le condizioni e la qualità della vita degli uomini vengano compromesse dagli scarichi delle automobili e degli altri mezzi di trasporto, dalla produzione di elettricità mediante la combustione di carbone e idrocarburi, dalle emissioni degli impianti di riscaldamento e degli impianti industriali. Anche se fosse vero che queste non sono responsabili, o forse solo in minima parte, del "riscaldamento globale", esse (non solo attraverso il CO₂, ma con gli ossidi di azoto e altri gas, e con i particolati) peggiorano la qualità dell'atmosfera nella quale gli uomini vivono causando malattie e disturbi; e possono danneggiare permanentemente le acque, i boschi, la fauna, l'agricoltura.⁶⁶⁰ Comunque, il tema "effetto serra" non è privo di incertezza: c'è fra gli scienziati chi lo minimizza⁶⁶¹ e chi lo dipinge in termini "apocalittici". L'attacco agli inquinanti (in sostanza, i produttori di biossido di carbonio) attrae le falangi popolari perché le argomentazioni basate su cambiamenti dei climi, sulle sommersioni di isole e di zone costiere; e sulla possibile scomparsa di intere megalopoli sembrano intuitivamente plausibili.⁶⁶² I dati scientifici sono controversi. I "maggiori scienziati del mondo", scrive il

cinese, condannato a morte per corruzione. Era solo un ladro; ma nessuno obiettò alla sua esecuzione; "Corriere della Sera" del 15 settembre 2000, p. 3. V. Palmieri. *Fa tutto parte del gioco*. Prima ed., cit. p. 239, n. 531.

⁶⁶⁰ L'enfasi di conferenze come quella di Rio e Kyoto dovrebbe perciò essere spostata su problemi effettivi e conosciuti, mantenendo cautela rispetto a problemi presunti basati su teorie non confermate. È interessante osservare l'atteggiamento dei vari Stati che partecipano a queste conferenze: la maggioranza (fra cui quelli europei) promette facilmente, sapendo (o sospettando) che non sarà in grado di adempiere: i tempi di realizzazione delle promesse sono però talmente lunghi che politicamente è indifferente se alla fine esse saranno smentite dai fatti e gli obiettivi non saranno raggiunti. (V. anche l'ignava posizione europea rispetto alle centrali nucleari: "fino al 2012 ci aiuteranno ad adempiere gli obiettivi di Kyoto"). Altri, come gli Stati Uniti, si defilano; vengono naturalmente criticati dall'opinione pubblica – che viene imbevuta di statistiche (di cui non si spiegano i parametri) e che quindi non riesce a distinguere la realtà dalla finzione (specialmente quando quest'ultima è l'illusione che tutti vorrebbero realizzare) – come "nemici dell'ambiente". I non-americani perseguono (sotto il manto della preoccupazione per l'ambiente) anche il fine di arginare il potere economico (e con esso collegato, il benessere) degli Stati Uniti; solo raramente però questo tema viene sollevato. (Questi comportamenti sono emersi alla Conferenza di Rio, e se ne è avuto un recente esempio al summit dell'Aia, in Novembre 2000. All'incontro di Trieste del marzo 2001 si è visto un segno di ravvedimento dell'atteggiamento europeo di "promettere e non mantenere"; v. "Corriere della Sera" del 4, e 5 marzo 2001).

⁶⁶¹ Scrive Lloyd Weaver in un commento all'articolo di Nicola Walter Palmieri. "The Nuclear Option Must Remain Open," in <http://www.energypulse.net/centers/article>: "Many believe we are headed for the next ice age and not the other way round. Perhaps CO₂ emissions will save us from it, but I doubt it."

⁶⁶² Secondo alcuni, le conclusioni scientifiche sarebbero di segno contrario: John Shanahan (citato da Doug Bandow, *Global Politics, Political Warming*, cit.) osserva che "i dati satellitari e le misure di palloni frenati raccolti dal governo [americano] indicano che negli ultimi 18 anni vi sia stato piuttosto un leggero raffreddamento . . . cioè l'opposto di quello che i modelli climatici avrebbero predetto." Altri studiosi esortano alla prudenza: questi dati dei satelliti devono essere corretti per incertezze degli strumenti anche dopo la più accurata calibrazione, e per la variazione della geometria orbitale. (V. anche S. Ichtiaque Rasool. "Scientific

"New Scientist", sono scettici; alcuni chiamano l'effetto serra una "grande bufala", parlano di "politiche globali, effetto serra politico", di "scioglimento del riscaldamento globale", di "piagnistei sul riscaldamento globale".⁶⁶³ Il prof. Patrick Michaels, esaminando i rapporti emessi dallo United Nations Intergovernmental Panel on Climate Change (1990, 1995), osserva che "nessuno di noi vorrebbe trovarsi a dover scrivere: 'Caro vice presidente [Gore]: siamo spiacenti, ma abbiamo preso una cantonata. Grazie per i fondi. Speriamo che Lei riesca ad avere la Sua tassa sul carbonio. Cordialmente. Il Consenso degli Scienziati.'"⁶⁶⁴ Persino fonti ufficiali del Dipartimento del Commercio statunitense si esprimono con cautela: "Se questo recente incremento [nella temperatura superficiale dei mari] sia naturale, antropogenico, o dovuto a entrambe le cause è una questione aperta."⁶⁶⁵ Nella sopra citata testimonianza dinanzi al Congresso americano, Michaels sottolineava che il totale

Responsibility in Global Climate Change Research," <http://www.junkscience.com/feb99/rasool.htm>.

⁶⁶³ In inglese, effetto serra si dice "greenhouse effect" e porta al "global warming", cioè riscaldamento globale. Le frasi citate nel testo sono tratte da articoli di Franco Battaglia. "Ecco perché l'effetto-serra è solo una grossa bufala," in "Il Giornale" del 4 settembre 2000; v. anche l'intervista rilasciata dallo stesso studioso *Il catastrofismo è un'arma elettorale*, "Il Giornale" del 22 ottobre 2000, e la risposta di Gianni Mattioli. "Il ministro va alla guerra contro il prof. Battaglia," in "Il Giornale" del 31 ottobre 2000; Global Warming Politics, "The Detroit News" del 3 dicembre 1997, <http://www.detnews.com/EDITPAGE/9712/03/1edit.htm>; Doug Bandow, Global Politics, Political Warming, <http://www.cato.org/dailys/10-30-97.html>; Steven J. Milloy, Global Warming Meltdown?, "The Washington Post" del 27 luglio 1996, p. A7; Fred Singer. "Global Warming Whining," in "Washington Times" del 16 aprile 1999; v. anche Jerry Taylor, The Heated Rhetoric of Global Warming, <http://www.cato.org/dailys/9-15-97.html>; F.B. Tett, John F.B. Mitchell, David E. Parker, Myles R. Allen, Manmade Global Warming?, 274 *Science* 1996, at 1170-72 <http://www.junkscience.com/news/modeling-globval-warming.html>; Patrick J. Michaels, Holes in the Greenhouse Effect?, <http://www.cato.org/dailys/6-30-97.html>; Patrick J. Michaels, "The Effects of Proposals for Greenhouse Gas Emission Reduction, Testimony before the Subcommittee on Energy and Environment of the Committee on Science United States House of Representatives," November 6, 1997, <http://www.cato.org/testimony/ct-pm110697.html>; S. Fred Singer, NET launches misinformation campaign, <http://www.heartland.org/environment/jan00/singer.htm>. Preoccupato, fra gli scienziati (ma in altra disciplina) è Paul R. Ehrlich and Anne H. Ehrlich. *Betrayal of Science and Reason--How Anti-Environmental Rhetoric Threatens Our Future*. Washington, DC: Island, 1998. pp. 125 - 141; Ehrlich and Ehrlich. *Healing the Planet*, cit. pp. 72 e segg; Paul Crutzen, 260 *Science* 1571-76 (1993). ("very large losses of ozone over Antarctica during October--now exceeding 60% each Southern Hemisphere spring--first became noticeable around 1980 in measurements conducted continually since 1956 and became public knowledge in 1985"). È noto che sulla Terra si sono alternate ere glaciali ed ere calde; ed è altrettanto noto che il biossido di carbonio è naturalmente presente in grande quantità nell'atmosfera, è creato in grandissima quantità da cause naturali (putrefazione di masse vegetali, deiezioni e decomposizione di animali--dagli insetti all'uomo) e assorbito dalla sintesi clorofilliana. È anche fuori dubbio che l'umanità ha, nell'ultimo secolo, fortemente aumentato le attività che emettono inquinanti nell'atmosfera, Non è invece provato se il cosiddetto "effetto serra" (ammesso che veramente esista e sia significativo) sia prodotto essenzialmente dalle fonti naturali di CO₂, o sia il risultato dell'incremento di emissioni prodotto dall'uomo, o una combinazione di entrambi, o se eventualmente l'apporto delle attività umane--magari percentualmente piccolo--sia quello che altera un equilibrio naturale esistente fino a un secolo fa.

⁶⁶⁴ "Dear Mr. Vice President: We are sorry but we goofed. Thanks for the \$\$\$. Hope you get your carbon tax. Yours truly, the Consensus of Scientists," Michaels, "Holes in the Greenhouse Effect?", cit.

⁶⁶⁵ Riportato da Milloy, "A Flash of Light in the Darkness," <http://www.junkscience.com/news/noaa-acknowledgment.html>.

“risparmio” di temperatura—se si tornasse entro il 2010 ai livelli del 1990—sarebbe, nei successivi cinquant’anni, di $0,13^{\circ}\text{C}$.⁶⁶⁶ Jerry Taylor⁶⁶⁷ ha così fotografato le recenti polemiche (anche italiane) su questo tema: “Gli allarmisti hanno . . . chiaramente deciso che il miglior metodo per vincere il dibattito sull’effetto serra è di annientare l’opposizione gridando di più, e demonizzandola agli occhi del pubblico.”⁶⁶⁸ Come sembrano fare i media. Come sembra abbia fatto un Ministro, in Italia.

Si può e si deve discutere sui mezzi impiegati dall’ingegneria genetica in rapporto ai suoi risultati e ai suoi fini. Mentre da principio la reazione del pubblico era stata soltanto di meraviglia per la novità tecnologica e di attesa per i nuovi risultati, attualmente assistiamo a un conflitto anche aspro fra coloro che danno fiducia al progresso e non riscontrano finora alcuna seria controindicazione all’introduzione di organismi geneticamente modificati, e coloro che ritengono sia azzardato procedere allo sfruttamento commerciale su larga scala dei risultati fin qui ottenuti senza che sia stato rispettato il principio di precauzione, il quale imporrebbe una accurata e veramente scientifica sperimentazione, tale da rendere quasi certa l’inesistenza di ogni possibilità di conseguenze negative a lungo termine sull’ambiente, e specialmente sull’uomo, che è il destinatario ultimo, diretto o indiretto, di queste specie manipolate.⁶⁶⁹ Qualche anno occupato nell’accertamento onesto e accurato della verità in questa complessa e delicata materia sarà tutto a beneficio dell’umanità.⁶⁷⁰ Non si può tentare — e d’altronde non credo ci si riuscirebbe — di interdire,

⁶⁶⁶ Michaels, “Testimony,” cit.

⁶⁶⁷ “The Heated Rhetoric of Global Warming,” cit.

⁶⁶⁸ “Alarmists . . . clearly have decided that the best way to win the global warming debate is by shouting down the opposition and demonizing them in the eyes of the public.” Forse la soluzione verrà con la drastica riduzione nella produzione di inquinanti, quando saranno operativi i motori elettrici o a cella a combustibile, i sistemi automatizzati di guida degli autoveicoli, tutti i mezzi per la produzione di energia consumeranno fonti inquinanti in misura molto inferiore a quella attuale, sarà ridotta al minimo la carta stampata (con i relativi ingredienti, quali inchiostri e pigmenti), saranno diminuiti significativamente viaggi e trasferimenti perché la prossimità fisica sarà sostituita dalla cosiddetta “realtà virtuale reale”, gli alimenti, in composizione nutritiva “personalizzata”, saranno realizzati—pur mantenendo le caratteristiche organolettiche di quelli “organici”—con nanotecnologie, e così verrà anche realizzata la vastissima gamma di prodotti necessari all’umanità, le macchine e le relative lavorazioni si saranno grandemente ridotte, e si ridurrà l’uso di fertilizzanti, insetticidi e diserbanti scomparirà con la graduale abolizione delle lavorazioni agricole. Sarebbe una soluzione profondamente diversa da quella che ci sforziamo oggi di raggiungere con minuscoli interventi correttivi.

⁶⁶⁹ Non è stato finora riportato alcun caso di morte o di malattia conseguenti alla produzione o all’uso di OGM

⁶⁷⁰ L’unica vera ragione della urgenza di introdurre gli OGM “agricoli” non è una buona ragione: è infatti solo quella di permettere ad alcune grandi società che hanno forse imprudentemente investito molti miliardi di dollari in questo tipo di ricerca di recuperare al più presto il loro investimento e di cominciare a fare i lautii profitti che i monopoli brevettuali loro assicurerebbero per molti anni. Non sembra, allo stato dei fatti, che esista un serio interesse pubblico ad affrettare i tempi dell’introduzione commerciale dei nuovi prodotti. Si deve procedere nei tempi dovuti e con opportune cautele.

limitare o canalizzare la ricerca e lo sviluppo di queste tecnologie, a cui in linea di principio bisognerebbe lasciare quello spazio di libera evoluzione e applicazione di cui tutte le scienze e le tecniche nuove hanno sempre in fondo goduto nel passato. È un aspetto della libertà di pensiero e di espressione. Si dovrà certo continuare a monitorare e a controllare l'applicazione pratica dei risultati, e sorvegliare e fors'anche proibire certe applicazioni estreme che appaiono possibili o concepibili e che alla comune coscienza possono apparire come una indebita faustiana intrusione nelle leggi fondamentali per la sopravvivenza della società: mi riferisco agli interventi sul patrimonio genetico non al fine di sostituire o eliminare i geni portatori di gravi malattie o malformazioni, ma soltanto a quelli intesi a influire su caratteri estetici o comunque solo desiderati ma non necessari né ai singoli futuri individui né all'umanità in generale; arrivando a estremi ingiustificabili. Ma poco si potrà fare per impedire che tutto ciò si verifichi. L'umanità ha creato un altro problema attraverso la possibilità di ottenere con i nuovi interventi sul DNA evoluzioni che potrebbero risultare indesiderabili e potrebbero portare a fenomeni sociali e politici quali ad esempio la creazione di "automi" destinati soltanto alla fornitura di organi di ricambio o alla formazione di eserciti di individui tutti uguali e tutti indirizzabili secondo la volontà di una oligarchia assetata di potenza. L'intervento genetico ha un grande potenziale di pericolo; grazie ai moderni mezzi per la diffusione globale dell'informazione, le relative tecniche diventano accessibili non appena sviluppate, e gli interventi sono facilmente realizzabili anche da esperti isolati i quali, se non troveranno ostacoli etici nella loro coscienza, sapranno evadere ogni divieto legale e procedere con sperimentazioni perniciose, e forse addirittura disastrose, e irreversibili.⁶⁷¹ I media conducono l'opinione pubblica in una sola direzione. Ma nessuno riuscirà a imbrigliare a lungo la scienza.

La stampa italiana ha preso posizione compatta contro ogni uso pacifico dell'atomo. Soprattutto in conseguenza di questa informazione unilaterale, l'Italia (unico Paese al mondo) si è espressa con un referendum contro la produzione nel proprio territorio di energia dal nucleare. Nei venti anni successivi, e nonostante che l'approvvigionamento energetico del Paese passi di crisi in crisi, quasi nessuna voce si è levata dai media italiani a fornire dati obiettivi e a suggerire un serio ripensamento della decisione referendaria presa sotto l'impatto emotivo del pericoloso incidente – che peraltro non provocò alcuna vittima

⁶⁷¹ Richard Lewontin, professore di genetica a Harvard, disse (riferendosi alla ingegneria genetica): "we have such a miserably poor understanding of how the organism develops from its DNA that I would be surprised if we don't get one rude shock after another."

– di *Three Mile Island*. Eppure l'Italia acquista dalla Francia energia elettrica prodotta da centrali nucleari, e facilita in tale modo la continuata produzione nucleare e quindi ineluttabilmente la (remota) possibilità del verificarsi in quel Paese di un disastro nucleare le cui prime vittime potrebbero essere proprio gli "anti-nucleari" italiani perché ci vuole poco per una nube radioattiva a raggiungere l'Italia da Grenoble. Il mondo dispone ormai di tecnologie di assoluta affidabilità e sicurezza per la costruzione e la gestione di centrali nucleari e per il deposito a lunghissimo termine delle scorie nocive.⁶⁷² I media italiani dovrebbero informare i cittadini del reale rapporto costi/benefici dell'opzione nucleare, in modo da indurli a una seria e informata meditazione sulla scelta a suo tempo fatta, e sulla eventuale opportunità di modificarla; ma quasi mai lo fanno.⁶⁷³

Un periodico italiano di grande diffusione titolò recentemente "Germania. Offensiva contro la pena di morte. Condannate Washington per omicidio".⁶⁷⁴ L'informazione, come sarà stata probabilmente percepita dal lettore comune, è che gli Stati Uniti hanno aderito a un trattato internazionale in base al quale non possono giustiziare stranieri cittadini – o ex-cittadini – dei Paesi che hanno aderito a quel trattato, e che quindi l'esecuzione della condanna a morte di due cittadini tedeschi (il periodico parla di "due fratelli di origine tedesca")⁶⁷⁵ non rientrerebbe nell'esercizio della giurisdizione interna degli Stati Uniti ma sarebbe stata illegittima perché in violazione degli impegni internazionali assunti. La verità è un'altra. Ci sono tre trattati internazionali contro la pena di morte, uno a livello mondiale, due a livello regionale, seguiti da diversi "protocolli". Nessuno di questi è stato approvato dagli Stati Uniti; i trattati non vincolano quindi quel Paese.⁶⁷⁶ Gli Stati Uniti hanno invece aderito alla Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari (1963), in base alla quale (articoli 5, 36) quando vennero processati in Arizona i due fratelli in questione imputati di rapina e omicidio, gli Stati Uniti avrebbero avuto l'obbligo di informare l'autorità consolare tedesca sul procedimento in corso, in modo che la Germania potesse prestare assistenza agli imputati. Gli Stati Uniti omisero questo adempimento (e si scusarono con la

⁶⁷² V. Nicola Walter Palmieri. "The Nuclear Option Must Remain Open," in <http://www.energypulse.net/centers/article>.

⁶⁷³ Scrive Rodney Adams in un commento all'articolo di Palmieri. "The Nuclear Option", cit.: "There is a tremendous amount of information fed to the public on a regular basis about energy issues, but the problem is that a large portion of it is deliberate misinformation or frequent repetition of deliberate misinformation." Rod Adams. "Atomic Insights," in <http://www.atomicinsights.com>.

⁶⁷⁴ "Panorama" del 16 novembre 2000, p. 153.

⁶⁷⁵ V. <http://www.deathpenaltyinfo.org/dpicintl.html>.

⁶⁷⁶ V. <http://www.amnesty.it/ailibb/aipub/2000/ACT/A5000400.htm>.

Germania).⁶⁷⁷ I due fratelli vennero giustiziati nel 1999. La notifica consolare non ha nulla a che vedere con la legittimità della esecuzione delle condanne. L'omessa notifica fu in sostanza una mancata cortesia fra nazioni amiche, e probabilmente nulla avrebbe potuto contribuire a evitare le condanne (tanto più se si considera che, come è uso costante negli Stati Uniti, nessuna condanna a morte viene eseguita finché tutte le possibili difese non siano state esaurite, come fu il caso di queste due condanne basate su crimini commessi ben 17 anni prima).⁶⁷⁸ Che la Germania ricorresse addirittura alla Corte Internazionale è abbastanza singolare, e lo si può solo comprendere sullo sfondo del fervore nuovo nella tradizione tedesca contro la pena di morte. Comunque, con un provvedimento anch'esso sorprendente, la Corte Internazionale, accogliendo il ricorso tedesco, emise un provvedimento d'urgenza – lo stesso giorno in cui era fissata l'esecuzione della seconda delle due condanne a morte – per sollecitare gli Stati Uniti a “prendere tutte le misure” per evitare l'esecuzione. Credo che il provvedimento fosse *ultra vires*. Infatti, non vedo come la Corte Internazionale potesse emettere un valido provvedimento per fermare una condanna a morte sulla base di una violazione di diritto consolare internazionale; tanto più che constava – o doveva constare – alla Corte che gli Stati Uniti non avevano aderito ad alcun trattato che vieta tale pena.⁶⁷⁹ Per di più, il provvedimento era fatalmente tardivo e, anche se gli Stati Uniti lo avessero volontariamente accettato, non erano certo stati messi nella condizione di farlo.

C. Informazione fuorviante

Alla domanda su quale sia stata la causa dello scontro fra due aerei a Linate il 9 ottobre 2001 – nel quale perirono 118 persone – la risposta quasi certa è “perché non era operativo il radar di terra”. E' la notizia disseminata all'epoca dai media. Il radar di terra

⁶⁷⁷ Il provvedimento della Corte Internazionale di Giustizia è del 3 marzo 1999 (come ho ricordato, lo stesso giorno in cui il condannato venne giustiziato in Arizona). Il provvedimento d'urgenza dispone che “[t]he United States of America should take all measures at its disposal. . .” per evitare l'esecuzione della condanna a morte, fino a quando la Corte non si fosse pronunciata sul ricorso della Germania; v. <http://www.lawschool.cornell.edu/library/cijwww/icjwww/ido>. <http://www.icj.law.ac.uk/ICJWWW/idecisions/isummaries/igussummary19990305.htm>. Il dibattito ha avuto luogo il 13 novembre 2000; v. <http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/IPress> . . .

⁶⁷⁸ V. http://www.state.gov/www/global/legal_affairs/ca_notification/part5.html; <http://www.oas.org/legal/english/docs/Vienna%20Convention%20Consular.htm>.

⁶⁷⁹ È però anche vero, parlando di “corti” internazionali, che il più clamoroso esempio dell'era contemporanea di abuso di un tribunale “internazionale”, camuffato da esercizio di attività giurisdizionale, è stato quello operato nel 1946 a Norimberga dagli Alleati, di cui furono *magna pars* gli Stati Uniti.

– che in tante occasioni sarebbe assai utile avere – non ha avuto alcuna parte in questo incidente. Ci voleva poco a stabilirlo. Bastava ascoltare (o leggere: è reperibile in Internet) la conversazione radio fra l'aereo commerciale Citation e la torre di controllo.⁶⁸⁰ Per un pilota o controllore, la conversazione non lascia dubbi. Dice che il Citation era fermo sulla via di rullaggio alla linea di stop "S4", dinanzi alla pista attiva 18/36.⁶⁸¹ Lo ha comunicato il pilota alla torre. Il controllore – che sapeva (e non poteva non sapere) dove si trova il punto "S4" sul suo aeroporto – ordinò correttamente al pilota di mantenere quella posizione fino a nuovo ordine. Il pilota correttamente accusò ricevuta. Il controllore sapeva – non poteva esserselo dimenticato, e comunque lo poteva riscontrare sulla "striscia" che aveva dinanzi agli occhi – di avere impegnato la pista attiva, avendo autorizzato l'aereo scandinavo al decollo. La prima (e ultima) regola di ogni controllore di torre è che quando ha data una delle due magiche autorizzazioni, "autorizzato al decollo" o "autorizzato all'atterraggio", non può più impegnare la pista attiva – per nessuna ragione – finché non si sarà positivamente sincerato che o l'aereo in partenza è partito ed è in volo ("airborne") o quello in arrivo è atterrato e ha lasciato libera la pista ("runway clear"). A Linate, quella mattina, la pista attiva era impegnata dal volo SAS 686, autorizzato al decollo. A poco meno di un minuto dalla comunicazione al pilota del Citation di mantenere la sua posizione (al punto "S4"), e prima di verificare che l'SAS 686 fosse in volo, la torre richiamò il Citation e lo autorizzò a procedere – cioè a entrare nella pista attiva dove c'era ancora l'SAS. La tragedia fu inevitabile. A cosa sarebbe servito il radar di terra per evitare l'incidente? Per indicare alla torre dove si trovava l'SAS 686? La torre lo sapeva: era sulla pista attiva. Per indicare alla torre dove si trovava il Citation? La torre lo sapeva: era al punto "S4".⁶⁸² Le comunicazioni radio funzionavano. Se la torre avesse avuto dubbi, avrebbe potuto chiedere a entrambi gli aerei conferma delle loro posizioni. Se il Citation si trovava in un punto dove non avrebbe dovuto essere, la torre avrebbe dovuto dare istruzioni diverse, per esempio "fate 180° e procedete per . . . "; oppure: "mantenete posizione S4, invio Follow-Me . . .

⁶⁸⁰ La trascrizione è disponibile in Internet.

⁶⁸¹ Il pilota veramente era stato autorizzato a rullare sulla via "R5" che ha orientamento nord mentre aveva effettivamente rullato verso sud sulla "R6".

⁶⁸² Sorse subito, come è uso in Italia, una polemica sull'"S4", su cui è inutile soffermarsi: ogni aeroporto ha una cartina dell'aeroporto sulla quale tutto è segnato; comunque, il controllore di torre deve conoscere esattamente il suo aeroporto, e lo fa anche con periodicamente ripetute ispezioni locali (non è ammissibile che un controllore non sappia se c'è, e dove sia collocato, sull'aeroporto un segnale relativo al traffico aereo. Se incredibilmente non lo sapesse, non deve dare istruzioni critiche ad aerei che si muovono da un punto a lui "sconosciuto". C'è sempre il "Follow-Me", come *ultima ratio*).

" (Non mandarlo nella pista attiva!).⁶⁸³ I media hanno fatto credere alla popolazione italiana che l'evento si sia verificato per una causa che è diversa da quella reale.

"Quei falsari finiti nella rete" è il titolo di un servizio sulla rivista "Panorama" del 28 novembre 2002. Lo spunto è stato dato da una ottima operazione della Guardia di Finanza la quale ha scoperto un covo di falsari, gente che possiede macchinari idonei per fare duplicati precisi degli originali (inclusa la crittazione); che copiano i "bit" e quindi se la ridono di tutte le misure tecnologiche anti-copia (e nessuna macchina noterà alcuna differenza fra una copia così prodotta – simulazione dell'originale – e l'originale stesso). Questi "pirati" sono certamente criminali, come suggerisce il titolo dell'articolo. Ed ecco che spuntano nell'articolo elementi che nulla hanno a che vedere con questi professionisti del crimine. Innanzitutto c'è la dichiarazione di una funzionaria della BSA la quale avrebbe detto che "la pirateria del software non è percepita come un reato", statuizione incorretta perché i falsari di professione sanno bene di commettere un reato, sia che si tratti di copie del software sia di DVD e altri supporti digitali (le cui copie illegali sono di gran lunga molto più numerose di quelle di software, di cui parla la signora). D'altra parte, coloro che esercitano il loro diritto legittimo di uso fanno bene a non considerarsi criminali, perché non lo sono. Rimane solo la fascia dei "college kids" che potrebbero pensare di fare nulla di male a copiare (ma anche questa percezione sta scomparendo). Per rovinare l'articolo ci sono le inattendibili (perché prive di riferimenti bibliografici) statistiche "fonte BSA" che rappresentano graficamente il danno asseritamente causato dai "copiatori" (inclusa l'azzardata stima di 40.000 posti di lavoro rubati dai pirati). La BSA sa certamente che vi sono "fonti" altrettanto valide (o invalide) che sostengono il contrario, che cioè le copie veramente "illegittime" non sono così numerose, considerando il *fair use*, e che il presunto "danno" sarebbe invece un "vantaggio" come asseritamente dimostrato dal raffronto di una decina di anni di bilanci delle società dell'intrattenimento. C'è addirittura chi sostiene che le copie abusive incentiverebbero le vendite legali: la teoria è che i giovani copiatori illegittimi, entusiasti di buona musica e spettacolo ma privi di mezzi per comprarsi i costosissimi CD o DVD (quelli che hanno sempre copiato non per farne un commercio ma per uso personale e degli amici), spargerebbero la conoscenza delle opere incoraggiando altri – i quali possono pagare – ad acquistare le versioni legittime. (E' una forma di

⁶⁸³ L'insegnamento? Errore umano. Certo. Meglio controllabile in futuro? Certo, pensare soluzioni nuove (verifica a computer di istruzioni contraddittorie, avvertimento dal computer al controllore; barriere elettroniche interconnesse con l'intera situazione traffico; gestione maggiormente automatizzata).

pubblicità ben nota agli uffici vendite in tutto il mondo). Questo articolo è un classico di come si può inquinare una notizia importante – quella dell’ottimo lavoro della GdF – con asserzioni non dimostrate e, peggio, con la confusante incoerenza del mescolare messaggi non pertinenti a quelli utili, al solo scopo di convogliare l’attenzione del lettore al proprio mulino.

D. Uso improprio della comunicazione

Il 15 giugno 1984, dopo una lunga, infruttuosa trattativa, il contratto collettivo fra una filiale della società chimica tedesca BASF, la BASF Wyandotte Corporation Geismar Works e il sindacato Oil, Chemical, and Atomic Workers International Union, AFL-CIO giunse al suo termine triennale. I punti di disaccordo erano l’insistenza del sindacato sul “*bidding and bumping*” (ciò che era inaccettabile per la BASF) e la volontà della BASF di liberarsi del servizio interno di manutenzione perché sarebbe stato economicamente più vantaggioso ricorrere a personale a contratto (ciò che invece era inaccettabile per il sindacato). Non essendo stato raggiunto l’accordo, e dato che sarebbe stato rischioso mantenere gli operai in fabbrica senza un contratto, la BASF ordinò la serrata nei confronti di tutti i lavoratori rappresentati dal sindacato OCAW (260 operatori chimici e 110 addetti alla manutenzione). Durante la serrata, la fabbrica venne mandata avanti da personale impiegatizio e da operai a termine. Le parti avevano l’obbligo di continuare le trattative “in buona fede”: tennero oltre 50, senza accordarsi. La BASF decise allora di negoziare fino alla rottura (“*at impasse*”) e di imporre l’esecuzione della propria ultima offerta.⁶⁸⁴ Se il sindacato non avesse accettato, questa offerta sarebbe diventato il contratto collettivo e i membri del sindacato avrebbero potuto accettarlo individualmente; chi non si fosse presentato al lavoro avrebbe potuto essere definitivamente sostituito da un nuovo assunto. Gli operai di Geismar accettarono in grande numero (persino quelli che avevano nel frattempo assunto nuove occupazioni preferirono ritornare alla BASF che era nota, nel territorio, come un buon datore di lavoro), vennero meticolosamente riaddestrati e ritornarono a scaglioni nei regolari turni. Non vi furono disservizi. L’offerta finale della BASF conteneva l’abolizione della manutenzione interna, e questa attività venne affidata a personale a contratto. La serrata era durata quasi tre anni e mezzo, e terminò il 27 ottobre

⁶⁸⁴ Che era, in sostanza, quella lasciata sul tavolo dalla BASF il 15 giugno 1984).

1987. È illegittimo, negli Stati Uniti, usare la serrata come mezzo per "distruggere" il sindacato. Nel caso di Geismar, fu chiaramente stabilito dalla magistratura del lavoro (*National Labor Relations Board* - "NLRB") che la BASF aveva perseguito, con la serrata, un legittimo interesse economico. Il sindacato attaccò numerose volte la BASF per attività anti-sindacale, ma non riuscì a prevalere.⁶⁸⁵ Il sindacato decise allora di fare dell'episodio di Geismar un "progetto pilota" di campagna contro la BASF. Come notò Louis Rukeyser, "*If you can't win a strike, smear the company,*" "se non riesci a vincere uno sciopero trascina la società nel fango".⁶⁸⁶ Per cominciare a "trascinare la società nel fango", il sindacato denunciò più volte che la fabbrica - in cui si producevano sostanze chimiche pericolose (fosgene, cloro, ditoluen-isocianato) - correva gravi rischi di esplosioni e fughe di sostanze tossiche in quanto il personale di rimpiazzo non aveva sufficiente preparazione. (Durante gli oltre tre anni della serrata, non si verificò alcun incidente degno di menzione). Sull'autostrada che va da Baton Rouge a Geismar apparvero grandi cartelli "BASF Chemicals. Gateway to Cancer Alley?", "BASF: Bhopal on the Bayou". Il sindacato creò un giornale: "BASAGRAM" col solo scopo di attaccare la BASF, e preparò un video che venne ampiamente distribuito: "LOCKED OUT!" Fu anche girato un film dal titolo "Acceptable Risk", che fu mostrato da una delle maggiori reti televisive, nel quale si parlava di una città costruita nei pressi della fabbrica chimica "Citichem", il cui management faceva pressioni per aumentare i profitti a scapito della manutenzione, mentre le autorità, i servizi di emergenza e gli ospedali locali non venivano informati sul tipo di sostanze chimiche prodotte; e si verificava un incidente per causa del quale centinaia di residenti perdevano la vita.⁶⁸⁷ Dato che erano allora in atto le sanzioni contro l'*Apartheid*, la OCAW aggiunse nella sua campagna la condanna della BASF per avere agito da distributore dei computer Hitachi in Sudafrica. Il Rev. Jesse Jackson (deputato democratico) chiese al Congresso che si investigasse sulla serrata. Numerose altre azioni di disturbo vennero compiute dal sindacato, per esempio, a livello della *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD) e del Ministero del lavoro. Questo conflitto sindacale, che avrebbe dovuto rimanere confinato nell'ambito della contea di Ascension (nella cui circoscrizione si trova Geismar), si trasformò in una vera crisi quando, con abile mossa, il sindacato lo portò

⁶⁸⁵ V. per esempio, NLRB, Region 15, Case No. 15-CA-9391-1-2, provvedimento del 27 luglio 1984; *id.* Cases Nos. 15-CA-9781, 15-CA-9794 provvedimento del 26 novembre 1986.

⁶⁸⁶ "Press & Sun Bulletin" dell'1 giugno 1986.

⁶⁸⁷ La fabbrica BASF di Geismar è una delle più moderne negli Stati Uniti. Essa ha un record di sicurezza pressoché impareggiabile.

in Germania, e in particolare a Ludwigshafen, sede della BASF AG, dove riuscì a conquistare alla sua causa il sindacato e una parte dei politici tedeschi. Il sindacato ricorse anche a un colpo basso ricordando che la BASF – quando faceva parte della IG Farben – aveva prodotto, durante la Seconda Guerra Mondiale, il Cyclon B, gas usato nei campi di sterminio (il che non era vero). La OCAW stampò un manifesto con due svastiche e la scritta “Co-conspirators of the Third Reich”. Al centro c’era un grande disco con barra trasversale di divieto sopra la parola “BASF” e una lunga lista di accuse. Pochi giornali mantennero il senso della realtà. Fra questi fu il “Barron’s” che scrisse, in un articolo di fondo, che “la campagna contro la BASF è la peggiore manifestazione di sindacalismo”, aggiungendo che al tempo della serrata i lavoratori di Geismar erano fra i meglio pagati dell’industria, e osservando, quanto al collegamento di Geismar a Bhopal, che Geismar non produceva né usava l’isocianato di metile, la sostanza chimica che aveva causato le vittime di Bhopal (sito questo, d’altronde ben lungi dall’essere allo stato dell’arte). L’articolo sottolineava il dramma dei sindacati in America, destinati a perdere sempre più terreno.⁶⁸⁸ Il sindacato aveva escogitato un metodo nuovo: la campagna coordinata dei media contro l’industria multinazionale, consistente in azioni simultanee in diversi Paesi del mondo.⁶⁸⁹ La OCAW presentò fra il luglio 1983 e il febbraio 1989 otto ricorsi al NLRB per “pratiche di lavoro sleali” (*unfair labor practices*): ne perse cinque, ne ritirò uno, ne perse – in due riprese – un altro,⁶⁹⁰ e ne vinse uno.⁶⁹¹ La partita si chiuse il 6 febbraio 1989, quando il NLRB

⁶⁸⁸ “Barron’s” del 30 giugno 1986: “What Price Militancy? Labor’s Campaign Against BASF Is Unionism at Its Worst.”

⁶⁸⁹ L’opuscolo guida, ampiamente distribuito dal sindacato, porta il titolo: *Developing New Tactics: Winning With Coordinated Corporate Campaigns*. Il Barron’s, cit. commentò: “OCAW, so Leonhard recently told a reporter, “intends to make life [for BASF] as disagreeable, expensive, unpleasant and unpredictable as we can.” Toward this end, it has launched what organized labor has come to call a “coordinated corporate campaign,” a far flung effort to prevail over management less by collective bargaining than by a campaign of vilification, harassment and an ugly assortment of dirty tricks.” V. *Labor’s New Leverage*, “The Washington Post” del 10 maggio 1987; *Besieged Labor Adopts New Tactics*, “Vindicator” del 14 maggio 1987; *In den USA wird der Arbeitskampf zur PR-Schlacht*, “Die Weltwoche” del 2 luglio 1987; *Unions’ Increasing Use Of Non-Traditional Economic Weapons*, “New York Law Journal” del 5 dicembre 1986.

⁶⁹⁰ Aveva presentato 25 capi di accusa, perse subito su 18, gli altri sette vennero rinviati alla *Division of Advice* e vennero tutti rigettati dall’NLRB di Washington nell’aprile 1989.

⁶⁹¹ Presentato nel 1983, cioè prima della serrata e senza alcuna relazione con questa, relativo al diritto del rappresentante del sindacato di disporre per quattro ore ogni giorno di un tavolo, del telefono e di una fotocopiatrice istruire poco più di una pratica per settimana. Il sindacato pubblicizzò—ricorrendo alla tattica dell’informazione ambigua—questa unica vittoria, di per sé scontata, relativa a periodo precedente alla serrata, del tutto secondario, e irrilevante per la serrata. V. *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, NLRB v. BASF Wyandotte Corp.*, No. 85-4503, del 2 settembre 1986).

statuì che la decisione della BASF di dare corso alla serrata era stata corretta.⁶⁹² Fu per il sindacato un errore portare la battaglia in Germania; e addirittura grossolano il ricorso al passato nazista, che ebbe come effetto di alienare invece che raccogliere le simpatie popolari, perché suonò – persino ai meno acuti osservatori e conoscitori – come un disperato e specioso pretesto per giocare un'ultima carta in una battaglia già perduta. La BASF adottò in questa vertenza sindacale una prudente, doverosa e anche generosa comprensione dei problemi umani e sociali. La BASF fece tutto il possibile per facilitare il reinserimento senza traumi e difficoltà di tutti coloro che ritornavano al lavoro.⁶⁹³ Sono rimasti esemplari gli assai costosi corsi di riaddestramento, da cui uscirono operatori di prim'ordine, molti dei quali sono ancora in servizio, e taluni sono arrivati a importanti posizioni di comando. La fabbrica BASF di Geismar ha un record di sicurezza impeccabile. I dipendenti vi si muovono con l'orgoglio di chi è consapevole delle sue responsabilità e dell'importanza del suo lavoro: essi hanno un forte senso di appartenenza, e si sentono realizzati e trattati lealmente. La OCAW, ancorata alla vecchia mentalità della lotta di classe a oltranza, incline a utilizzare ogni espediente, alla fine ha dovuto abbandonare la presa. L'ingegnoso progetto pilota di vincere uno sciopero con i media fallì. La rivista "Fortune" riconobbe alla BASF, nell'anno 2000, il titolo di migliore società chimica del mondo.

⁶⁹² Case No. 15-CA-10494. Ecco i punti più significativi: "It was particularly noted, . . . that the evidence was insufficient to establish that the Employer engaged in bad-faith bargaining . . . With respect to the Employer's decision to permanently subcontract maintenance work, the evidence was insufficient to establish that it was motivated by a desire to penalize the maintenance employees . . . [r]ather the evidence indicated that although the Employer, for purposes of efficiency, remained firm in its decision to subcontract maintenance work, it at various times made proposals designed to continue the employment of or ease the impact upon the maintenance employees. . . . it was also concluded that the evidence was insufficient to establish that the employer violated the Act by retaining replacements after the termination of the lockout. Thus, it could not be established that they were retained for any reason other than to ensure uninterrupted operations during the recall of locked-out employees, and all locked-out employees have been returned to work. Nor did the evidence support a finding of unlawful discrimination in the Employer's changing return-to-work dates for locked-out employees, requiring physical examinations and written tests for returning locked-out employees, and/or terminating or disqualifying certain employees." La OCAW fece un ultimo disperato tentativo–basato su una pura tecnicità–contro il provvedimento dell'NLRB. Alla fine (3 aprile 1989) l'NLRB confermò: "The appeal is denied . . . The request for reconsideration is also denied. . . . Accordingly, this matter is considered closed."

⁶⁹³ Tutti gli addetti alla produzione (241) vennero invitati a tornare al lavoro; 212 lo fecero. Il rapporto di lavoro degli addetti alla manutenzione (100) terminò con la fine della serrata. La BASF offerse a questi ex-dipendenti una buonuscita, miglioramenti pensionistici, istruzione e riaddestramento, assistenza nella ricerca di nuovi posti di lavoro e possibilità di assunzione privilegiata come lavoratori di produzione. Il sindacato rifiutò le offerte della BASF. Ci fu chi temette che i lavoratori avrebbero commesso atti di sabotaggio, ma nulla accadde. Il rientro si svolse in modo ordinato. (Gli unici inconvenienti furono dovuti a quei pochi casi in cui i lavoratori richiamati non riuscirono a superare i test–ormai diversi e più sofisticati–per essere qualificati a svolgere i loro compiti).

E. Comunicazione inadeguata

Nell'emergenza nucleare di Three Mile Island, i media erano particolarmente ostili perché non erano sicuri a chi credere, e perché la stessa vita dei giornalisti e quella della popolazione locale erano a repentaglio. L'informazione al pubblico in un incidente relativa a reattore nucleare è sicuramente prioritaria. Il pubblico ha il diritto di sapere. Né la Metropolitan Edison Company (MetEd), proprietaria dell'impianto, né la "Nuclear Regulatory Commission" (NRC) disponevano, quando si verificò l'incidente, di un piano per fornire questo tipo di informazione. Durante la crisi, le fonti ufficiali fecero confusione e nessuno riuscì a conoscere veramente i fatti. Le notizie diramate dai media riflessero questa confusione. La MetEd gestì la comunicazione talmente male nei primi tre giorni dell'emergenza da perdere ogni credibilità sia presso le autorità governative sia presso i media. Per di più, in quegli stessi giorni, la Babcock & Wilcox – la società che aveva progettato e costruito il reattore nucleare in questione – decise di non esprimere commenti sull'incidente nonostante che altre fonti, male informate, stessero diramando notizie errate. William Kuhns, presidente della General Public Utilities Corporation (GPU), la società capogruppo della MetEd, raccomandò ai giornalisti che lavorano in prossimità di un reattore nucleare di familiarizzarsi con i principi della fisica nucleare. Non lo avesse mai detto: il direttore di due giornali locali replicò prontamente: "In tutti i siti di reattori nucleari dovrebbe essere assunta solo gente che abbia familiarità con la verità". Quando John Herbein, vice presidente della MetEd, affrontò la stampa, e la discussione cadde sulla radioattività liberata durante l'incidente, a un giornalista che disse di non avere sentito parlare prima del valore di 1.200 millirem, Herbein rispose: "Non so perché dovremmo . . . raccontarvi in dettaglio ogni cosa. . . ." Con questo, Herbein e la MetEd persero quanto era loro rimasto di credibilità con la stampa. Jack Watson, il *Chief of Staff* del presidente Carter, informò allora il signor Kuhns che, per fare fronte alla crescente preoccupazione generata nel pubblico dalle informazioni contraddittorie rilasciate ai media, sarebbe stato adottato un nuovo sistema di comunicazione, e cioè (1) tutte le informazioni tecniche sarebbero state diffuse dalla *Nuclear Regulatory Commission* federale, (2) l'ufficio del Governatore della Pennsylvania sarebbe stato il solo a fornire commenti sulle azioni di protezione civile e sull'eventuale ordine di evacuazione, e (3) la Casa Bianca avrebbe coordinato i commenti sulle azioni di emergenza a livello federale. La MetEd era stata totalmente estromessa da ogni ruolo nella diffusione delle notizie. Aveva perso questo

privilegio insieme con la sua credibilità.

F. Incapacità di comunicare correttamente

L'incapacità di comunicare bene e subito è la più inutile e ingiustificabile delle sconfitte. Fu questo invece proprio quello che sembra volessero ottenere i militari americani della base NATO di Aviano dopo la tragedia del Cermis causata, il 3 febbraio 1998, dall'aereo americano in addestramento che ha puntato la prua sulla funivia volando ad altezza assolutamente vietata, tranciò i cavi, e provocò la caduta della cabina e la morte di tutti i turisti che stavano raggiungendo i campi da sci.⁶⁹⁴ Fra le altre scuse, il pilota ricorse a quella che l'altmetro non avesse funzionato bene: il volo a bassa quota che egli stava effettuando era in effettiva condizione meteorologica "a vista" e il volo di addestramento si sarebbe dovuto svolgere per l'intero percorso a non meno di 300 m di altezza; è inconcepibile che un pilota qualificato non sia capace di distinguere a occhio nudo in condizioni di volo a vista la differenza fra 100 e 300 m. Il pilota ricorse inoltre alla scusa che la funivia non fosse marcata sulle carte aeronautiche ufficiali americane (le sole che – sembra incredibile, ma è così – i piloti americani dovrebbero usare, in tutto il mondo): la carta americana che il pilota avrebbe dovuto avere in dotazione (e in cabina) indica invece chiaramente la funivia. Questo aviatore quindi o era un pilota poco esperto o ha violato i regolamenti aeronautici. I militari della base di Aviano non fecero una bella figura. Sarebbe stato semplice intrattenere fin dall'inizio un colloquio corretto, aperto e leale, impostato su una condotta onorevole. "L'onore", si insegna agli ufficiali americani (e non solo a loro), "è una qualità che rende una persona incapace di dire, in qualsiasi situazione, qualunque cosa che non sia l'assoluta verità, *indipendentemente dalle conseguenze che ne possano derivare*". È inammissibile che un ufficiale menta e cerchi scuse. I militari di Aviano, invece di procedere sulla strada maestra, si persero nei viottoli, compromettendo inutilmente la reputazione delle forze armate americane in Italia: alla quale non ha certo poi

⁶⁹⁴ La funivia del Cermis è marcata sulla carta TPC F-2B della "Defense Mapping Agency Aerospace Center, St. Louis, Missouri" (revisione marzo 1992). (La cospicua scritta "aerial cableway" si trova sulla carta—immagino per ragioni tipografiche—leggermente spostata a Nord-Est di Cavalese invece che sull'esatto tracciato della funivia (Sud-Est); non ci sarebbe da meravigliarsi che il pilota, confrontato con la carta, rimarcasse questa "inconsistenza"). (La cosa non è rilevante sia perché le scritte non devono essere, nelle carte geografiche, esattamente sull'oggetto descritto sia perché il pilota aveva violato i limiti dell'altitudine prescritta).

giovato la sentenza di "non colpevolezza" della Corte marziale degli Stati Uniti.⁶⁹⁵ Il risultato era scontato.⁶⁹⁶ Lo aveva già scritto Giovenale duemila anni fa: "è più facile trovare un falso testimone contro un borghese, che uno veridico contro l'interesse e l'onore di un soldato".⁶⁹⁷ Prontamente apparvero le severe critiche nella stampa: "Nessun giudice condanna i militari . . . [d]a Casalecchio al Cermis, le stragi restano impunte".⁶⁹⁸ Aveva proprio ragione il vecchio Bismarck quando disse che la "giustizia" militare sta alla giustizia come i suoni di una fanfara stanno alla musica. Non si ravvisò traccia di *leadership*, dirittura, integrità e "onore", non si intravvide negli ambienti militari americani traccia di adesione alla regola che "non bisogna cercare scuse".⁶⁹⁹ Si tratta, come ho ricordato, e come è ben noto, di qualità normali di un ufficiale, che vengono enfaticamente impresse negli allievi fin dai primi giorni d'Accademia.⁷⁰⁰

⁶⁹⁵ Il pilota della strage del Cermis è stato prosciolto con la motivazione che (a) non era stato messo al corrente che nella zona era vietato volare a una quota inferiore ai 600 m, (b) le sue carte non recavano traccia della funivia del Cermis, (c) l'altimetro del suo aereo era risultato in precedenza sovente impreciso. Questi accertamenti sono inaccettabili perché (i) il pilota è l'ultimo responsabile della condotta del volo, (ii) le carte ufficiali americane di navigazione segnalano la presenza della funivia e, (iii) un altimetro notoriamente impreciso va riparato prima di qualunque ulteriore missione (dettaglio comunque irrilevante perché è facile per un pilota discernere, nel volo a vista come era quello radente del Prowler, senza verifica strumentale, la differenza fra 100 m, 300 m, e 600m). Vittorio Mathieu commentò nel "Giornale": "Cermis e altre tragedie. I responsabili sono sempre più su", e mi trova pienamente d'accordo. (Devo solo notare che il pilota non fu "assolto" come scrive Mathieu, ma venne trovato--come ho scritto nel testo--"non colpevole". È una grande differenza (almeno nel diritto americano).

⁶⁹⁶ Nel famoso processo penale per uxoricidio contro il campione di football O.J. Simpson, egli fu trovato "not guilty" pur essendo le prove di colpevolezza incontestabili. Immediatamente dopo, però, nella causa civile—in cui lo standard per l'accertamento della colpevolezza è inferiore [*preponderance of the evidence* invece che *beyond a reasonable doubt*—Simpson venne trovato responsabile per il risarcimento dei danni. I parenti delle vittime del Cermis avrebbero potuto fare altrettanto, nonostante il verdetto della corte marziale: citare in giudizio (civile) il pilota, il Pentagono, la *Defense Mapping Agency*, il costruttore dell'aereo, quello dell'altimetro, e tanti altri. Forse potrebbero farlo ancora contro alcuni dei possibili responsabili; tutto dipende da come è stata formulata la quietanza del risarcimento che hanno nel frattempo ricevuto dal Governo italiano. V. però, sull'"Immunità del Governo" nel diritto americano, Nicola W. Palmieri. "La responsabilità da prodotto per forniture al Governo degli Stati Uniti d'America," 4 *Rivista di diritto privato* 669-729 (1997).

⁶⁹⁷ V. la satira XVI "ne te pulsare togatus audeat . . . [c]itius falsum producere testem contra paganum possis quam vera loquentem contra fortunam armati contraque pudorem."

⁶⁹⁸ V. l'arguto, e anche tragico, articolo di Guido Ceronetti. "Nessun giudice condanna i militari," in "La Stampa" del 15 marzo 1999. (L'aereo militare che a Casalecchio di Reno piombò su una scuola uccise dodici ragazzi e ne ferì un centinaio, di cui alcuni con invalidità permanente. Il pilota e due ufficiali superiori, condannati in primo grado, furono assolti in appello e in Cassazione).

⁶⁹⁹ I responsabili della tragedia del Cermis hanno accampato scuse a profusione. Il pilota che, volando a quota proibita, ha causato la morte dei venti sciatori, ha addirittura sostenuto di aver eseguito "ordini". (Non è il primo--e non sarà l'ultimo--militare che si trincerò dietro "ordini superiori", dimenticando che i soldati hanno l'obbligo di non eseguire ordini illegittimi, da qualunque superiore provengano, anche a costo della propria vita).

⁷⁰⁰ "The Honor Concept. Honor, personal integrity, and loyalty are fundamental characteristics essential to every naval officer . . . Each midshipman must understand, therefore, the need for complete honesty and truthfulness in word and actions . . . be a person of infallible honor at all times under all conditions. . . . Midshipmen will not lie, cheat, . . . nor will they mislead or deceive anyone as to known facts. . . . [N]o matter

G. Quando i media dimenticano

Gravi alluvioni si ripetono, ogni anno nel mondo, ma le necessarie soluzioni strutturali, di grande impegno, sono legate a difficili decisioni spesso politiche. Un esempio di intervento corretto – da ricordare, ma che nessuno ricorda – è il "Duff's Ditch", canale di deviazione delle acque di piena intorno alla città di Winnipeg (la capitale del Manitoba in Canada) venne costruito nonostante una forte opposizione pubblica. Il consiglio comunale esitò tanto a lungo che dovette intervenire il Governo provinciale per autorizzare la costruzione. Duff Roblin era, negli anni '50, il Premier della Provincia. Nel 1950, Winnipeg venne inondata dalla peggiore alluvione del secolo. Quattrocentomila persone dovettero essere evacuate, e migliaia di case furono distrutte. Dopo questo disastro, Roblin riuscì a prevalere sull'opposizione e sullo scetticismo dei suoi concittadini e fece scavare un "canale d'alluvione" che comportò il più grande movimento di terra affrontato nel mondo dopo lo scavo del Canale di Suez. I denigratori continuarono a sostenere che il costo del canale, costruito negli anni sessanta per 63 milioni di dollari, avrebbe dovuto essere investito in progetti più utili. Roblin non riuscì a farsi rieleggere. Nel 1997 un'alluvione assai più distruttiva di quella del 1950 colpì il territorio;⁷⁰¹ città e villaggi in prossimità della capitale furono sommersi, mentre Winnipeg rimase pressoché intatta.⁷⁰² La città fu salvata dalla decisione lungimirante, ma impopolare, di impegnare importanti risorse per la prevenzione: investimento per il quale non esisteva termine di riferimento e che quindi lasciò a lungo l'incertezza sul se, alla fine, esso sarebbe risultato necessario, se avrebbe avuto successo, e se si sarebbe mai avuto un ritorno della somma investita. Questo caso, totalmente dimenticato, dovrebbe invece essere ricordato (anche dai media italiani) come esempio da seguire per prevenire un disastro naturale con un intervento proiettato sul lungo termine e con costi recuperabili dopo generazioni, o forse mai, e benefici forse solo per i figli e nipoti di coloro che abbiano agito con coraggio e preveggenza.

Un esempio di segno contrario è la situazione nel Bangladesh dove ogni anno si

what the cost to himself. . . . Honor and personal integrity are highly prized qualities necessarily imbued in every reliable naval officer. In a short time you will find living by the Honor Concept to be a way of life which you will be proud to always maintain." Reef Points 1986-1987. United States Naval Academy, Annapolis, pp. 36-40.

⁷⁰¹ Le massime di piena raggiunsero 167.000 piedi cubi al secondo (cfs) contro i 108.000 cfs del 1950.

⁷⁰² Senza il canale di "Duff", almeno metà della città si sarebbe trovata allagata per una profondità di oltre un metro. Il danno sarebbe stato di diversi miliardi di dollari. V. World Disasters Report 1999, p. 36.

ripetono – con prevedibilità pressoché assoluta – grandi alluvioni nel delta. Ogni anno, al principio di luglio, inizia una pioggia ininterrotta e arriva l'ondata di piena del Gange e dei suoi affluenti, che copre fino alla fine di ottobre più di un terzo del territorio, provocando migliaia di morti dirette (oltre a quelle derivate da malnutrizione e da una situazione igienica e sanitaria disastrosa).⁷⁰³ Nulla di efficace e duraturo viene fatto per affrontare queste situazioni, ed evitare le tragedie.⁷⁰⁴ Si accetta, con fatalismo ma anche cinismo, che nel prossimo anno migliaia di persone moriranno in queste alluvioni solo perché nulla si fa per salvarle.

I media dovrebbero collaborare per impedire che possa assurgere a livello di credibilità la più pretestuosa scusa, immancabilmente avanzata da chi, essendovi obbligato, non ha gestito la crisi: il “senno di poi”. Quando gli esperti denunciano l'incompetenza di questi “gestori”, la risposta è “tutti bravi col senno di poi”. Quando un evento si è verificato, appresa la lezione, raccolti gli elementi per mettere in atto misure correttive, le raccomandazioni espresse; e nulla è stato fatto; e un nuovo evento simile o analogo si verifica: il “senno” era acquisito e disponibile. Se i media ricordassero frequentemente ai lettori l'evento passato, le misure suggerite, l'inerzia dei gestori, forse la paralisi di questi si trasformerebbe in azione.

H. Conclusione

Sia l'Associazione americana dei chirurghi plastici che la A.H. Robins, il Pentagono, la NASA, la Ford Motor Company anteposero il profitto o l'illusione di poter difendere la loro immagine alla sicurezza e incolumità delle persone che avrebbero potuto salvaguardare con una pronta informazione, unita naturalmente a efficaci misure correttive. Scelsero di “fare i furbi”, un tipo di condotta che poteva in qualche modo funzionare quando le organizzazioni riuscivano a nascondere le informazioni, o comunque a mantenere su di esse un certo controllo. Oggi, con l'informazione che è quasi sempre, e subito, nel dominio di tutti, ogni tentativo di occultare o cambiare le carte, invece di parlare apertamente – e così contribuire a controllare il danno – causa conseguenze più gravi, e la reticenza che nelle intenzioni dovrebbe limitare il danno provoca invece un peggioramento della situazione.

⁷⁰³ Nel 1970 un ciclone causò la morte di 500.000 (le autorità e la stampa cercarono di fare credere che le piogge monsoniche e le inondazioni – l'inevitabile “atto di Dio” – fossero le sole responsabili).

⁷⁰⁴ Anche in Italia si ripetono ogni anno gravi alluvioni. Le popolazioni soffrono, la stampa denuncia, i politici promettono; tutti subito dimenticano; e nulla viene fatto; fino al prossimo immancabile evento.

Il pubblico – inclusa stampa, televisione, autorità, pubblici ministeri, giudici, parenti e amici se vi sono state vittime, semplici curiosi – vuole sapere perché gli eventi si sono verificati, perché non sono stati evitati, perché non si sono gestite meglio le conseguenze, cosa si è fatto per evitarne il ricorrere. Potenti e intrusivi microscopi inesorabilmente conducono alla scoperta della verità la quale, a sua volta inevitabilmente, non potrà che rivelare aspetti negativi nei comportamenti e nella gestione da parte di chi avrebbe potuto prevenire, contenere, dare l'allarme, mitigare meglio (particolarmente se vi è stata perdita di vite umane). È fondamentale cooperare con il pubblico fornendo una informazione completa, senza reticenze e mezze verità. L'unica carta vincente, specie quando si devono spiegare omissioni o altri comportamenti poco attenti o negligenti, è l'onestà. L'ostruzionismo, in ogni sua forma, è un errore gravissimo. Il "no comment" è semplicemente inaccettabile. Un buon portavoce non mente, non si abbandona al panico, non perde il controllo, non assume atteggiamenti difensivi e ostinati, non fa promesse che non può mantenere, non tralascia mai di correggere qualunque errore importante sia stato fatto in una comunicazione precedente, non si affida all'illusione che una qualsiasi comunicazione possa rimanere "riservata". I mezzi da usare per comunicare sono tutti quelli disponibili: conferenze stampa, bollettini, interviste, teleconferenze, E-mail, Internet.⁷⁰⁵ Nel nostro tempo di comunicazione globale virtualmente istantanea non è pensabile tenersi al riparo dai media; l'informazione verrà diramata, se è necessaria per la sicurezza o è tale da suscitare l'interesse del pubblico, e anche gli aspetti più riservati e segreti non sfuggiranno all'esigenza di rendere ogni dettaglio di pubblico dominio. Meglio quindi errare per eccesso che per difetto. Non c'è mai una seconda opportunità di fare una prima impressione; perciò l'informazione deve essere fornita chiaramente e con completezza fin dall'inizio. Dire tutto quello che si sa, senza nascondere nulla, non è un'alternativa. E' l'unica opzione, non solo per ottenere un risultato etico (l'aver detto la verità), ma perché solo con un messaggio veritiero, onesto e il più completo possibile si utilizza la comunicazione come strumento positivo di interazione con il pubblico.⁷⁰⁶

⁷⁰⁵ Oltre ai media, occorre tenere costantemente informati i dipendenti, e la comunicazione diretta deve raggiungere clienti, autorità governative e politiche, società di assicurazione, azionisti, e cittadini.

⁷⁰⁶ I consulenti legali delle organizzazioni coinvolte sfortunatamente suggeriscono pressoché sempre di dire poco o nulla, per cercare di limitare la responsabilità (specialmente quella penale in sistemi come quello italiano). I capi devono certo ascoltare anche i loro consulenti legali, ma dovranno decidere sulla base di tutti i dati a loro disposizione, tenendo in considerazione che miopi strategie legalistiche potranno forse portare qualche vantaggio a breve termine ma hanno quasi sempre un deleterio impatto a lungo termine. Le azioni legali conseguenti a eventi come quelli sopra descritti possono anche distruggere un'organizzazione, per quanto grande e potente essa sia (ne sono esempi i casi della Johns-Manville, Dow Corning Wright, A.H. Robins), o

Gli eventi che fanno notizia – condensata o dettagliata, rapida e intensa – si svolgono oggi giorno sotto gli occhi di tutti. Ogni mossa di chi vi è coinvolto o partecipa alla gestione dà al mondo un segnale di come intende e sa condursi, di come considera i valori della società che lo circonda. Anche gli errori che si commettono in questa fase sono sotto lo scrutinio di tutti. L'esame da parte dei media e delle autorità può interferire fortemente con il funzionamento delle organizzazioni coinvolte, e mettere a repentaglio l'immagine delle organizzazioni e dei suoi rappresentanti. Il buon rapporto con i media ha assunto un ruolo fra i più importanti e urgenti, subito dopo il soccorso alle persone che hanno subito lesioni o danni e gli interventi indilazionabili di protezione dell'ambiente. L'informazione, incisiva e penetrante, diffusa dai media nel momento culminante degli eventi è quella che rimane impressa nella mente del pubblico e sarà arduo in seguito riuscire a modificarla, anche se la situazione lo giustificerebbe.

possono incidere gravemente sulle sue attività, come nel caso della UCC la quale, dopo Bhopal, venne fatta oggetto di numerose azioni legali da parte degli azionisti, per "una rappresentazione fondamentale fuorviante dei pericoli inerenti al funzionamento delle sue fabbriche".

XI. UNA CULTURA DI INFORMAZIONE - ALLARME PRECOCE

La prevenzione degli eventi che possono arrecare danno è sempre una questione di coraggio, accompagnato da visione, disinteresse personale, onestà intellettuale. È per questo che raramente, nel corso della storia, vi si è posto mano con successo. I più sagaci e illuminati membri della società hanno, per esempio, spesso individuato i segni di una imminente eversione sociale, e le misure necessarie per prevenirla; ma poche volte essi hanno prevalso. In questi grandi fenomeni sociali, le classi dirigenti, incapaci di valutare con una visione non miope né grettamente egoistica le situazioni di fermento, non riescono a controllare e far evolvere pacificamente verso nuovi equilibri il corpo sociale, e rendono inevitabili sconvolgimenti rivoluzionari e autoritari, forieri sempre, come la storia ha dimostrato, di lutti e di rovine. Se le classi dirigenti della Francia della seconda metà del '700, della Russia dei primi anni del nostro secolo, dell'Italia del primo dopoguerra, avessero adottato riforme e preso provvedimenti magari, inizialmente, cauti e limitati, avrebbero potuto essere evitati eventi sconvolgenti e distruttivi come le rivoluzioni, i sovvertimenti e le guerre che sono seguiti. Al contrario, società più mature e meglio preparate sono riuscite, con innovazioni e adattamenti gradualì (e magari ciascuno di per sè modesto), ad avviare pacifiche riforme sostanziali. Ciò è dimostrato dall'esperienza della Gran Bretagna la quale, dopo il passaggio sanguinoso del regicidio, è riuscita a evolvere pacificamente per secoli nella libertà verso ordinamenti socialmente avanzati; e da quella della Svezia, ancora due secoli fa divisa fra una esigua aristocrazia arrogante e bellicosa e un proletariato contadino poverissimo, diventata in poche generazioni un esempio di società industriale, liberista in economia e socialmente progredita. Le virtù che permettono di realizzare questi (e fortunatamente anche altri, basti pensare alla Svizzera) esempi di pacifica evoluzione sociale sono la capacità dei responsabili di fare un costante, onesto esame della situazione, mai nascondendo a se stessi o trascurando alcun aspetto negativo e pericoloso; lo sforzo di prevedere lucidamente il futuro, in tutte le sue possibilità e potenzialità; il coraggio di prendere i provvedimenti, anche impopolari, che la situazione richiede, e la perseveranza e coerenza nel portarli a esecuzione. Chi fa di queste virtù intellettuali e morali uno stile di vita, è ben preparato ad affrontare gli eventi contrari

quando essi contro la sua volontà si presentino. Ogni sforzo dovrebbe comunque essere razionalmente ed efficacemente fatto per la previsione e prevenzione degli eventi e per la gestione delle loro conseguenze. Al giorno d'oggi, tali sforzi non possono essere empirici, lasciati al buon senso e all'esperienza pratica. I mezzi tecnici devono essere da tutti applicati con metodi scientifici, e nessuna trascuratezza può essere tollerata. Il compito della previsione incombe su ciascun componente di qualsiasi comunità umana, almeno nei limiti di un obbligo di osservazione e di previsione; ma grava soprattutto su coloro che, in ciascuna comunità od organizzazione, sono responsabili politici, amministrativi, militari, o dispongono dei poteri decisionali nelle organizzazioni industriali e commerciali.

Prevenire significa perseguire, e adoperarsi per raggiungere fini "positivi"; si tratta di essere pronti a tracciare le apparenti incognite, di saper prevedere, anzi "vedere", l'"evoluzione" che può dar luogo ad eventi disastrosi, e di avere la volontà di prendere le misure necessarie.⁷⁰⁷ Questa volontà di comprendere e intervenire in anticipo spesso manca, o gli interventi sono insufficienti o ingiustificatamente rallentati o rinviati, con gravi conseguenze. Occorre sapere e volere riconoscere le micce, quando sono ancora spente o quando sono state appena accese, e agire rapidamente, prima di perdere il controllo e giungere al fatale effetto dell'inazione. E quello che veramente conta è prendere, in autonomia, le decisioni giuste al momento in cui è giusto prenderle.

A. Recenti scandali finanziari

Investitori di tutto il mondo. Unitevi!⁷⁰⁸ E' giusto che chi si azzarda nell'investimento azionario deve essere preparato a perdere il suo capitale. Si parla oggi in tanti campi del *level playing field*, occorre applicarlo anche al mondo finanziario. Chi investe fa affidamento che i bilanci delle società siano onesti e completi. I bilanci della WorldCom erano invece spettacolarmente ingannevoli: fra le numerose posizioni riportate scorrettamente c'era quella di 4 miliardi di dollari di spese, e la conseguente posta gonfiata degli utili. Gli investitori della WorldCom non lo sapevano (e non esisteva un facile mezzo

⁷⁰⁷ Wilhelm Busch scrisse scherzosamente che la migliore prevenzione è punire prima che si commettano i misfatti ("*Prügel machen frisch und kregel/Und erweisen sich probat/Ganz besonders vor der Tat*"), da "*Abenteuer eines Junggesellen*."

⁷⁰⁸ V. Marc Gunter. "Investors of the World, Unite!," "Fortune" del 24 giugno 2002, in <http://www.fortune.com/index>; Bill Mann. "Options and Other Accounting Scandals," in <http://www.fool.com/Server/Foolprint>; Joe Weber. "Andersen Already Knows Its Sentence," in BusinessWeek <http://aol.businessweek.com/bwdaily/>.

per scoprirlo). Il sistema capitalistico è basato sul rischio (e anche sul rischio di perdere i propri risparmi), ma non può funzionare se il risparmiatore viene ingannato. In tale caso il gioco è cambiato: l'investitore si trova ad aver assunto un rischio diverso da quello che aveva contemplato. E deve essere risarcito.

La teoria del capitalismo è che occorre lasciare che esso si corregga da sé, che i bilanci delle società ritornino a essere affidabili, e che la bolla di sapone si sgonfi senza che il governo venga in aiuto. Questo è giusto finché si tratta del legittimo gioco del mercato; ma non è più valido quando si travalicano le barriere della frode e di altri comportamenti illeciti e disonesti.

Sono innumerevoli le società, e i loro gestori e revisori, che hanno sfruttato le falle del sistema, approfittato di nascosto di conoscenze privilegiate, tenuti segreti i conflitti d'interesse, violato doveri professionali, o addirittura intenzionalmente violato gli obblighi verso gli azionisti (per non parlare dei casi di vera e propria corruzione), per profitto o semplice trascuratezza e incompetenza. Tutti hanno letto dei tracolli di Enron, Global Crossing, Adelphia, Qwest, WorldCom.⁷⁰⁹ Reagendo prontamente a questi scandali, gli Stati Uniti hanno emanato una legge (il *Sarbanes-Oxley Act of 2002*)⁷¹⁰ – applicabile alle grandi società quotate – che introduce regole più rigide rispetto a conflitti di interessi, obblighi di comunicazione, la perdita in determinate circostanze (e senza necessità di provare colpevolezza) del “bonus” e dei profitti fatti con la vendita di azioni nell’anno immediatamente successivo a quello cui si riferiscono tali guadagni, la responsabilità personale, civile e penale, dei presidenti e responsabili finanziari per la correttezza di bilanci e rapporti contabili periodici delle società. La nuova legge dice, significativamente, che le società quotate avranno l’obbligo di comunicare “su base rapida e aggiornata” (*on a rapid and current basis*), e “in linguaggio comprensibile” (*in plain English*) tutte le informazioni aggiuntive che si riferiscano a cambiamenti significativi nella condizione finanziaria od operativa dell’emittente. L’obbligo di informazione precoce con tutti i mezzi idonei è la chiave per un miglioramento futuro. La nuova legge contiene pene severe: prigione fino a 10 anni per presidenti (CEO) e direttori finanziari (CFO) i quali certificano, nei rapporti periodici, che l’informazione ivi contenuta “rappresenta correttamente in ogni suo aspetto rilevante le condizioni finanziarie e i risultati operativi dell’emittente”, pur sapendo che ciò

⁷⁰⁹ V. Christopher Farrell. “Needed: 21st Century Accounting Rules,” in “BusinessWeek” <http://www.businessweek.com:/print/>.

⁷¹⁰ V. un sommario in David Priebe e Paul Blumenstein. “Summary of Sarbanes-Oxley Act,” in <http://www.graycary.com/newsletter/corp>. (Normalmente, si tratta di competenza riservata agli Stati).

non corrisponde al vero (la prigione è fino a 20 anni per chi rende dolosomante tale dichiarazione); prigione fino a 25 anni per chi si rende colpevole di frode mobiliare; prigione fino a 10 anni per chi distrugge documenti contabili (prima del periodo obbligatorio di conservazione di cinque anni dopo la fine dell'anno fiscale); prigione fino a 20 anni per chi altera documenti per ostacolare un'investigazione federale; prigione fino a 10 anni per chi intraprende qualsiasi azione contro un informante.⁷¹¹

Il fenomeno di rapporti contabili scorretti e di informazioni incomplete, intempestive e lacunose, non si presenta solo negli Stati Uniti. Se ivi si verificano casi più clamorosi che altrove, ciò è dovuto al fatto che il sistema legale di quel Paese permette di spingersi agli ultimi limiti del lecito⁷¹² (che viene spesso travalicato) prima che la macchina della giustizia si metta in moto.

B. Il capo

È opinione diffusa, anche in Italia, che al capo non si possa far risalire la responsabilità per i fatti commessi dai subalterni, e che un capo non possa e non debba impegnare il suo tempo a occuparsi del cambio difettoso di automobili, di petroliere che perdono il carico di grezzo, di semafori e binari, di aerei militari che non osservano le altezze di sicurezza, di bilanci e comunicazioni agli azionisti: sono compiti che il capo delega ad altri liberandosi della responsabilità.⁷¹³ Pochi si chiedono se un capo, dopo avere delegato ai suoi collaboratori ("verso il basso") funzioni talvolta di vitale importanza per la sua organizzazione, abbia l'obbligo di verificare, o far verificare, se i suoi ordini siano stati correttamente eseguiti. I superiori che "delegano"⁷¹⁴ spesso credono di non avere l'obbligo di informarsi su come venga utilizzata la delega, e di non avere il dovere di vigilare, controllare, intervenire e agire ogni volta che ciò si renda necessario; credono che, per rimanere esenti da responsabilità, basti delegare e poi nascondere la testa nella sabbia,

⁷¹¹ E' previsto l'aggravamento della pena per frode commessa con il mezzo della posta e della telefonia (*wire and mail*), da 5 a 20 anni, per la violazione della legge sui valori mobiliari, da 10 a 20 anni.

⁷¹² "This is a free country", è il concetto.

⁷¹³ Questo concetto si basa, erroneamente, sul principio, pacifico in diritto, che la responsabilità penale è personale.

⁷¹⁴ V. ampiamente su questo tema gli Atti del Convegno su "Delega e Responsabilità" tenuto a Roma il 9 ottobre 1998 a cura di Raffaele Guariniello. Fra la ampia letteratura americana, v. Marshall B. Clinard, and Peter C. Yeager. *Corporate Crime*. New York: Free Press, 1980, in particolare il capitolo 12 (*Corporate Executives and Criminal Liability*).

come fanno gli struzzi.⁷¹⁵ Una grande difficoltà è costituita proprio dalla convinzione radicata nelle strutture direttive antiquate che un capo si possa liberare da responsabilità con la semplicistica formula "delegare e non interferire". È un'impostazione mentale che disincentiva gravemente il capo dall'attivarsi impegnando la sua autorità e competenza, impedisce di fare progressi e di trarre insegnamento ed esperienza che si possa concretizzare in azioni costruttive.⁷¹⁶

Le iniziative e le decisioni di grande rilievo sono ovviamente riservate ai vertici. Al capo competono tanto il potere decisionale che la responsabilità per le conseguenze delle sue decisioni, sia per le azioni che per le omissioni. Egli può certo liberarsi dall'assolvimento degli obblighi specifici di esecuzione pratica e giornaliera inerenti alle sue responsabilità, ma deve osservare l'obbligo di controllo; se intende liberarsi anche di questo, lo potrà fare delegando nella sua interezza una determinata funzione, trasferendola cioè integralmente al delegato (compresa la piena autorità decisionale relativa e la disponibilità dei necessari mezzi finanziari). Infatti, per far sì che la responsabilità possa essere imputata al delegato, questi deve essere posto in condizione di eseguire in piena indipendenza e senza interferenze e possibilità di veto da parte del delegante (o di altri) le attività che egli ritenga necessarie e prudenti per l'adempimento dei doveri inerenti alle funzioni che gli sono state delegate. Il capo si libera quindi delle responsabilità (per esempio di quelle relative alla sicurezza e alla tutela dell'ambiente), se il suo delegato ha l'autorità di spendere, senza chiedere il permesso a chicchessia, i fondi che ritiene necessari (e che potrebbero anche essere di ammontare tale da mettere in pericolo la sopravvivenza stessa dell'azienda); e ha la facoltà di prendere tutte le altre decisioni relative alla sicurezza, comprese anche quelle che hanno effetto sull'esterno, come ordinare la chiusura di una fabbrica pericolosa o di tutte le

⁷¹⁵ Nel caso del Vajont, la Corte d'appello dell'Aquila si esprime come segue: "Per ammettere l'esistenza di un obbligo di vigilanza, e la conseguente responsabilità del superiore, si è fatto riferimento alla necessità che concorrano delle situazioni particolari, ad esempio la ingerenza di fatto del superiore nell'attività del sottoposto, la conoscenza, da parte del superiore, della inattività o delle clamorose disfunzioni dell'inferiore, o la inosservanza di obblighi particolari facenti carico al superiore, per la scelta inadeguata dei propri collaboratori". La stessa Corte disse inoltre che "lo Statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, non impone al superiore gerarchico nessun dovere giuridico di cognizione o di sorveglianza nei confronti dell'inferiore, salvo, naturalmente, per quest'ultimo, l'obbligo di eseguire gli ordini che gli pervengono dal superiore medesimo". Corte d'appello dell'Aquila, 3 ottobre 1970, pp. 331-32. Concedere immunità di questo tipo significa creare disincentivi per la sicurezza e per la protezione dei cittadini, e incoraggiare l'incompetenza e l'irresponsabilità.

⁷¹⁶ Purtroppo però ai manager si insegna di non riconoscere mai la propria negligenza perché ci sarebbe immancabilmente un magistrato inquirente che utilizzerebbe l'ammissione per spedirli in prigione. Osservava argutamente Leo Longanesi che in Italia è meglio assumere un sottosegretario che una responsabilità.

fabbriche dell'organizzazione che impiegano processi produttivi ugualmente o similmente pericolosi, o chiedere che venga ordinata l'evacuazione di una vasta area o la demolizione di opere a rischio.⁷¹⁷ La Corte di cassazione si è così espressa al riguardo: "In materia antinfortunistica così come in materia ambientale, la delega degli adempimenti da parte dell'imprenditore ad altri soggetti è legittima alle seguenti condizioni: sotto l'aspetto oggettivo, le dimensioni dell'impresa, che devono essere tali da giustificare la necessità di decentrare compiti e responsabilità; l'effettivo trasferimento dei poteri in capo al delegato con l'attribuzione di una *completa autonomia decisionale e di gestione e con piena disponibilità economica*; l'esistenza di precise e ineludibili norme interne o disposizioni statutarie, che disciplinino il conferimento della delega e adeguata pubblicità della medesima; uno specifico e puntuale contenuto della delega; sotto l'aspetto soggettivo, la capacità e l'idoneità tecnica del soggetto delegato; il divieto di ingerenza da parte del delegante nell'espletamento dell'attività del delegato; *l'insussistenza di una richiesta d'intervento da parte del delegato; la mancata conoscenza della negligenza o della sopravvenuta inidoneità del delegato*".⁷¹⁸ (Miei corsivi).

L'autonomia e l'accesso ai mezzi finanziari necessari sono elementi fondamentali. La delega, per esimere il capo da responsabilità, deve essere talmente vasta da far sì che il confine possa riguardare solo l'oggetto della delega stessa, mentre l'autorità esercitabile al suo interno dovrà risultare qualitativamente uguale a quella del capo delegante. È improbabile che si trovi, almeno in Italia, una delega così ampiamente formulata e messa in pratica. Pertanto, in tutti i casi in cui le deleghe siano limitate, nella forma e nel modo in cui vengono effettivamente gestite – specialmente per quanto riguarda la facoltà di spesa – esse non varranno a esonerare i deleganti perché, per quanto riguarda i poteri "riservati" o trattenuti, la responsabilità continuerà a essere loro. La Cassazione ha anche statuito che l'imprenditore è esonerato da responsabilità penale se il delegato sia "stato fornito di poteri autoritativi e decisori autonomi pari a quelli dell'imprenditore, compreso l'accesso ai necessari mezzi finanziari."⁷¹⁹

E non basta. L'imprenditore non si libera dalla responsabilità penale se non esercita un diligente controllo sul delegato. A questo riguardo, la Cassazione si è pure espressa in modo inequivocabile: "In materia di inquinamento delle acque, la responsabilità penale .

⁷¹⁷ V. una recente modifica della legge tedesca sulle società per azioni che impone al vertice responsabilità non delegabili per la sicurezza e l'ambiente.

⁷¹⁸ Cass., sez. III, 23 aprile 1996 (Zanoni), Dir. e pratica lav., 1996, 1851.

⁷¹⁹ Cass., sez. IV del 23 febbraio 1993 (Iacono), Dir. e pratica lav., 1993, 949.

. . . è posta a carico di chiunque effettua lo scarico, nel senso della riferibilità a tutte le persone che rappresentano l'ente e di fatto ne hanno la gestione, e va ricercata in termini non solo formali, ma sostanziali sulle persone che avevano il potere-dovere di prevenire l'inquinamento e non hanno provveduto; non basta, dunque, una delega formale a escludere la responsabilità penale del titolare e rappresentante legale di una impresa, anche di notevole complessità, ove l'inquinamento sia conseguenza di cause strutturali (omessa predisposizione di impianti e soluzioni tecniche adeguate) dovute a omissione di scelte generali, talora di rilevante peso economico, e neppure basta una delega a operatori di livello inferiore, *se manchi il controllo sul concreto esercizio dei poteri delegati*, sicché solo in casi eccezionali da provare rigorosamente può essere esclusa la penale responsabilità dei soggetti titolari o dei dirigenti generali di una grande impresa".⁷²⁰ (Mio corsivo).

In generale, e al di là delle difese che prevalgono in sede di procedimenti penali, che cioè è permesso giustificarsi provando che le conoscenze scientifiche e tecniche del tempo in cui si è verificato un evento di danno erano inadeguate per poter ragionevolmente prevedere quel particolare tipo di evento (o di un evento simile), ritengo che debba essere proibito – oltre a non essere eticamente accettabile – che si scambii una perdita di libertà di alcuni con un accrescimento della ricchezza di altri (l'unico scambio ammissibile è quello di libertà contro sicurezza).⁷²¹ Il principio cui ci si deve informare è quello espresso da un giudice inglese il quale disse, in una sentenza di oltre 130 anni fa, che "quando una persona, nel trattare i propri affari, causa danno ad un'altra, per quanto sia innocente, è ovviamente più che giusto che chi ha causato il danno debba essere la parte che deve soffrire".⁷²²

Nelle antiche culture vigeva la regola che il condottiero sconfitto in battaglia venisse sacrificato in quanto, per definizione, colpevole della disfatta. Si trattava di una sorta di "responsabilità oggettiva". I condottieri di tempi lontani non aspettavano il disonore della condanna ma si uccidevano sul campo. Di tale cultura rimane traccia nelle tradizioni marinare (e nella civiltà giapponese). "Sul mare c'è una tradizione più antica persino della stessa tradizione del nostro Paese . . . è la tradizione che alla responsabilità è legata

⁷²⁰ Cass., sez. III del 19 maggio 1993 (Biondi), Mass. Cass. pen., 1993, fasc. 11, 58 (m); v. anche, fra i giudici di merito, Pretura di Udine-Palmanova, 27 gennaio 1994 in *Giur. ambientale* 1994, 245.

⁷²¹ Palmieri. *Vajont Stava Agent Orange. Il costo di scelte irresponsabili*, cit. pp. 172-79; v. Giuseppe Tarzia. "La tutela giudiziale del diritto al risarcimento del danno da catastrofe." *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 842-48.

⁷²² Lord Cranworth, in *Rylands v. Fletcher* [1868] L.R. 3 H.L. 330. (La differenza notevole rispetto alla *Lex Aquilia* è che la sentenza inglese prescinde dalla colpa).

l'autorità e ad esse è legato l'obbligo di rispondere".⁷²³ È responsabilità del comandante di adoperarsi a mettere in salvo passeggeri ed equipaggio; ma egli non deve abbandonare la nave.⁷²⁴ Non suggerisco che i moderni capitani dell'industria, della politica, e tutti coloro ai quali viene affidato potere e autorità su altri uomini, debbano inabissarsi con la nave se gli eventi li sconfiggono. Voglio però sottolineare che essi devono comunque almeno comportarsi – e quindi devono avere la competenza e capacità per farlo – con la diligenza richiesta dagli standard imposti dall'industria, e dalla società in generale. Ai capi non deve essere concesso anche solo di congetturare che "la colpa è degli altri". Montanelli ha ricordato che si deve andare anche oltre: "[occorre affermare il principio] che include, anzi pone in testa ai doveri di un responsabile . . . quello di pagare anche le colpe non sue".⁷²⁵ Voglio ancora una volta ricordare che quando non si sono affrontati con competenza, capacità di previsione e anche di "visione", i prodromi di un evento catastrofico nelle sue componenti prossime e remote, la crisi che ne segue non è stata gestita con tutto l'impegno realisticamente e oggettivamente possibile, e ne sono seguite la perdita di vite umane, o la distruzione significativa di proprietà pubblica o privata, o gravi compromissioni dell'ambiente naturale, la causa ultima è sempre una deficienza del sistema, o il suo troppo stretto aggancio alla struttura gerarchica. Chi detiene l'autorità per prevenire, gestire, mitigare è, per definizione, "il responsabile" ed egli non può né incolpare il fato, né scaricare la responsabilità sui suoi collaboratori, né cercare di diluirla su tutta l'organizzazione. Deve tacere, e andarsene. Solo così si può essere certi che egli non potrà ripetere gli stessi comportamenti, e che il posto andrà ad altri nei confronti dei quali non esiste ancora la presunzione di incompetenza e incapacità che ormai vale per lui. Per questi "capitani" incapaci o sfortunati non può esservi appello. La sola cosa che conta è il fatto, semplice nella sua terribile laconicità, del successo o della sconfitta.

⁷²³ "On the sea there is a tradition older even than the tradition of the country itself . . . It is the tradition that with responsibility goes authority and with them goes accountability," *Image of command*, LCDR Steven H. Edwards USN, *Naval Institute Proceedings*, da *Reef Points*, cit. p. 273.

⁷²⁴ "Fight her 'till she sinks and don't give up the ship," Captain James Lawrence della U.S.S. *Chesapeake*, *Reef Points*, cit. p. 282.

⁷²⁵ Indro Montanelli. "Cesare, la moglie e il cittadino," in "Corriere della Sera" del 22 maggio 1998, p. 1.

XII. OBBLIGO DI COMUNICAZIONI IN BUONA FEDE NEI CONTRATTI

Tutti – non solo i professionisti della legge – sono esposti, ogni giorno, a situazioni nelle quali la buona fede e la correttezza giocano un ruolo preminente. La buona fede è un campo nel quale l'etica si sovrappone ampiamente con il comando della legge. Tracciare una linea di separazione fra norma di legge e imperativo di coscienza è spesso assai difficile. Ciò è particolarmente vero quando si tratta di definire l'obbligo di informazione nella fase di formazione di un contratto. In Italia la materia è trattata nell'articolo 1337 del codice civile che stabilisce che "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". La norma è completata dall'articolo 1338: "La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto". Non tutte le giurisdizioni hanno norme così precise. In quella americana, per esempio, esiste la diffusa convinzione che non esista obbligo di informazione precontrattuale, ma solo l'obbligo di buona fede nella fase di esecuzione del contratto. Questa scorretta impostazione ha ragioni storiche (ed è in via di superamento).

A. Cenni storici

Nella convivenza sociale, molto prima che si affermassero i sistemi delle leggi, gli individui trattavano i loro affari con correttezza, come imposto da antico e rigido uso. La correttezza era, nelle società ancestrali l'elemento vincolante; costituiva la base religiosa per all'obbligo di mantenere la parola data.⁷²⁶

I navigatori cartaginesi portavano le loro merci nelle più lontane regioni. Narra Erodoto come avvenivano le transazioni commerciali fra i cartaginesi e i selvaggi che abitavano oltre le Colonne d'Ercole. I cartaginesi portavano i sacchi di sale alla spiaggia,

⁷²⁶ V. Emilio Betti. *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: UTET, 1955, p. 41 e n. 4 (con un esempio attribuito ad Alvise ca' da Mosto).

e si ritiravano sulle loro navi. I selvaggi si avvicinavano, valutavano il valore del sale, depositavano una certa quantità della loro merce ("denaro") vicino ai sacchi, e si ritiravano a loro volta, senza toccare il sale. I cartaginesi ritornavano alla spiaggia e, se il "denaro" era sufficiente, lo prendevano e partivano (e i selvaggi venivano a prendere il sale). Se al contrario ritenevano che il corrispettivo non fosse sufficiente, si ritiravano di nuovo, e il rituale si ripeteva finché, o si raggiungeva l'accordo o si abbandonava l'affare. Tutti si attenevano alla regola della correttezza precontrattuale; e nessuno toccava la proprietà dell'altro finché non si era raggiunta la conclusione del contratto.⁷²⁷

Con l'avanzare della civiltà, gli individui acquistarono maggiore libertà con l'affermarsi dei contratti.⁷²⁸ La nozione che i contratti dovessero essere conclusi ed eseguiti in buona fede (*oportere ex fide bona*)⁷²⁹ era nota nel diritto romano.⁷³⁰ Nel periodo classico si ricorreva ai *judicia bonae fidei* per ottenere quanto spettasse *ex bona fide* da chi avesse violato l'obbligo di correttezza. E nel periodo giustiniano, dopo l'abbandono delle *formulae*, la nozione di buona fede inerì direttamente al contratto (*contractus bonae fidei*).⁷³¹ Il concetto di buona fede intesa come lealtà e correttezza era la base dei commerci nello *jus gentium*. Anche se l'aspetto più immediato della buona fede è la negazione della mala fede, il suo ambito, nella concezione romana, era molto più ampio, *manat latissime* scrisse il giurista Quinto Mucio Scevola.

Nota e spesso citata è l'opinione espressa da Cicerone sui requisiti di informazione di buona fede nelle vendite commerciali nel senso che la buona fede vietava al venditore di un bene di nascondere fatti che si riferivano al prezzo di mercato del bene, anche in assenza di qualsiasi affermativa comunicazione errata o fuorviante.⁷³² Cicerone discute il caso di un mercante che ha portato una nave carica di grano da Alessandria a Rodi in tempo di carestia e prezzi altissimi per il grano, che questo mercante sapeva, con certezza, che diverse altre navi avevano salpato da Alessandria cariche di grano ed erano dirette a Rodi, e pone la domanda: deve il mercante informare gli abitanti di Rodi sulla circostanza da lui osservata (le molte navi di grano in arrivo), o può tacere e vendere la sua merce al

⁷²⁷ V. *The Greek Historians*. Vol. 1 (trad. R.B. Godolphin e George Rawlinson). New York: Random House, 1942.

⁷²⁸ V. Arthur L. Corbin. *Corbin On Contracts*. 1952.

⁷²⁹ Vincenzo Arangio-Ruiz/Guarino. *Breviarium Juris Romani*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 68.

⁷³⁰ Biondo Biondi. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1972, p. 457.

⁷³¹ V. riferimenti in Nicola Walter Palmieri. "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations," 24 *Seton Hall Law Review* 70 - 213 (1993), p. 81.

⁷³² M. T. Cicero. *De officiis III*. 319; altro esempio, *id.* 14. V. riferimenti in Palmieri, *Good Faith*, cit. p. 82.

prezzo di mercato (che è altissimo dato che nessuno a Rodi conosce la circostanza che porterà di lì a poco all'aumento dell'offerta)? Cicerone precisa che il mercante è uomo virtuoso e onesto, il quale non nasconderebbe i fatti a lui noti se ritenesse un tale comportamento immorale, ma che, nel caso concreto, non è sicuro se il silenzio sia veramente immorale. Cicerone riferisce quindi l'opinione di due filosofi stoici, Diogene e Antipatro. Secondo Diogene, il mercante può tacere perché "*aliud est celare, aliud tacere*". Antipatro invece (la cui opinione è condivisa da Cicerone) ritiene che il silenzio del mercante sarebbe contrario a buona fede perché tutti i fatti devono essere comunicati per evitare che il venditore conosca dettagli che il compratore non conosce: "*omnia patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor norit, emptor ignoret*", dice Antipatro.

I giuristi del periodo post-classico ritenevano che l'obbligo di informazione si applicasse alla fase precontrattuale, ma che il rimedio potesse solo essere chiesto con azione contrattuale (*actio ex empto*), il che è comprensibile data la ancora forte influenza della tradizione classica delle rigide *litis actiones*. Non ci furono sviluppi degni di nota nel medioevo.

In Inghilterra apparve, nel '500, l'espressione *caveat emptor* ("stia in guardia il compratore") come risposta alla cultura che si stava trasformando: la diminuita presa della Chiesa, il declino dei principi etici, le frodi e gli abusi che i venditori perpetravano a danno degli acquirenti, l'incapacità degli enti amministrativi e dei tribunali a porvi freno. Il concetto di buona fede apparve ancora, in tutta chiarezza, nella causa *Carter v. Boehm*⁷³³ nella quale Lord Mansfield statuí che "la buona fede proibisce a ciascuna parte di nascondere ciò che essa sa privatamente, di indurre l'altra parte nell'affare solo perché ignora quei fatti e crede il contrario." In Francia Robert-Joseph Pothier sostenne che la soppressione, da parte di un contraente, di informazione non disponibile all'altro, equivale a frode, e vizia il contratto.⁷³⁴ Negli Stati Uniti venne decisa, nel 1817, la causa *Laidlaw v. Organ*.⁷³⁵ L'avvocato del ricorrente aveva citato a sostegno del dovere di informazione in buona fede l'opinione espressa da Pothier, ma il giudice Marshall della Corte Suprema non colse l'opportunità di affrontare la questione della buona fede precontrattuale, e la causa

⁷³³ Il concetto di buona fede apparve però chiaramente nella causa *Carter v. Boehm*, 97 Eng. Rep. 1162 (K.B. 1766) nella quale Lord Mansfield statuí che "la buona fede proibisce a ciascuna parte di nascondere ciò che essa sa privatamente, di indurre l'altra parte nell'affare solo perché ignora quei fatti e crede il contrario."

⁷³⁴ Robert-Joseph Pothier. *Traité du contrat de vente*. Paris-Orléans, 1772, Nos. 233 - 241. V. riferimenti in Palmieri, *Good Faith*, cit. pp. 121 seq.

⁷³⁵ 15 U.S. (2 Wheat.) 178, 185 n. 2 (1817).

venne decisa su motivi procedurali; tuttavia, in un *obiter dictum*, la Corte Suprema notò che l'obbligo di comunicazione, come espresso da Pothier, andava oltre a quanto il diritto americano esigea. Così si arrestò l'ulteriore sviluppo del concetto di buona fede precontrattuale negli USA, dove si continuò, per due secoli, ad applicare *caveat emptor* (importato dall'Inghilterra). In Germania, il giurista Jhering "scoprì" nel 1861 *culpa in contrahendo*, un concetto simile alla norma italiana.

B. La buona fede precontrattuale nel diritto italiano

In Italia, la buona fede limita l'autonomia e la libertà delle parti sia nelle trattative contrattuali sia nella esecuzione. La libertà di come i privati intendono condurre le trattative trova il suo limite nella buona fede. Le parti devono informarsi reciprocamente sulle circostanze che esse conoscono o potrebbero conoscere con la normale diligenza.⁷³⁶ E' nullo per contrarietà all'ordine pubblico (articolo 1229 (2) c.c.)⁷³⁷ qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità, generale e indiscriminata, di violazione dell'obbligo di buona fede. Recentemente, la Corte d'appello di Milano ha riconosciuto che l'obbligo di buona fede precontrattuale si applica nel caso di vendita di beni mobiliari. Una banca intermediaria (che non aveva essa stessa emanato il prospetto) aveva, con la sua consulenza, indotto i clienti a trasferire i loro risparmi su titoli diversi, e questi avevano subito perdite. La Corte statuì che la banca doveva rispondere non in base al concetto generale della responsabilità extracontrattuale (basata sul *neminem laedere*) ma in base alla violazione della fiducia che i clienti avevano in essa riposta. Questa responsabilità, secondo la Corte, si basava sull'art. 1337 c.c. perché la *culpa in contrahendo* è intesa ad assicurare, nell'interesse generale della società, la funzionalità del mercato e l'ordinato flusso dei commerci, oltre a proteggere l'affidamento che una parte ha riposto nelle comunicazioni ricevute dall'altra.⁷³⁸

La violazione di questo obbligo di comunicazione (veritiera e completa) integra

⁷³⁶ Relazione al codice civile: "Il legislatore del 1942 ha costantemente equiparato, ai fini del sorgere del dovere di comunicazione, la conoscenza delle circostanze da rendere note alla loro conoscibilità" (sempreché l'altra parte non avrebbe potuto conoscerle, precisa la Relazione). V. per tutti Francesco Benatti. *La responsabilità precontrattuale*. Milano, 1963. V. ampi riferimenti in Palmieri, *Good Faith*, cit. pp. 201 - 209.

⁷³⁷ Esoneri e liberazioni apacifici e ben delimitate di particolari sono permessi a meno che siano fatti con dolo o colpa grave (articolo 1229 (1) c.c.).

⁷³⁸ App. Milano, 2.2.1990, *Giur. comm.*, 1990, II, 755. Per ulteriori dettagli v. Palmieri, *Good faith*, cit. p. 205.

responsabilità *in contraendo* e obbliga al risarcimento dei danni per spese, opportunità mancata e tempo perso nelle trattative. La prevalente dottrina considera la responsabilità di natura contrattuale (articolo 1218 c.c.). Questo orientamento si basa sul concetto che la buona fede precontrattuale è un'estensione della buona fede contrattuale ed è perciò coerente "attribuire identica natura alla responsabilità per violazione del dovere di buona fede sia che esso si ricolleggi al rapporto contrattuale sia che si fondi sul rapporto prenegoziale".⁷³⁹ Al contrario, la prevalente giurisprudenza tratta *culpa in contrahendo* come responsabilità extracontrattuale. Una situazione particolare si crea quando una parte si ritira da trattative seriamente iniziate in cattiva fede o senza giustificato motivo, e l'altra parte ha fatto affidamento sulle trattative precontrattuali che avrebbero potuto condurre al contratto. In questi casi la parte non in colpa può chiedere i danni rappresentati dall'interesse negativo cioè dall'*id quod interest contractum initum non fuisse*. Questi danni da affidamento sono generalmente limitati alle spese sostenute e l'opportunità mancata che la parte innocente non avrebbe subito se non avesse cominciato le trattative.⁷⁴⁰

C. *Culpa in contrahendo* nel diritto tedesco

Il principio delle comunicazioni di buona fede precontrattuali è fermamente radicato nel diritto tedesco. Autori e i tribunali riconoscono che con l'inizio delle trattative (o quando le parti entrano in contatti d'affari paragonabili a trattative) si crea una relazione di fiducia simile a un contratto (*vertragsaehnliches Vertrauensverhaeltnis*) che obbliga le parti alla diligenza "fra debitori" (*Sorgfalt von Schuldner*). Prima della conclusione del contratto si creano doveri di comunicazione e informazione di buona fede (*Offenbarungs- und Mitteilungspflichten*). La Corte suprema tedesca ha in passato statuito che questo obbligo si basava sull'esistenza di condizioni implicite, ma l'insegnamento contemporaneo è che la relazione legale scaturisce direttamente dall'inizio delle trattative contrattuali e vincola le parti a comportarsi con ragionevole diligenza.⁷⁴¹ La base di responsabilità per violazione dell'obbligo è la colpa aquiliana. La responsabilità può derivare sia da dolo sia da negligenza, include il fatto dei rappresentanti e procuratori, ed è basata sulla violazione dell'obbligo di comunicare, informare, proteggere, prendere cura, assistere (*Aufklaerung*,

⁷³⁹ Francesco Benatti. "Culpa in contraendi", *Contratto e impresa*, 1987, p. 304.

⁷⁴⁰ V. giurisprudenza e dottrina in Palmieri, *Good faith*, cit. p. 208-209, n. 609.

⁷⁴¹ V. p. es., RGZ 74, 125. V. Planck-Sibert, *Vorb. I 4c vor § 276*, e altri, in Soergel-Reimer Schmidt. BGB, n. 4, p. 254; orientamento più recente: BGHZ 6, 333; rif. In Palmieri, *Good faith*, cit. p. 210.

Beratung, Schutz, Obhut, Fuersorge). E' richiesto un alto grado di diligenza (*Ruecksichts- und Erhaltungspflicht*) e, come nel diritto italiano, la responsabilità – impostata sul dovere di reciproco riguardo, assistenza e lealtà, *gegenseitige Ruecksichtnahme, Fuersorge und Loyalitaet* – è prescritta dalla legge. L'essenza della *culpa in contrahendo* è bene espressa dalla frase tedesca che essa si basa sull'aver una parte concessa la sua fiducia e l'altra ne ha approfittato (*Gewahrung in Anspruch genommenen Vertrauens*).

D. Commento

Come ho accennato, nel diritto americano si sta affermando il concetto che non esiste buona ragione per sostenere che informazioni rilevanti ai fini della conclusione del contratto non debbano essere comunicate nella fase precontrattuale. La teoria, cara ai giuristi americani, della libertà negoziale a oltranza, non è contraddetta dall'obbligo di comunicazione in buona fede. Come aveva già detto il prof. Corbin, la libertà è limitata "da ciò cui la società organizzata rinuncia da un lato e ciò che essa impone dall'altro".⁷⁴² Le parti possono accordarsi a escludere specifici obblighi di comunicazione, a condizione che tali esclusioni non offendano il principio superiore di onestà, fiducia e cooperazione, indispensabili per ogni relazione commerciale basata su connotazioni etiche. Alla fine, quello che conta è di stabilire in quale tipo di società si vuole vivere e quali norme etiche debbano essere imposte, anche nelle relazioni d'affari. In America, l'etica del mondo degli affari sta dando segni di volersi dirigere verso un orientamento in base al quale venga riconosciuto l'obbligo delle parti di comunicarsi tutti i fatti rilevanti.

Una corretta impostazione delle relazioni commerciali esige che l'acquirente acquisti e il venditore venda a un prezzo che sia commensurato alle aspettative di entrambi. Se si permette l'occultamento di informazione in violazione a questa comprensione dell'affare, si crea inefficienza economica. La legge non deve esigere che si debbano mettere in atto costose misure difensive per proteggersi contro la mala fede. E difatti, non lo fa.

⁷⁴² Corbin, cit. p. 1165.

XIII. IL CONTROLLO DELL'INFORMAZIONE – RIVOLUZIONE E CONTRORIVOLUZIONE

Stati Uniti, Francia, Germania, Italia sono fra i Paesi democratici dell'Occidente che sono tornati a più rigidi controlli della libertà dell'informazione, specialmente in Internet.⁷⁴³ La UE guida i Paesi europei sulla via delle nuove forme di controllo e censura.

Il recente intensificarsi di attacchi terroristici, certamente non dovuto alla sempre più ampia affermazione della libertà dei cittadini, è diventato il pretesto per introdurre limitazioni alla libertà. Nessuna prova è stata fornita – e difficilmente verrà fornita – che, con le leggi e le tecnologie avanzate degli Stati Uniti, i recenti episodi di terrorismo non si sarebbero potuti prevedere e mitigare. Invece, l'inazione e l'incompetenza di coloro che avrebbero dovuto reagire è stata coperta con attacchi alla libertà di coloro, i cittadini, che avevano affidato al governo, e specificamente alle forze armate, il compito e il dovere di provvedere alla loro sicurezza.⁷⁴⁴

Leggi come il CDA americano prevarranno, prima o poi; e comunque, nonostante le sconfitte che esse subirono sul terreno della costituzionalità, esercitano già grande forza deterrente.⁷⁴⁵ Chi vorrebbe aiutare, attraverso Internet, le vittime di una violenza carnale, chi vorrebbe consigliare i giovani perché evitino il contagio dell'AIDS, chi vorrebbe istruire sul controllo delle nascite, chi si azzarderebbe a partecipare a un discorso costruttivo sui pericoli di relazioni sessuali in età troppo giovanile, quando per far questo rischiasse di essere mandato in prigione? Chiunque potrebbe farlo facilmente ed efficacemente in Internet – ma se ne asterrà per evitare anche solo il fastidio dell'incriminazione. Desiste sotto

⁷⁴³ V. *supra* Cap. V. V. GILC. "Regardless of Frontiers," <http://www.gilc.org/speech/report/>.

⁷⁴⁴ Atti di terrorismo ci sono sempre stati (e ci saranno) sia in regimi democratici che nelle dittature. Le leggi "troppo" liberali non hanno mai facilitato l'atto terroristico, perché il terrorista determinato – e con fede nella sua causa – trova sempre il momento per colpire. Quello che si può fare, invece, è osservare con massima attenzione e assiduità i segnali prodromici, interpretarli, non avere paura di agire in prevenzione, ed essere pronti a mettere in atto tutte le misure idonee a contrastare le azioni terroristiche in atto, e mitigarne gli effetti.

⁷⁴⁵ "The effects of chill may be particularly important to free speech doctrine on the Internet. There, the well-funded media plaintiffs who have played such a role in establishing free speech law give way to "citizen-publishers" of cyberspace who have no such resources." Boyle. "The First Amendment," cit. L'autore ricorda che la Corte Suprema ha indicato che l'onere finanziario e pratico che comporta l'adempimento di certe regole legali è un fattore importante nell'interpretazione del 1° Emendamento, id., nota 48.

l'influenza dell'effetto "gelo". Vite che si potrebbe salvare saranno distrutte, tragedie che si potrebbero evitare si compieranno a causa della miope e unilaterale intransigenza.

Con il pretesto di proteggere inventori e autori – ciascuno, individualmente, degno del nostro incondizionato appoggio – si gioca la partita dello sfruttamento industriale a oltranza da parte di quei pochi Paesi che hanno il maggior numero di brevetti e opere coperte da diritti d'autore, e stanno imponendo a tutto il mondo le norme che assicurano la più ampia possibile protezione dei loro interessi. I Paesi in via di sviluppo, e naturalmente i meno sviluppati, sono i più danneggiati da questa politica di protezione globale perché, aderendo ai trattati internazionali che vengono loro imposti in cambio di sovvenzioni, agevolazioni di dazi doganali e altre facilitazioni, compromettono la loro abilità di produrre o importare a costi sopportabili, medicinali e altri prodotti indispensabili per la salute pubblica e per la loro economia di sopravvivenza. I Paesi che hanno fatto della protezione dei diritti di proprietà intellettuale una massima priorità della loro politica estera giocano spesso le carte in modo sleale: basti mettere a raffronto la protesta statunitense manifestata al governo thailandese quando questo Paese si accingeva a registrare gli effetti terapeutici, conosciuti dall'antichità, di sostanze naturali locali; e la concessione, in America, di brevetti a industrie degli Stati Uniti per queste stesse sostanze (con ovvio danno all'economia, già povera, dei Paesi "proprietari" originali delle sostanze in questione). E basta pensare all'esempio di pratiche di sfruttamento indegne, come quella delle sementi "Terminator" della Monsanto (naturalmente coperte da brevetto americano e di altri Paesi). Mentre è invalsa la prassi, inaccettabile, che gli Stati Uniti impongono al mondo intero la loro giurisdizione, parallela a quella del WTO.

Nel campo dei diritti d'autore, i Paesi in via di sviluppo sono massimamente danneggiati dai recenti inasprimenti delle protezioni. Norme come quelle contenute nel WCT limitano fortemente l'accesso all'informazione, alla conoscenza, e quindi all'avanzamento, di cui i Paesi in via di sviluppo hanno grande bisogno. E' certamente corretto assicurare il ricupero dei costi sostenuti, più un ragionevole profitto, a chi "produce" informazione; ma mi pare sarebbe altrettanto corretto che l'informazione, una volta prodotta ma non "venduta", e non vendibile, a chi non ha i mezzi per acquistarla (non sono potenziali "clienti" e non sono mai stati contemplati come tali nei calcoli dei costi di produzione), venga resa disponibile a questi utenti a costo marginale zero (o con un surplus minimo). L'informazione deve essere libera. L'informazione non deve essere negata a nessuno. L'informazione non è "escludibile".

Coloro che hanno voluto e imposto la eccessiva protezione dei diritti d'autore non

sono indietreggiati neppure dinanzi alla violazione delle altre norme che tutti ritenevamo inviolabili: le leggi antitrust. La Direttiva 2001/29 (come il suo modello, il DMCA; e il WCT) legalizzano gli abusi di condotte anticompetitive: sembra che una Direzione Generale non parli con l'altra, che il Ministero del commercio americano non parli con il Ministero della giustizia. Eppure, nella causa U.S. v. Microsoft, quando la convenuta azzardò la frase "abbiamo un diritto assoluto di fare uso del nostro copyright come vogliamo" la Corte d'appello federale aveva bene chiarito il concetto: "i diritti di proprietà intellettuale non conferiscono il privilegio di violare le leggi antitrust". La Microsoft, il cui comportamento anticompetitivo è stato stabilito (con sentenza passata in giudicato) può però continuare a monopolizzare il mercato.

C'è in agguato quella che Lessig chiama la "triade" invincibile, (1) l'industria che vuole sempre maggiori profitti; (2) i governi, che vogliono sempre maggiore controllo sui sudditi; (3) i giudici, che vogliono sempre più potere (anzi, onnipotenza, che naturalmente è sempre insidiata da troppa libertà). Alla triade fanno da platea gli eserciti dei trapanatori di assi sottili, irregimentabile e facile preda di manipolazione e indottrinamento. Non si accorgono di nulla. Non oppongono resistenza. Non fanno domande.⁷⁴⁶

Internet ci è sembrato subito lo strumento ideale per facilitare l'effettivo esercizio della libertà di espressione, per ampliare la nostra conoscenza, per allontanarci dai perniciosi isolamenti nazionalistici. Il ciberspazio ha tutto il potenziale per semplificare, per ridurre la rilevanza dei confini fisici territoriali, per ridimensionare i livelli e il potere dei governi, perché, come ha osservato la Corte Suprema americana nel caso *Reno v. ACLU*, essa si trova in nessuna particolare località geografica ma è a disposizione di chiunque, ovunque nel mondo.⁷⁴⁷ Internet sembra essere lo strumento adatto per dare una spinta risolutiva al superamento del culto dello stato nazionale, grazie all'effetto omogeneizzante che la Rete avrà sulle masse, specialmente di giovani, i quali sempre in maggior numero si sentono cittadini del ciberspazio dove possono travalicare le (per loro non più accettabili) limitazioni nazionali.⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ V. Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 268.

⁷⁴⁷ V. Post. "Unsettled Paradox" cit.; Johnson and Post. "The New 'Civic Virtue' of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace," cit.

⁷⁴⁸ Johnson and Post. "The New 'Civic Virtue' of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace," www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue, cit. at 16: "In the special context of a need to govern the online world, however, there may be a better alternative. Participants in online spaces cannot readily make use of the basic ideas of geographically defined representative democracy. There is no way to meaningfully provide equal votes to online 'citizens,' who are not for this purpose whole people entirely located in particular territorially defined 'places.'"

Molti di noi pensavano (o speravano) che con Internet fosse giunta l'era del libero scambio dell'informazione, a livello globale. Il Barlow era il profeta di questa nuova era quando, nel 1996, formulò la sua "dichiarazione di indipendenza del cibernazio" che contiene il seguente passaggio: "Governi del mondo industriale, voi esausti giganti di carne e acciaio, io vengo dal cibernazio, la nuova sede della Mente. In nome del futuro, chiedo a voi del passato di non disturbarci. Non siete benvenuti fra noi. Non avete sovranità là dove noi ci riuniamo. . . . Nella Cina, in Germania, Francia, Russia, Singapore, Italia e negli Stati Uniti voi state cercando di tener fuori il virus della libertà erigendo posti di guardia alle frontiere del cibernazio. Questi terranno lontano il contagio per un breve periodo di tempo, ma non funzioneranno in un mondo che fra poco sarà coperto dai media fatti di "bit". Ci spargeremo sull'intero pianeta in modo che nessuno possa arrestare i nostri pensieri."⁷⁴⁹

Il ritorno al senso di realtà è incapsolato nelle parole di Gordon Cook: "La rivoluzione Internet è venuta ed è andata."⁷⁵⁰ Sempre più Stati stanno esercitando un controllo sempre più pervasivo su Internet; e lo strumento di libera espressione, appena nato, viene sminuito, e rischia l'annientamento.⁷⁵¹ Scrive Lessig: "Siamo una democrazia che è sempre più controllata dai giudici. Eleggiamo un Congresso che è sempre più prigioniero della lobby dei gruppi di interesse. E siamo una cultura che nel profondo crede . . . che l'aumento di controllo (statale) sia la cosa giusta da fare."⁷⁵²

La libertà di espressione è insidiata. I governi – Stati e associazioni di Stati – con il pretesto di assicurare "incentivo" di creatività, permettono all'industria la sistematica

⁷⁴⁹ John Perry Barlow. Barlow@eff.org. "A Declaration of the Independence of Cyberspace," February 8, 1996. <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> ("Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather. . . . In China, Germany, France, Russia, Singapore, Italy and the United States, you are trying to ward off the virus of liberty by erecting guard posts at the frontiers of Cyberspace. These may keep out the contagion for a small time, but they will not work in a world that will soon be blanketed in bit-bearing media. . . . We will spread ourselves across the Planet so that no one can arrest our thoughts.")

⁷⁵⁰ "The Internet revolution has come and gone. It has created a tremendous burst of innovation burst that now looks to have been mismanaged. . . . [T]he people who did the least to advance the new technologies seem most likely to control them. We are left not with the edge-controlled intelligence of the network but with the central authoritarian control of the likes of AOL Time Warner." Gordon Cook, "The Meaning of Current Events," The COOK Report, June 20, 2001, <http://cookreport.com>.

⁷⁵¹ Boyle. "Cruel, Mean, or Lavish?" cit. p. 2034.

⁷⁵² "We are a democracy increasingly ruled by judges. We elect a Congress that is increasingly chained by lobbyists. And we are a culture that deep down believes in this counterrevolution: that strangely thinks that this increase in control makes sense." Lessig, *The Future of Ideas*, cit. p. 267. I controlli biometrici stanno facendo progressi. V. David McGuire. "Military, Private Sector Rush to Adopt High-Tech Security Technology," <http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn>.

distruzione dei concorrenti non allineati, il divieto di copiare legittimamente qualsiasi parte di un'opera, la facoltà di effettuare monitoraggi invasivi che si credeva appartenessero alla fantascienza, l'attentato alla privacy, l'assalto alla architettura aperta che è l'aspetto più attraente di Internet. I governi non sembrano avere ancora le idee chiare su come procedere, ma sanno che "è necessario esercitare il controllo"; essi non cercano di trovare l'equilibrio con l'utilità di fornire incentivo e l'esigenza del libero flusso della informazione.⁷⁵³

Il prof. Lessig iniziò la sua conferenza sulla "Free Culture" (agosto 2002) con il ritornello: "Creatività e innovazione costruiscono sempre sul passato. Il passato cerca sempre di esercitare il controllo sull'innovazione che si fonda su di esso. Le società libere rendono possibile il futuro limitando questo potere del passato. La nostra sta diventando una società sempre meno libera." Lessig aggiunge: "Il sistema dei brevetti e del copyright ci hanno sottratto la libertà." Ma nessuno si muove.⁷⁵⁴

Perché è Internet così temibile a confronto di tutti gli altri mezzi che nel corso dei secoli hanno in definitiva disseminato lo stesso tipo di informazione? La risposta è semplice: gli altri mezzi avevano una dimensione fisica – un libro, un apparecchio radio o televisivo, cinematografico, una cassetta, disco – ed essendo presenti nel mondo fisico potevano essere controllati, insieme a quelli che vi accedevano o li usavano. Internet non è "presente" nel mondo fisico, essa esiste in un mondo virtuale che sfugge, che riesce a sopravvivere a interferenze, alle perdite di corrente, agli inceppamenti, che gira intorno agli sbarramenti, evita le interruzioni, si oppone alle mutilazioni e ai sabotaggi. Internet è stata creata per emergere, pienamente funzionante, dopo un attacco bellico devastante. Ora sta prendendo d'assalto il mondo. Internet spaventa perché nessuno riuscirà a chiamarla indietro. Sarà veramente la repressione l'arma vincente?

Dice il Boyle a proposito del copyright: "Sarebbe veramente ironico se la apertura

⁷⁵³ La Corte suprema americana, che ha stroncato nel 1984 con "Betamax" l'attacco dell'industria del copyright, non negherà probabilmente validità alle recenti leggi restrittive della libertà dei cittadini—come per esempio il DMCA—e non richiamerà probabilmente alla ragione i politici, succubi delle richieste bizzarre e anche allucinanti dell'industria. I tempi, in effetti, sono cambiati; la posta in gioco è molto più alta: Betamax era solamente un sistema di copiatura, Internet è l'affrancamento delle masse dal sistema. Il gioco non è più lo stesso. Secondo la Corte suprema, un po' di immagini indecenti si può anche permettere (CDA); se però la corte non accetterà il riesame del caso DeCSS, essa darà il segnale che l'indipendenza del pensiero—e del sapere—non è degna di difesa.

⁷⁵⁴ La stessa frase venne usata dalla giornalista dell'"Unità" Tina Merlin quando era ormai visibile a tutti che il versante sinistro del Monte Toc stava precipitando nel serbatoio del Vajont. La Merlin venne incriminata; nessuno si mosse; duemila persone persero la vita.

e la resistenza al controllo centralizzato, pubblico o privato, che rendono Internet così attraente come mezzo per la diffusione della parola, o come uno 'spazio sociale persistente', dovessero essere erose in nome del vantaggio economico di quei pochi che possono realizzare le loro strategie industriali, e quindi fare profitti anche al di là e al di fuori di quanto loro spetterebbe, attraverso la continua espansione dei diritti d'autore. Invece di essere un motore della libera espressione, il copyright diventerebbe la nemesis delle strutture che permettono tale espressione".⁷⁵⁵ Ironico o no, sarà proprio così se il pubblico si lascerà espropriare il diritto di usare liberamente fatti e idee, di godere liberamente gli usi permessi, di accedere liberamente alle *res communes omnium* – le opere che da secoli e millenni appartengono alla cultura di tutti (e non all'industria che si basa sullo sfruttamento dei diritti d'autore per cercare di impedirne la copia e il possesso, in quanto "sarebbe complicato discernere fra opere protette e non protette").⁷⁵⁶ Dato che sarà vietato non solo usare le tenaglie per tagliare il filo spinato, ma anche produrre e vendere tenaglie, non potremo neppure fare come facevano i nostri padri durante la seconda guerra mondiale quando ascoltavano Radio Londra. Si sarà "bruciata la casa per arrostitire il maiale".⁷⁵⁷

Governo, industria, giudici prevarranno? Il pubblico sarà contento di lasciarsi espropriare la sua appena conquistata libertà, convinto che è "giusto" stringersi intorno alle case che producono informazione da spettacolo per aiutarle a difendere i loro interessi finanziari (a danno degli stessi autori) dai ladri e pirati? Il pubblico continuerà a ripetere, senza informarsi, il ritornello che ci vogliono 3 minuti per copiare un CD mentre ci vogliono 3 anni di carcere per scontare la pena⁷⁵⁸ (più di quanto viene inflitto a chi, violando le norme sulla circolazione, con grave colpa uccide sulla strada)?⁷⁵⁹

⁷⁵⁵ Boyle. "The First Amendment," cit.

⁷⁵⁶ Inclusa la musica di Verdi e Mozart perché i dispositivi di protezione impediranno non solo la copia della musica sotto copyright ma anche di quella libera ("spiacenti, non si può fare diversamente"). Non usa la Walt Disney Corporation liberamente le fiabe dei fratelli Grimm? (Così deve essere; e così dovrebbero essere libere a tutti, dopo alcuni anni–diciamo 17 anni, come nel caso dei brevetti–le opere della Walt Disney stessa). (L'industria applica a se stessa considerandoli legittimi gli stessi criteri che invece addebita alla Napster tacciando però questa di comportamento scorretto).

⁷⁵⁷ "Burning down the house to roast the pig," aveva detto il giudice della Supreme Court Frankfurter in *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380, 383 (1957).

⁷⁵⁸ In Italia. V. pubblicità a piena pagina di BSA, per esempio, in "La Repubblica" del 28 settembre 2001, da me però modificato (ho usato "CD", nella pubblicità c'è "software", e il testo esatto è "potrebbero volerci tre anni": l'effetto minatorio del messaggio – per l'uomo qualunque – non cambia).

⁷⁵⁹ V. l'istruttiva frase contenuta in un saggio di Dorn (James A. Dorn, "Trade and Human Rights: The Case of China", the *Cato Journal*, vol. 16 No 1, in <http://www.cato.org/pubs/journal/cj16n1-5.html>) in cui si legge che gli USA avrebbero il diritto di "penalizzare" la Cina se questa utilizzasse schiavi o prigionieri per

La scala dei valori è sovvertita. Dmitri Sklyarov rischia 25 anni di prigione per avere comunicato a un convegno a Las Vegas come aggirare le deboli protezioni della Adobe. Il Forno, riferendosi alle grandi società padrone del copyright, parla dei "Visigoti corporativi della California". Le nuove leggi di copyright vengono chiamate "*Mickey Mouse Protection Acts*" (con evidente doppio senso). E con buona dose di temerarietà, il deputato democratico della California Howard Berman è arrivato al punto di volere una legge che autorizzi l'industria dello spettacolo a impegnare tattiche "*hackers*" per infiltrarsi nei PC privati e scoprire se hanno illegalmente scaricato film o musica.

Il pubblico non ricorda che è stato proprio Walt Disney a insegnare al mondo come "rubare" la "proprietà intellettuale" altrui. Il pubblico non si chiede perché sia necessaria la reclusione fino a cinque anni (per ogni violazione: quindi moltiplicabile forse per cinque, magari per dieci) per punire chi usa il DeCSS allo scopo di vedere e ascoltare un DVD, regolarmente acquistato, con un sistema diverso da Microsoft Windows o Macintosh. Il pubblico non si chiede quale bene superiore, necessario alla pacifica convivenza degli uomini, sia stato insidiato o violato da una condotta che, a un osservatore comune, salvo essere ingiustificatamente vietata da curiose leggi come la Direttiva 2001/29, sembra del tutto legittima (un *fair use* o l'esercizio di un diritto vero e proprio). Il pubblico ha rinunciato a meravigliarsi di coloro cui esso stesso ha affidato il potere di approvare ed emanare leggi penali così inutili e così palesemente violative dei suoi diritti fondamentali. La persistente pubblicità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in Italia, contribuisce ogni giorno a convincerlo. Nessuno si scandalizza sul fatto che, a chi spende miliardi di euro in ricerca per salvare milioni di vite umane, viene concessa l'esclusiva di soli venti anni per recuperare l'investimento fatto, mentre per chi scrive una canzonetta o un programma software la protezione viene concessa per 130 anni (e anche di più). Il pubblico sa che un software, a voler essere ottimisti, diventa obsoleto e inutile dopo cinque anni, e che una protezione fino a 70 anni dopo la morte del programmatore è ridicola, nel mondo digitale. Il pubblico non protesta. Se mai qualcuno tentasse di ribellarsi, la triade troverebbe il mezzo per persuaderlo a tacere.

Occorre invece uscire dall'impasse. Serve una terapia shock, una medicina che

lavori forzati o se violasse le leggi di copyright [non quelle dei brevetti!] americani. (*"In the event that China uses slave or prison labor, or violates U.S. copyright laws, the U.S. would be justified in penalizing the rights' violators"*). Non posso dire che è ameno (perché la cosa è troppo seria) vedere accomunati, sullo stesso livello, schiavitù e violazione delle leggi americane del copyright: comunque, "*it doesn't pass the giggle test,*" (non supera la prova del sorriso) si direbbe in America.

agisca alla radice. Servono idee nuove, chiare, rivoluzionarie, coraggiose.

Il Lessig, rifacendosi alla vecchia diatriba che divide i fautori del controllo di Stato e quelli del controllo di mercato sulle gamme di frequenze radio,⁷⁶⁰ si chiede se un controllo sia necessario del tutto, o se non sia preferibile condividere piuttosto che attribuire lo spettro di radiofrequenze, e propone di rendere tale spettro, almeno in grande parte, libero, una *res communis omnium*.⁷⁶¹ (Il passo successivo, assai più controverso, sarebbe quello di liberarlo anche dal controllo di mercato).⁷⁶² “C’è l’opportunità di aprire e rendere libero uno strato cruciale dell’architettura comunicativa. . . . Mantenendolo libero si stimolerebbe un’ampia gamma di innovazione. Ma invece di incoraggiare l’uso di questa risorsa . . . stiamo velocemente allontanando da noi l’opportunità di questo bene comune, lasciamo che ci venga imposto un sistema perfetto di controllo; e ci arrendiamo alla nozione che il controllo è preferibile alla libertà”.⁷⁶³

⁷⁶⁰ Per es., Ronald Coase, Thomas Hazlett; e, sull’altro fronte, la Corte Suprema americana, v. National Broadcasting Corp. v. U.S., 319 U.S. 190 (1943).

⁷⁶¹ Il risultato delle applicazioni sperimentali di Hughes e Hendricks porterebbero a un Internet senza fili, superveloce e supereconomico. Id. p. 81. (Non sarebbe il solo caso di movimento dal filo all’aria, o dall’aria al filo, quello che viene chiamato il “Negroponte switch”), id. p. 243. Secondo Lessig quindi, il primo passo verso l’innovazione nell’uso dello spettro è di liberarlo dal controllo governativo, essendo pacifico, fra gli esperti, che l’unico “contributo” dello spettro controllato dal governo è l’opportunità che così si crea per proteggere tecnologie obsolete da quelle d’avanguardia. L’innovazione si muove troppo lentamente quando deve costantemente chiedere permesso agli enti governativi. V. Lessig. *The Future of Ideas*, cit. p. 73-76. Lessig ricorda al riguardo le attività pionieristiche di David Hughes e di Dewayne Hendricks. V. “Wireless hitchhikers branded as thieves,” in <http://news.bbc.co.uk/2/low/technology/2268224.stm>.

⁷⁶² Id. pp. 84, 227. I fautori del controllo di mercato sostengono che è necessario razionare il mercato sia per evitare sprechi e uso eccessivo sia per creare incentivi idonei a migliorare l’efficienza; uno spettro comune condurrebbe “al disastro”. Sta di fatto, osserva Lessig, che entrambe queste teorie sono intese a eliminare il potere dei controllori governativi perché tale potere restringe il campo della libertà di espressione; ed entrambe premono perché si arrivi a un cambio radicale nelle politiche di gestione in modo che gli innovatori non debbano soggiacere al beneplacito dei politici prima di poter esercitare il loro diritto di innovazione. L’alternativa che si pone è ridotta al controllo di mercato e alla libera disponibilità dei beni. Lessig non ritiene che si debba fare una scelta categorica, e suggerisce che si potrebbe incominciare a utilizzare, bilanciate, entrambe le alternative, riservando una porzione minore all’uso riservato e destinando la porzione maggiore all’uso libero. “The government’s role should be to induce investment where there is a great deal of social value to be created. This is precisely the opportunity with unlicensed spectrum.” Id. p. 222.

⁷⁶³ Id. pp. 232-33. (“We don’t yet have a full property regime for allocating and controlling spectrum. Yet we are still being driven to embrace this single view. We are racing to deny the opportunity for balance, pushed (as we always are) by those who have the least to gain from a world of balance. The possibility of a world of commons at the physical layer is ignored; even the chance to experiment with the commons is denied. Instead, policy makers on the Right and on the Left race to embrace a system of perfect control. So strong is this idea of property, so unbalanced is our understanding of its tradition, that we embrace it fully, without limitation, even when it doesn’t yet exist, and even when the asset being assigned a property right is not – like the wires of AT&T’s cable or the creative genius behind Disney’s Mickey Mouse – something anyone has created. We are racing to assign property rights in the air, because we can’t imagine that balance could do better”). Id. p. 233. (“It is clear that we are expanding . . . control with no sense of what is lost. The shift is not occurring with the idea of a balance in mind. Instead, the shift proceeds as if control were the only value”). Id. p. 99.

A giudicare dalle leggi recentemente emanate in materia di limitazione della libertà e di superprotezione del copyright si ha l'impressione che lo Stato avverta la presenza di una gigantesca insidia all'ordine sociale, perpetrata da tutti questi cittadini ladri e pirati (che pensano di non esserlo, dicono alla BSA), gente che solleva dai cardini le fondamenta della civiltà. L'industria "vecchia" e priva di idee, assistita dalle difese a oltranza prestate, con sospetta solerzia, dalla macchina statale, conduce la sua stolta guerra contro l'innovazione e la creatività. Il risultato inevitabile, confermato innumerevoli volte dalla storia, sarà che il verdetto verrà dal mercato. Saranno alla fine i consumatori a dettare le regole del gioco, a separarsi dai prodotti antiquati, non competitivi, non in linea con i tempi, intenzionalmente resi difficili da utilizzare.

La libertà è fragile, e facilmente la si perde. E chi la perde, dovrà chiedersi se ha fatto la sua parte per conservarla, ricordando a se stesso il detto: "Se non sapete combattere per la vostra libertà vuol dire che non la meritate."⁷⁶⁴

⁷⁶⁴ *"And If You Can't Fight For Your Freedom . . . You Don't Deserve It."*

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ACLU. "Censorship in a Box," <http://www.aclu.org/issues/cyber/box.html> 16
- ACLU. "Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?" <http://www.aclu.org/issues/cyber/burning.html> . . . 51
- Adams, Rod. "Atomic Insights," in <http://www.atomicinsights.com> 225
- Alpa, Guido [et al]. *La tutela del navigatore in Internet*. A cura di Antonio Palazzo e Ugo Ruffolo. Milano : Giuffrè, 2002 8
- Anderson, Christopher, "A Survey of the Internet: The Accidental Superhighway," "The Economist" del 1° luglio 1995, anche in <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/accidentalsuperhighway.htm> 14
- Antonucci, Antonella [a cura di]. *E-commerce: la direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*. Milano: Giuffrè, 2001 9
- Arangio-Ruiz, Vincenzo/Guarino. *Breviarium Juris Romani*. Milano: Giuffrè, 1962 249
- Armstrong, Kenneth A. "Civil Society and the White Paper – Bridging or Jumping the Gaps?", in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers> 196, 197
- Barlow, John Perry. Barlow@eff.org. "A Declaration of the Independence of Cyberspace," February 8, 1996. <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> 257
- Beccaria, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Roma: Newton, 1994 220
- Benatti, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Milano, 1963 251
- Benatti, Francesco. "Culpa in contraendi", *Contratto e impresa*, 1987, p. 304 252
- Benkler & Lessig, *Amici Curiae in Support of Appellant (Universal Studios, Inc. Reimerdes, January 26, 2001)*, p. 5, http://www.eff.org/IP/Video/MPAA_DVD_cases/ 104
- Bernhardt, Wolfgang & Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts – Recht der Bundesrepublik Deutschland, Europaeisches und Internationales Patentrecht*. Muenchen: Beck, 1986, 4. Aufl. 143, 146
- Bertolli, Mario. "Considerazioni sugli sbarramenti idrici," in *Tecnica Italiana*, 1965 215
- Besançon, Alain. *Novecento, Il Secolo Del Male. Nazismo, Comunismo, Shoc'*. Roma: Ideazione, 2000 11

- Bessen, James and Eric Maskin. "Sequential Innovation, Patents, and Imitation," November 1999 (rev'd July 2002), <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/patents.html> 145
- Bettetini Gianfranco e Armando Fumagalli. *Quel che resta dei media. Idee per un'etica delle comunicazioni*. Milano: Franco Angeli, 1998 52
- Betti, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: UTET, 1955 248
- Biondi, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1972 249
- Bonell, Joachim. *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT nei contratti commerciali internazionali*. 1995 12
- Bourgin, M. A. "L'accident du Vaiont ou la catastrophe de Longarone?" in *Sud-Ouest Industriel* dell'1 dicembre 1963 215
- Boyle, James. "Comment and Analysis: Whigs and hackers in cyberspace: Copyright regulations before the European parliament should be treated as sceptically as they were by the Victorians," "Financial Times" del 21 febbraio 2001 120
- Boyle, James. "Conservatives and Intellectual Property," discorso alla National Federalist Society Annual Meeting in Washington, DC, 1 Engage, aprile 2000, p. 83; <http://www.law.duke.edu/boylesite/Federalist.htm> 82
- Boyle, James. "Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property," 53 *Vanderbilt L. Rev* 2007 (2000) 61, 72
- Boyle, James. "Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors," <http://www.law.duke.edu/boylesite/foucault.html> 43
- Boyle, James. "Missing the Point on Microsoft," *SALON* (Apr. 7, 2000) 78
- Boyle, James. "The First Amendment and Cyberspace: The Clinton Years," 63 *Law & Contemp. Probs.* 337 (Winter/Spring 2000) 78
- Bradley, Curtis A. "Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism," 37 *Virginia J. Int'l Law* 505 10
- Bricklin, Dan. "Copy Protection Robs The Future", <http://www.bricklin.com/robfuture.htm> 126
- Bricklin, Dan. "Fad vs. Intrinsic Property," in <http://www.bricklin.com/fads.htm> 130
- Bricklin, Dan. "The Recording Industry is Trying to Kill the Goose That Lays the Golden Egg", in <http://www.bricklin.com/recordsales.htm> 74
- Brilmayer, Lea. "Consent, Contract, and Territory," 74 *Minn. L. Rev.* 1 (1989) 23
- Caloi, Pietro. *L'evento del Vajont nei suoi aspetti geodinamici*. Aprile 1965 215

- Carnevale, Dan, "Supreme Court Will Hear Copyright Case Affecting Online Resources," <http://chronicle.com/free> 121
- Cassano, Giuseppe [a cura di]. *Il commercio via Internet: aspetti giuridici, fiscali, tributari, comunitari, sociali, filosofici, normativi*. Con il testo completo, la relazione illustrativa e la relazione tecnico-normativa del D.M. 13.2.2001 n. 123 e la circolare AIPA del 18.5.2001, n. AIPA/CR/29. Premessa di Giuseppe Corasaniti; con i contributi di M. Bifulco [et al.]. Piacenza: La Tribuna, 2002 9
- Cassano, Giuseppe [a cura di]. *Internet: nuovi problemi e questioni controverse*. Milano: Giuffrè, 2001 9
- Cave, Damien, "Mickey Mouse v. The People," <http://www.salon.com/tech/feature> 121
- Cerina Paolo e Francesco Todaro. "Il caso Napster e la musica on-line: cronaca della condanna annunciata di una rivoluzione tecnologica," 9 *Il Diritto industriale* 26-48 (2001) 87
- Cerina, Paolo. "Il problema della legge applicabile e della giurisdizione", in *I Problemi Giuridici di Internet. Dall'E-Commerce all'E-Business*. A cura di Emilio Tosi. Giuffrè: Milano, 2000 10
- Ceronetti, Guido. "Nessun giudice condanna i militari," in "La Stampa" del 15 marzo 1999 235
- Cicero, M. T.. *De officiis III*. 319 249
- CIPR. "Integrating IPRs and Developing Policy," Settembre 2002 164
- Clausen, Henry C. and Bruce Lee. *Pearl Harbor: Final Judgment*. New York: Crown, 1992 217
- Clinard, Marshall B. and Peter C. Yeager. *Corporate Crime*. New York: Free Press, 1980 243
- Cole, David and James X. Dempsey. *Terrorism and the Constitution*. New York: The New Press, 2002 33
- Cook, Gordon. "The Meaning of Current Events," *The COOK Report*, June 20, 2001, <http://cookreport.com> 257
- Corbin, Arthur L. *Corbin On Contracts*. West, 1951 (e West Supp. 1992) 249
- Crossen, Cynthia. *Tainted Truth*. New York: Simon & Schuster, 1996 208
- Cullen, Francis T., William J. Maakestad and Gray Cavender. *Corporate Crime Under Attack. The Ford Pinto Case and Beyond*. Cincinnati, OH: Anderson, 1987 211
- Dawkins, Kristin. "Intellectual Property Rights and the Privatization of Life," <http://www.foreignpolicy-infocus.org/briefs> 158
- De Ly, Filip. "Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation," 14 *Diritto del commercio internazionale* 555 (2000) 12

- Delio, Michelle. "Russian Hacker Charges Dropped," <http://www.wired.com/news/politics/> 117
- DeLong, J. Bradford. *Robert Bork's Filleted Soul*, http://www.J-Bradford-delong.net/OpEd/Bork_Microsoft.html 178
- Dorn, James A., "Trade and Human Rights: The Case of China", the Cato Journal, vol. 16 No 1, in <http://www.cato.org/pubs/journal/cj16n1-5.html> 259
- Dowie, Mark. "Pinto Madness," in Stuart L. Hills, ed. *Corporate Violence. Injury and Death for Profit*. Savage, MD: Rowman & Littlefield, 1987 210
- Draetta, Ugo. *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*. Milano: Giuffrè, 2001 9
- Dupuit, Jules. "On Tolls and Transport Chargees 23," International Economic Papers No. 11. Elizabeth Henderson transl., 1962 71
- EFF. "Joint Statement Opposing Legislative Requirements," <http://www.eff.org/Censorship/Ratings> 53
- EFF/Seth Finkelstein and Lee Tien. "Censorware White Paper #1," http://www.eff.org/Censorship/Censorware/20010306_eff_nrc_paper1.html 51
- Eisenberg, Daniel. "Anatomy of a Recall," in Time.com, 7 settembre 2000 212
- Ecolani, Stefania [a cura di]. *La creatività in Europa e la sfida digitale: il diritto d'autore nella società dell'informazione: gli orientamenti della Commissione europea e dei titolari dei diritti: atti delle Giornate europee del diritto d'autore. Roma, 22-23 aprile 1996*. Milano: Giuffrè, 1996 61
- Eskenazi, Mike & David E. Thigpen. "Napster the Revolution," <http://www.cnn.com/ALLPOLITICS/time/2000/10/02/revolution.html> 90
- EuroLinux News. "Broad Political Consensus for a Software Patent Free Europe," July 25, 2000, <http://www.eurolinux.org/news/> 147
- Farrell, Christopher. "Needed: 21st Century Accounting Rules," in "BusinessWeek" <http://www.businessweek.com:/print/> 242
- Felten, Edward W., et al. "Reading Between the Lines: Lessons from the SDMI Challenge." <http://cryptome.org/sdmi-attack-02.htm> 110
- Féral-Schuhl, Christiane. *Cyber droit: le droit à l'épreuve de l'internet*. 3e éd. Paris: Dalloz, 2002 8
- Fink, Stephen. *Crisis Management - Planning for the Inevitable*. Amacord, 1986 213
- Fonda, Daren, "Copyright Crusader," <http://www.boston.com/globe/magazine/8-29/featurestory1.shtml> 121
- Forno, Richard. "National Security and Individual Freedoms: How the Digital Millennium Copyright Act (DMCA)

- Threatens Both." [Http://www.infowarrior.org/articles/2001-05.html](http://www.infowarrior.org/articles/2001-05.html) 98
- Franceschelli, Remo. *Svolgimento storico del diritto industriale*, 1960 58
- Franceschelli, Vincenzo, Paolo Aldrovandi [et al.]. *Commercio elettronico*. Milano: Giuffrè, 2001 9
- Gamper, Sabine. "'Gelinkte' wollen Bares sehen,'" in WIKU", 11 settembre 2002 75
- Garfinkel, Simson L., Richard M. Stallman, Mitchell Kapur. "Why Patents Are Bad for Software," *Science and Technology*, Fall 1991, <http://www.programming-freedom.org/Links> 138
- GILC. "In Defense of Free Speech on the Internet: GILC Releases Statement Opposing DVD Suit," http://www.eff.org/IP/Video/DVDCCA_case20000114_gilc_dvdcca 105
- GILC. "Regardless of Frontiers," <http://www.gilc.org/speech/report/> 16
- Gillmore, Dan, "Copyright Dictators are Winning Out," <http://www.siliconvalley.com/mld> 121
- Gilmore, John. "What's Wrong With Copy Protection?" 16 febbraio 2001, <http://www.toad.com/gnu/whatswrong.html> 67
- Gini, Al and Terry Sullivan. "A. H. Robins: The Dalkon Shield," in Thomas Donaldson and Al Gini, eds. *Case Studies in Business Ethics*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996 208
- Ginsburg, Jane C. "Copyright Without Borders? Choice of Forum And Choice of Law For Copyright Infringement in Cyberspace," 15 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 153 (1997) 10
- Ginsburg, Jane C., "A Tale of Two Copyrights." in Stallman. *Reevaluating Copyright. The Public Must Prevail* 83
- Gittings, John. "Google is back in China but don't try asking any difficult questions," in <http://www.guardian.co.uk/Print> 32
- Gomery, Douglas, "Research Report: The Economics of Term Extension for Motion Pictures", <http://www.public.asu.edu/~dkarjala/commentary/gomery.html> 124
- Gori, Graham. "Fears About Microsoft Return, in Mexico," in "The New York Times" del 24 aprile 2002, anche in <http://www.nytimes.com/2002/04/24/technology/24PESO.html> 130
- Guariniello, Raffaele [a cura di], *Atti del Convegno su "Delega e Responsabilità" tenuto a Roma il 9 ottobre 1998* 243
- Gunter, Marc. "Investors of the World, Unite!," "Fortune" del 24 giugno 2002, in <http://www.fortune.com/index> 241
- Hand, Learned. "The Deficiencies of Trials to Reach the Heart of the Matter," 1921 in *Lectures on Legal Topics*, 3:89 (1926) 74

- Hand, Learned. "Sources of Tolerance" in *The Spirit of Liberty*, collected by Irving Dilliard, New York: Knopf, 1960 183
- Hazlett, W. Thomas and Sosa, David W. "'Chilling' the Internet? Lessons from FCC Regulation of Radio Broadcasting." 4 Mich. Telecomm. Tech.L.Rev. 35 (1997), at <http://www.mttl.org/volfour/Hazlettfr.html> 43
- Henning, Peter A. *Taschenbuch Multimedia*. 2. ed. Leipzig: Hanser, 2001 4
- Héritier, Adrienne. "The White Paper on European Governance: A Response to Shifting Weights in Inter-institutional Decision-Making," in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers> 198
- Hillman, Ken. "America, ita people—silent, subservient, no voice, no will," in <http://www.onlinejournal.com> 128
- Hills, Stuart L., ed. *Corporate Violence. Injury and Death for Profit*. Savage, MD: Rowman & Littlefield, 1987 208
- Hoffman, W. Michael. "The Ford Pinto," in Thomas Donaldson and Al Gini, eds. *Case Studies in Business Ethics*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996 210
- Horwitz, Gayle, "Is Congress Mickey-Mouse-ing With Copyrights?" <http://www.law.com> 121
- Irlam, Gordon. "Examples of Software Patents," in <http://www.base.com/software-patents/examples.html> 141
- Irti, Nartolino. *Idola libertatis – Tre esercizi sul formalismo giuridico*. 1985 35
- Itportal. "Copyright il punto della situazione" in <http://www.itportal.it/special/Internet/copyright> 130
- Jackson, Matt. "Linking Copyright to Homepages," <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v49/no3/Jackson.html> 41
- Johnson, David R. "Emergent Law and Order. Lessons in Regulation, Dispute Resolution, and Lawmaking for Electronic Commerce and Community," in John Henry Clippinger III, ed. *The Biology of Diversity. Decoding the Natural Laws of Enterprise*. San Francisco: Jossey-Bass, 1999 10
- Johnson, David R. and David G. Post. "Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace," 48 Stanford L. Rev. 1367 (1996) 13
- Johnson, David R. and Post, David G., "The New 'Civic Virtue' of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace," published in *The Emerging Internet* (1998 Annual Review of the Institute for Information Studies), C. Firestone, ed. 1998; also in <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html> 24
- Kaestner, Erich. *Die kleine Freiheit. Chansons und Prosa—1949-1952*. Muenchen: DTV, 1989 30
- Kaplan, Karen. "Germany Forces Online Service to Censor Internet," "L. A. Times" del 29 dicembre 1995 30

- Kasack, Hermann. "Mechanischer Doppelgänger," in *Deutsche Erzähler der Gegenwart*. Stuttgart: Reclam, Nr. 8262-65/65a, 1959 29
- Kellman, Laurie. "Amnesty International: U.S. Sacrificing Human Rights," <http://www.salon.com/news/wire/2002/05/27/amnesty/index.html> 33
- Kiesewetter-Koebinger, Swen. "Ueber die Patentpruefung von Programmen fuer Datenverarbeitungsanlagen," GRUR, 2001, 03 (trad. inglese in <http://swpat.ffii.org/papers/grur-skk01/index.de.html>) 146
- Koenig. "Patentfaehige Datenverarbeitungsprogramme – Ein Widerspruch in sich," GRUR 2001, 7; <http://www.swpat.ffii.org/papers/grur-koenig01/index.en.html> 146
- Kolle, Gerd. "Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht – Bemerkungen zur Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs," GRUR, 1977, 02, v. anche <http://swpat.ffii.org/papers/grur-kolle77/index.de.html> 143, 144, 146
- Konno Hiroshi. *The Karmarkar Patent and Software – Is Math Patentable?* In <http://swpat.ffii.org/gasnu/jp/index.en.html> 146
- Krempel, Stefan. "Politiker gegen weitere Verschaerfung des Urheberrechts", <http://www.heise.de/bin/nt/.print/newsticker/data/anw> 130
- Kurzweil, Ray. *The Age of Spiritual Machines*, New York: Penguin Books, 1999 5
- League for Programming Freedom. "Against Software Patents," February 28, 1991, <http://www.programming-freedom.org/Patents> 138
- League for Programming Freedom. "Mutual Defense Against Software Patents," 28 January 1994, <http://www.programming-freedom.org/Patents> 138
- League for Programming Freedom. "Software Patents," <http://lpf.ai.mit.edu/Patents/patents.html> . . . 138
- League of Programming Freedom. "Negative Correlation of Innovation and Software Patents," Appendix D to submission, January 25, 1994, <http://www.base.com/software-patents/scoreboard.html> 138
- LeBlanc, Jon C.. "Migrate With Confidence From Microsoft Windows Servers to UNIX/Linux," August 4, 2002, http://web.cuug.ab.ca/~leblancj/nt_to_unix.html 156
- Leiner, Barry M. et al. "A Brief History of the Internet", <http://www.isoc.org/internet/history/brief.html> . . . 3
- Lemos, Robert and Declan McCullagh. "Cybersecurity plan lacks muscle" in <http://news.com.com/2102-1023-958545.html> 93
- Lenz, Karl Friedrich. "Auslegung von Art. 52 des Europaeischen Patentuebereinkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software patentierbar ist," <http://swpat.ffii.otg/analysis/epc52/exeg/index.de.html> 142
- Lessig, Lawrence. *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*. New York: Random House, 2001 105

- Lessig, Lawrence. "Free Culture," Keynote from OSCON 2002, in <http://www.oreillynet.com> 60
- Lessig, Lawrence. "Jail Time in the Digital Age." <http://www.nytimes.com/2001/07/30/opinion/30LESS.html> (30 luglio 2001) 114
- Lessig, Lawrence. "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach". 113 Harv. L. Rev. 501 (1999) 11
- Levy, Steven. "Lawrence Lessig's Supreme Showdown," in <http://www.wired.com/wired/archive/10.10/lessig.html>. 124
- Litman, Jessica. *Digital Copyright*. Prometheus Books, 2001; parzialmente in <http://www.msen.com/~litman/digital-copyright/ch2.html> 72
- Lohmann, Fred von. "IAAL: Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Law after Napster", in <http://www.eff.org/IP/P2P/Napster/20010227> 92
- Loney, Matt. "Hyperlink patent case fails to click," <http://news.com.com/2102-1033-955001.html> . . . 140
- Loney, Matt. "Report: Nations need open source," in <http://zdnet.com.com/2102-1104-957827.html> 130
- Machiavelli, Nicolò. *Il Principe*. Milano: Principato, 1951 (2. ed.) 155
- Maldonado, Tomás. *Critica della ragione informatica*. Milano: Feltrinelli, 1997 19
- Mann, Bill. "Options and Other Accounting Scandals," in <http://www.fool.com/Server/Foolprint> 241
- Manzini, Vincenzo. *Trattato di diritto penale*. Torino, UTET, 1950, vol. IV 21
- Marcello, C. "Quelques considérations à propos des accidents et ruptures de barrages," in *Huitième Congrès International des Grands Barrages*. Vol. V. Edimbourg, 4-8 mai 1964 215
- Marini, Luca. *Il commercio elettronico: profili di diritto comunitario*. Padova : CEDAM, 2000 9
- Martin, James. *After the Internet: Alien Intelligence*. Washington, D.C.: Capital Press, 2000 4
- Masi, Mauro [a cura di]. *L'autore nella rete: creatività e proprietà intellettuale nell'editoria multimediale*. Milano: Guerini, 2000 61
- Mayfield, Kendra, "Setting Boundaries on Copyrights," <http://www.wired.com/news/politics> 121
- McCullagh, Declan. "DeCSS Lawyers Press MPAA," <http://wired.com/news/politics/0,1283,37615,00.html> 106
- McCullagh, Declan. "White House Sides With Studios," <http://wired.com/news/politics/0,1283,41992,00.html> 108

- McGuire, David. "Military, Private Sector Rush to Adopt High-Tech Security Technology," <http://www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn> 257
- McGuire, David. "Technology v. Civil Liberties?" in <http://www.washingtonpost.com/ac2wp-dyn/> . . . 131
- McLuhan, Marshall. *Understanding Media: The Extension of Man*. New York: McGraw-Hill, 1964 7
- Melullis, Klaus. "Zur Patentierbarkeit von Programmen fuer DV-Anlagen," v. <http://swpat.ffii.org/akteure/melullis/index.de.html> 144
- Montanelli, Indro. "Cesare, la moglie e il cittadino," in "Corriere della Sera" del 22 maggio 1998 . . 247
- Monti, Andrea. "Nuove frontiere nella protezione legale del software: l'Unione Europea pensa al brevetto", in <http://www.andreamonti.com/it/pcpro/pcpro102-1.htm> 147
- Monti, Mario. "EU-US Cooperation in the control of International Mergers: Recent examples and Trends", Speech at the Institute for International Economics, Washington, DC, March 30, 2001, in [http://www.eurunion.org/news\(speeches/2001/](http://www.eurunion.org/news(speeches/2001/) 188
- Nack, Ralph. "Sind jetzt computerimplementierte Geschäftsmethoden patentfähig?" in GRUR Int. 853 (2000); e commento in <http://swpat.ffii.org/papiere/grur-nack00/index.de.html> 145
- Naughton, John, "Mickey Mouse Threatens to Block All Ideas in Future," <http://www.observer.co.uk/business/story/> 121
- Negroponte, Nicholas. *Being Digital*. New York: Alfred Knopf, 1995 12
- Negroponte, Nicholas. "Prodotti e servizi per le reti informatiche," in *Le scienze*, 279 (1991) 7
- Nespor, Stefano e Ada Lucia De Cesaris. *Internet e la legge: la persona, la proprietà intellettuale, il commercio elettronico, gli aspetti penalistici*. 2. ed. Milano: Hoepli, 2001 9
- Neu, Tim. "First Amendment-Void Where Prohibited." [http://www.visi.com/%7Eetneu/voidwhere prohibited.html](http://www.visi.com/%7Eetneu/voidwhere%20prohibited.html) 79
- Nimmer, David. "Brains And Other Paraphernalia of The Digital Age," 10 *Harv. J. Law & Tech.* 1 (1996) 10
- OECD Nuclear Energy Agency. "Chernobyl. Ten Years On. Radiological and Health Impact. An Assessment on Radiation Protection and Public Health." November 1995 215
- Palmieri, Nicola W. "La responsabilità da prodotto per forniture al Governo degli Stati Uniti d'America," 4 *Rivista di diritto privato* 669-729 (1997) 235
- Palmieri, Nicola Walter. *Le crisi. Natura e gestione*. Padova: CEDAM, 2001 58
- Palmieri, Nicola Walter. *Vajont, Stava, Agent Orange – Il costo di scelte irresponsabili*. Padova: CEDAM, 1997 143

- Palmieri, Nicola Walter. "Approaching Multi-Jurisdictional Filings, *Global Competition and Transnational Merger Regulation: New Developments*, New York June 22, 1995, International Chamber of Commerce/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1996, 103-120; pubblicato anche in *Rivista di diritto privato*, 1996, 33-54 189
- Palmieri, Nicola Walter. "Foreign Recordkeeping – A View From the Industry," *Intertax*, 300 - 304, 1991 163
- Palmieri, Nicola Walter. "Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations," 24 *Seton Hall Law Review* 70 - 213 (1993) 249
- Palmieri, Nicola Walter. "Section 6038A Violates The Constitution and International Law," 54 *Tax Notes Special Report* 1017-21 (1992) 162
- Palmieri, Nicola Walter. "The Nuclear Option Must Remain Open," in <http://www.energypulse.net/centers/article> 225
- Palmieri, Nicola Walter. "Internet e la libertà di espressione", *Materiali di discussione*, Fascicolo n° 363, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Dipartimento di Economia Politica, Maggio 2001 65
- Palmieri, Nicola Walter, "Fra equo processo ed equa protezione del consumatore", *Int'l Lis*, 1/2002 . . 173
- Palmieri-Egger, Nicola Walter. "Worldwide Tax Allocation Norm v. Worldwide Combination Method of Taxation," *Intertax* 1983, 390-402 162
- Perathoner, Christoph e Thomas Schnitzer. *Internet § Recht. Eine europarechtliche Analyse*. Bozen: Athesia, 2002 8
- Perens, Bruce. "Software Patents vs. Free Software," <http://perens.com/Articles/Patents.html> 138
- Perritt, Henry H. Jr. "Jurisdiction in Cyberspace," 41 *Vill. L. Rev.* 1 (1996) 10
- Pollack, Malla, "What is Congress Supposed to Promote?," <http://eon.daw.harvard.edu/openlaw> 121
- Posner, Richard A., *Antitrust in the New Economy*, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=249318 178
- Post, David G. "Personal Jurisdiction on the Internet—A Survey of the Cases," (Update June 1998) <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/jurisdictioncases.html> 10
- Post, David G. "Pooling Intellectual Capital: Thoughts on Anonymity, Pseudonymity, and Limited Liability in Cyberspace," 1996 *U. Chi. L. Forum* 139 13
- Post, David G. "Sex, Lies, and the Internet: Some New, and Some Not-So-New, Questions about Free Speech in Cyberspace," http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Kops_Lecture.html 26
- Post, David G., "Governing Cyberspace," 43 *Wayne L. Rev.* 155, 164 (1997) 24

- Post, David G., "The Cyberspace Revolution," <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Cornell.html> . . . 12
- Post, David G., "The 'Unsettled Paradox:' The Internet, the State, and the Consent of the Governed," 5 *Indiana J. Global Legal Studies* 521 (1998) 8
- Pothier, Robert-Joseph. *Traité du contrat de vente*. Paris-Orléans, 1772 250
- Priebe, David e Paul Blumenstein. "Summary of Sarbanes-Oxley Act," in <http://www.graycary.com/newsletter/corp> 242
- Reef Points 1986-1987. United States Naval Academy, Annapolis 236
- Report of the Presidential Commission on the Space Shuttle Challenger Accident, Vol. I-V, 1986, *United States GPO*, Washington, D.C., 1986 210
- Rosenoer, Jonathan. "Software Patents," in <http://www.cyberlaw.com/cylw894.html> 137
- Rothschild, Matthew. "The New McCarthyism," in <http://www.progressive.org/0901/roth0102.html> . . . 128
- Samuelson, Pamela. "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised." <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson> 95
- Sarangi, Satinath. "The Union Carbide Disaster in Bhopal." <http://www.corpwatch.org> 213
- Sartori, Giovanni. *Pluralismo, Multiculturalismo e Estranei. Saggio sulla società multietnica*. Milano: Rizzoli, 2000 21
- Shapiro, Carl. "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting," in *Innovation Policy and the Economy*, vol. 1, Adam Jaffe, Joshua Lerner, and Scott Stern, eds, Cambridge, MA: MIT Press, 2001 146
- Shapiro, Carol & Hal R. Varian. *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*. 1999 . . . 68
- Shelanski, Howard A. & J. Gregory Sidak. "Antitrust Divestiture in Network Industries". *U. Chi. L. Rev.* 1, 11-12 (2001) 184
- Shepherd, Natalie, "The Road To Forever Minus One Day", <http://www.medill.northwestern.edu/docket/01-0618eldred.html> 124
- Shrivastava, P. *Bhopal: Anatomy of a Crisis*. Cambridge, MA, 1987 213
- Sirotti Gaudenzi, Andrea. *Il nuovo diritto d'autore*. 2001 61
- Slashdot. "BT Sues Prodigy Over Hyperlink Patent. Posted by CmdrTaco from the billions-of-hyperlinks-waiting-to-be-billed dept.," <http://slashdot.org/articles/00/12/15/1716244.shtml?tid=155> 140
- Smets-Solanes, Jean-Paul. "Stimulating competition and innovation in the information society," <http://swpat.ffii.org/analysis/invention/index.en.html> 146

- Smith, N. Craig, Andrew D. Dyer and Todd E. Himstead. "Dow Corning Corporation: Marketing Breast Implant Devices," in Thomas Donaldson and Al Gini, eds. *Case Studies in Business Ethics*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996 208
- Squillace, Nicola, Nicola Ferraro e Caterina De Tilla [a cura di]. *Codice di Internet e dell'informatica: disciplina del commercio elettronico e della proprietà intellettuale ed industriale*. Milano: "Il Sole 24 Ore", 2001 . . . 9
- Stallman, Richard. "The Anatomy of a Trivial Patent," <http://www.programming-freedom.org/Patents> 138
- Stallman, Richard. "The Danger of Software Patents," speech at Cambridge University, 25 March 2002, <http://www.programming-freedom.org/Patents/danger-of-software-patents.txt> 138
- Stallman, Richard. "The GNU Operating System and the Free Software Movement," in *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, Chris DiBona, Sam Ockman, and Mark Stone, eds., Beijing and Sebastopol: O'Reilly, 1999 137
- Stallman, Richard. "Waiting for the Knock." <http://www.stallman.org/knock.html> 116
- Starbuck, William H. e Frances J. Milliken. "Challenger: Fine-Tuning the Odds Until Something Breaks." 25 *J. of Management Studies* 319-40 (1988) 210
- Steinberg, Philipp. "Agencies, Co-Regulation and Comitology – And What About Politics? A Critical Appraisal of the Commission's White Paper on Governance," in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers> . . . 194
- Stenger, Richard. "Music stars. reps clash in Congress over Napster," CNN del 7 aprile 2001 107
- Stuart Mill, John. *On Liberty*. New York: Penguin Books, 1982? (1859) 37
- Surowiecki, James, "Righting Copywrongs," <http://www.newyorker.com/printable> 121
- Tarzia, Giuseppe. "La tutela giudiziale del diritto al risarcimento del danno da catastrofe." *Riv. dir. proc.*, 1998, pp. 842-48 246
- Templeton, Brad. "An eBook Publisher on why the U.S. Attorney Should Free Dmitry Sklyarov." <http://www.templetons.com/brad/free.html> 97
- The Greek Historians*. Vol. 1 (trad. R.B. Godolphin e George Rawlinson). New York: Random House, 1942 249
- The President's Critical Infrastructure Protection Board. "The National Strategy to Secure Cyberspace, September 2002 (Draft), <http://www.whitehouse.gov/pcipb/> 93
- Tosi, Emilio [a cura di]. *I problemi giuridici di Internet: dall'e-commerce all'e-business*. Premessa di G. Alpa, presentazione di V. Franceschelli, contributi di M. Barbarisi [et al.]. 2. ed. aggiornata e ampliata. Milano: Giuffrè, 2001 9
- US v. Microsoft, ordinanza del 23 giugno 1998 (*Consent Decree*), traduzione a cura di Cucinotta e nota: *Il caso Microsoft: verso il monopolio di Internet*, *FI*, 1998, IV, 343-368; *Conclusions of Law* del 3 aprile 2000,

- traduzione a cura di Renda, e commento, *Microsoft: cronaca di una sentenza annunciata*, *FI*, 2000, IV, 229-254; nota di Portolano, *Contro un rimedio di struttura nel caso Microsoft*, *FI*, 2000, IV, 303-312; sentenza della corte d'appello del 28 giugno 2001, nota Colangelo, *Microsoft e i vecchi dilemmi del nuovo antitrust*, *FI*, 2001, IV, 380-392 178
- USTR Report on Super 301 Trade Priorities, 30 aprile 1999, <http://www.usembassy.it/file> 159
- Vaidhyathan, Siva. "Putting a Lock on e-Books." <http://www.msnbc.com/ews/602444.asp?0si=-> . 98
- Valastro, Alessandra. *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie: inquadramento costituzionale e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale*. Milano: Giuffrè, 2001 9
- Van Bergen, Jennifer. "The Constitutional Implications of the USA Patriot Act," <http://www.truthout.org/docs> 33
- Walter, Sebastian M. *Inhalteregulierung im Internet: zwischen Rechtsfreiheit und Restriktion*. Marburg: Tectum, 2000 9
- Weber, Joe. "Andersen Already Knows Its Sentence," in *BusinessWeek* <http://aol.businessweek.com/bwdaily/> 241
- Weick, Karl E. and Karlene H. Roberts. "Collective Mind in Organizations: Heedful Interrelating on Flight Decks." *Administrative Science Quarterly* 357-381 (1993) 199
- Weiler, J.H.H. "The Commission as Euro-Skeptic: A Task Oriented Commission for a Project-Basseed Union," in <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/> 194
- Wilcox, Joe. "Microsoft update 'violates' settlement," in <http://news.zdnet.co.uk/cgi-bin/uk> 187
- Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic 1776-1787*, 1969 23
- Workgroup swpatag@ffii.org. "CEC & BSA 2002-02-20: proposal to make all useful ideas patentable," in <http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/index.en.html> 150
- Workgroup swpatag@ffii.org. "The TRIPS Treaty and Software Patents" 149
- Workshop swpatag@ffii.org. "France 2002-03-01: EU Commission Directive Proposal Unacceptable," in <http://swpat.ffii.org/papers/eubsa-swpat0202/france020301/index.en.html> 146
- World Disasters Report 2000. Focus on Public Health. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva: Walter, 2000 215
- Young, Robert and Wendy Goldman Rohm. *Under the Radar: How Red Hat Changed the Software Business – and Took Microsoft by Surprise*, Scottsdale, Ariz.: Coriolis Book Group, 1999 138
- "Biopiracy, TRIPS and the Patenting of Asia's Rice Bowl – A collective NGO situationer on IPRs on rice," <http://www.geocities.com/RainForest/7813/0921rice.htm> 141

- "Camera di commercio, industria artigianato e agricoltura di Lecco". *New economy: regole giuridiche, fiscali, etiche*. [Atti della giornata di studio : Varenna, 20 ottobre 2000]. Lecco: CCIAA, 2000 8
- "Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS)", <http://www.cybercrime.gov/searching.html> 93
- "Convention on Cybercrime", Budapest, 23.11.2001, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm> 93
- "Examples of Software Patents," in <http://www.base.com/software-patents/examples.html> 141
- "Gone With the First Amendment", <http://www.nytimes.com/2001/05/01/opinion> 121
- "Grounds for Granting Compulsory Licenses," <http://www.southcentre.org/publications> 161
- "Intellectual Property – Contribution to the WTO," in <http://europa.eu.int/comm/trade/miti> 160
- "ISP Guilty in Child Porn Case", <http://wired.com/news/culture/0,1284,41878,00.html> 47
- "Microsoft Software Originale", <http://www.microsoft.com/italy/softwareoriginale/piracy/bsa.asp> 135
- "Patent Jurisprudence on a Slippery Slope – the price for dismantling the concept of technical invention," <http://swpat.ffii.org/analysis/invention/index.en.html> 142
- "Patently Absurd?" in *The Economist* del 21 giugno 2001 155
- "Patently Problematic", "The Economist" del 12 settembre 2002, anche in <http://www.economist.com/opinion> 130
- "Patents: Commission proposes rules for inventions using software", in http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/02-277.htm 147
- "Proposal for a Council Regulation to avoid trade diversion into the European Union of certain key medicines," 30 ottobre 2002 160
- "Punto Informatico", <http://punto-informatico.it/ps.asp> 19
- "QuickLinks – Copyright, trademarks and patents – US-Hollywood's fight against Internet downloading rages on", Issue no. 245 - 15 September 2002, in <http://www.qlinks.net/quicklinks/copyright.htm> 131
- "Reports About the Munich Diplomatic Conference of 1973", <http://swpat.ffii.org/papers/muckonf73/index.en.html> 143
- "Security Researchers Drop Scientific Censorship Case," Feb. 6, 2002, in http://www.eff.org/IP/DMCA/Felten_v_RIAA/ 111
- "Software Patents: Questions, Analyses, Proposals, 5/2001," <http://swpat.ffii.org/analysis.index.en.html> 147

- "Titus 1967: Pros and Cons of Patenting Computer Programs," <http://swpat.ffii.org/papers/acm-titus67/index.en.html> 136
- "US Copyright Review Shocks Hollywood," <http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/business> 121
- "Wireless hitchhikers branded as thieves," in <http://news.bbc.co.uk/2/low/technology/2268224.stm>.
. 261

TAVOLA DEI CASI

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000); February 12, 2001 (9 th Cir. 2001)	87
ACLU v. Reno II, 31 F. Supp. 2d 473 (1999), confermato dalla Corte d'appello del 3° Circuito il 22 giugno 2000	49
ACLU v. Reno, 521 U.S. 844 (1997)	48
App. Milano, 2.2.1990, Giur. comm., 1990, II, 755	251
Ashcroft v. American Civil Liberties Union, et al., 535 U.S. ____ (2002), http://www.supremecourtus.gov/opinions/01pdf/00-1293.pdf	50
BGH "Dispositionsprogramm" del 22 giugno 1976, BGHZ 67, 22 (10 [^] Sez. civ.)	143
BGH "Walzabteilung" del 16 settembre 1980, BGHZiv. 1981, vol. 78, p. 98 seq.	143
BpatG del 28 luglio 2000, BpatG/17W (pat) 69/98, riportato in http://swpat.ffii.org/papers/bpatg17-suche00/index.de.html	143
Butler v. Michigan, 352 U.S. 380, 383 (1957)	259
Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994)	80
Carey v. Kearsley, 170 Eng. Rep. 679, 681 (K.B. 1803)	83
Carter v. Boehm, 97 Eng. Rep. 1162 (K.B. 1766)	250
Cass. 11 giugno 1980, n. 3714, Giur. Ann. Dir. Ind. 1980, n. 1257	134
Cass., IV sez. pen., 25 marzo 1971 n. 810, in <i>Rass. giur. ENEL</i> , 1971, 646	216
Cass., sez. III del 19 maggio 1993 (Biondi), <i>Mass. Cass. pen.</i> , 1993, fasc. 11, 58 (m)	246
Cass., sez. III, 23 aprile 1996 (Zanoni), <i>Dir. e pratica lav.</i> , 1996, 1851	245
Cass., sez. IV del 23 febbraio 1993 (Iacono), <i>Dir. e pratica lav.</i> , 1993, 949	245
Corte d'appello dell'Aquila, 3 ottobre 1970	216
Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp., 406 U.S. 518, 530 (1972)	73
Demetriades v. Kaufmann, 690 F. Supp. 289 (S.D.N.Y. 1988)	77
Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC, 518 U.S. 727, 760 (1996)	107
Eldred v. Ashcroft, 255 F.3d 849, 853 (D.C. Cir. 2001)	123

Eldred v. Ashcroft, USCA, D.C.C. (Denial of Rehearing En Banc) su ricorso del 13 luglio 2001, http://pacer.cadc.uscourts.gov/	121
Eldred v. Reno, 239 F.3d 372, 375 (D.C. Cir. 2001)	122
Eldred v. Reno, 74 F.Supp. 2d 1, 3 (D.C. 1999)	122
Eldred v. Reno, USCA, D.C.C., 99-5430 del 16 febbraio 2001 in http://www.cyber.law.harvard.edu/cc/	121
Eldred v. Reno, USDC, CA 99-0065 del 27 ottobre 1999 in http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvreno	121
Emerson v. Davies, 8 F. Cas. 615, 619 (No. 4,436) (CCD Mass. 1845)	156
Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)	80
Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971)	77
Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)	80
In re Indep. Serv. Orgs. Antitrust Litig., 203 F.3d 1322, 1325 (Fed. Cir. 2000)	177
<i>In Re Pinochet</i> , 17 December 1998 – 15 January 1999 HL	186
<i>In re School Asbestos Litig.</i> , 977 F.2d 764, 783 (3d Cir. 1992)	184
Laidlaw v. Organ, 15 U.S. (2 Wheat.) 178, 185 n. 2 (1817)	250
Liljeberg v. Health Servs. Acquisition Corp., 486 U.S. 847, 865 (1988)	184
MAI Systems, Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9 th Cir. 1993), <i>cert. dismissed</i> , 114 S. Ct. 671 (1994)	41
McClung v. Kingsland, 42 U.S. (1 How.) 202	122
McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. (17 U.S.) 316 (1819)	105
New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)	77
NLRB v. BASF Wyandotte Corp. (USCA 5 th Cir), No. 85-4503, del 2 settembre 1986	231
Pretura di Udine-Palmanova, 27 gennaio 1994 in <i>Giur. ambientale</i> 1994, 245	246
Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)	41
Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy [1924] 1 K.B. 256, 259)	186
Rylands v. Fletcher [1868] L.R. 3 H.L. 330	246
Sable Communications of California v. FCC, 492 U.S. 115 (1989)	48
Schnapper v. Foley, 667 F.2d 102, 112 (1981)	122

Sims v. Greene, 161 F.2d 87, 88 (3d Cir. 1947)	181
Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)	73
Sony Entertainment Corp. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596 (9 th Cir. 2000) <i>cert denied</i>	107
Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911)	177
Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 114 S. Ct. 2445 (1994)	46
United Video v. FCC, 890 F.2d 1173 (D.C. Cir. 1989)	122
Universal City Studios, Inc. v. Corley, 2001 WL 1505495 (2d Cir. 2001)	107
Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000)	102
Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp., 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal. 1979); 659 F.2d 963 (9 th Cir. 1981)	73
Universal Studios City, Inc. v. Eric Corley, sentenza della corte d'appello del 2° circuito, 28 novembre 2001, http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/NY/appeals/opinion.html	108
US v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966)	175
US v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998)(<i>Microsoft II</i>)	174
US v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995)(<i>Microsoft I</i>)	173
US v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999)(<i>Findings of Facts</i>)	174
US v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)(<i>Conclusions of Law</i>)	174
US v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (<i>Final Judgment</i>)	174
US v. Microsoft Corp., US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 00-5212 (Consolidated with 00-5213)	174
US v. Ward Baking Co., 376 U.S. 327, 330-31 (1964)	181
Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375 (1927)(Brandeis, J., concurring)	37

chiese, e ottenne, un brevetto per l'“invenzione”. Molti programmi vennero scritti utilizzando l'LZW Data Compression. La Unisys, che ora detiene il brevetto, chiede royalties a chiunque usa l'algoritmo.⁴²² Aspetto sconcertante di questo episodio è che lo U.S. Patent Office ha concesso un brevetto per l'identico algoritmo di compressione dati anche alla IBM.⁴²³ Hanno ragione coloro che in America dicono, scherzosamente, che il 90% dei brevetti non passerebbe il “Crystal City Test”⁴²⁴ (il che significa che, se gli esaminatori del Patent Office acquistassero alla vicina edicola una rivista di computer, constaterebbero che il 90% delle “nuove” idee per le quali concedono il brevetto sono già largamente note e pubblicate nei giornali).⁴²⁵

D. La Convenzione europea sui brevetti

Nell'autunno del 1973 gli esperti di brevetti dei governi europei si sono riuniti a

⁴²² Anche se i programmi che contengono questo algoritmo sono nel dominio pubblico, usare questi programmi significa correre il rischio di essere citati in giudizio. v. Smets-Solanes, cit. p. 58.

⁴²³ Non c'è da stupirsi. V. “Examples of Software Patents,” in <http://www.base.com/software-patents/examples.html>; The League for Programming Freedom. “Against Software Patents,” in <http://www.programming-freedom.org/Patents/against-software-patents.html>; Gordon Irlam. “Examples of Software Patents,” in <http://www.base.com/software-patents/examples.html>. V. in altro campo, “Biopiracy, TRIPS and the Patenting of Asia's Rice Bow! – A collective NGO situationer on IPRs on rice,” <http://www.geocities.com/RainForest/7813/0921rice.htm> (brevetti americani sul riso basmati e jasmine).

⁴²⁴ “Crystal City” è il quartiere di Washington, DC (zona del Pentagono) dove si trova lo USPTO.

⁴²⁵ Un caso con maggiore giustificazione, sempre nel campo della compressione dati, fu *Stac Electronics v. Microsoft Corp.*, No. C-93-0413-ER (C.D. Cal.) La piccola società Stac aveva sviluppato e brevettato un metodo di compressione e vendeva il relativo programma di utilità sotto il nome “Stacker”. Le vendite di MS-DOS 5.0 della Microsoft stavano fortemente calando, nel 1991, e l'inclusione di capacità di compressione avrebbe migliorato la domanda. Le due società iniziarono trattative intese alla concessione di licenza della tecnologia e del know-how Stac alla Microsoft, che naufragarono perché la Microsoft insisteva a non voler pagare un corrispettivo per la licenza. La Microsoft passò allora a metodi sbrigativi, tipici di questa società, e incorporò parti significative dei brevetti Stac nella sua nuova versione MS-DOS 6.0, chiamando “Double-Space” quello che in realtà era Stacker. La Stac ottenne, dopo ripetute richieste, una versione “beta” del nuovo sistema operativo Microsoft, e scoprì che esso conteneva elementi dei suoi brevetti; citò quindi in giudizio la Microsoft, e ottenne un verdetto di \$120 milioni per risarcimento danni. (La giuria stabilì, curiosamente, che il comportamento Microsoft non era stato “intenzionale”. Per di più, essa confermò che anche Stac aveva “rubato” la tecnologia di Microsoft per sviluppare il suo MS-DOS Stacker, e riconobbe alla Microsoft, per appropriazione indebita di segreto industriale, un risarcimento riconvenzionale di \$13.6 milioni). La conseguenza più grave per la Microsoft fu l'ingiunzione permanente di distribuire il suo nuovo sistema operativo (MS-DOS 6.22) contenente il brevetto della Stac: questo avrebbe causato grande danno economico alla Microsoft la quale riparò con una transazione (pagamento alla Stac di \$80 milioni di danni e licenze incrociate). La Microsoft poté così continuare a vendere il suo nuovo MS-DOS. La vicenda si concluse, con lieto fine, quando, con mossa che un tempo si considerava “peccato mortale” anti-trust, la Microsoft comprò la Stac, ed eliminò il concorrente. V. <http://www.vaxxine.com/lawyers/articles/stac.html>; <http://base.com/software-patents>; <http://www.spi.org/3cases.htm>. (Sulle numerose violazioni anti-trust di Microsoft, v. *infra*, Cap. VII).

Monaco e hanno concordato un sistema unificato europeo per l'esame dei brevetti. Ne sono scaturiti la Convenzione Europea dei Brevetti (EPC) e l'Ufficio Europeo dei Brevetti (EPO).⁴²⁶

L'articolo 52 della EPC⁴²⁷ esclude la brevettabilità dei programmi per computer.⁴²⁸ Le parole di chiusura dell'articolo "in quanto tali"⁴²⁹ denotano – non ve n'era bisogno, veramente – che l'esclusione di brevettabilità di un programma da computer è comminata per un programma che viene usato come programma "da computer".⁴³⁰ La norma mi pare chiara.⁴³¹ Eppure, nonostante il divieto legale di brevettabilità dei programmi software,⁴³² l'EPO (e il *Technical Appeal Board*), hanno incominciato, a partire dal 1986, a concedere la brevettabilità ai programmi di computer,⁴³³ mettendo nel nulla il divieto sancito dall'art. 52, e svisandone ogni logica e coerenza.⁴³⁴ La prassi instaurata dall'EPO costituisce una chiara contraddizione fra diritto positivo e pratica amministrativa.⁴³⁵ Per farlo, l'EPO e i tribunali che ne seguirono l'esempio, ricorsero a un metodo di interpretazione della legge che chiamarono "teleologico e storico", con frequenti riferimenti a ciò che, asseritamente,

⁴²⁶ V. il breve resoconto in "FFII News About Software Patents", <http://swpat.ffii.org/news/index.en.html>. La legge sui brevetti italiana si è adeguata alla Convenzione Europea sui Brevetti (EPC), e le norme italiane rispecchiano sostanzialmente gli artt. 52 - 57 dell'EPC.

⁴²⁷ I principi delineati nell'art. 52 vennero ulteriormente definiti dalle linee-guida per l'esame dei brevetti del 1978, e dalla giurisprudenza iniziale. V. <http://swpat.ffii.org/papers/epo-gl78/index.en.html> p. 4-5.

⁴²⁸ Insieme con l'esclusione delle teorie scientifiche, dei metodi matematici, delle creazioni estetiche, degli schemi e le regole per l'esecuzione di atti della mente e per condurre affari, delle presentazioni dell'informazione. I principi delineati nell'art. 52 vennero ulteriormente definiti dalle linee-guida per l'esame dei brevetti del 1978, e dalla giurisprudenza iniziale. V. <http://swpat.ffii.org/papers/epo-gl78/index.en.html> p. 4-5.

⁴²⁹ C'è chi propone di eliminare l'espressione "in quanto tale", v. "FFII News About Software Patents", <http://swpat.ffii.org/news/index.en.html>, p. 14. (Svezia e Danimarca non la hanno nella loro traduzione; *id.* p. 17). V. l'amena contrapposizione biblica "Moses, the Ten Exclusions from Patentability and 'stealing with a further ethical effect'", in <http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/moses/index.en.html> ("The practice of the Holy Council proves that under the Ten Commandments stealing is generally considered worthy of blessing. Only stealing 'as such' is sinful").

⁴³⁰ La brevettabilità è ammessa quando il programma viene usato come funzione integrante di un processo industriale (indipendentemente brevettabile).

⁴³¹ Lenz ha scritto un lucido articolo sull'interpretazione dell'art. 52: Karl Friedrich Lenz. "Auslegung von Art. 52 des Europaischen Patentuebereinkommens hinsichtlich der Frage, inwieweit Software patentierbar ist," <http://swpat.ffii.org/analysis/epc52/exeg/index.de.html>.

⁴³² Recepita dalla legge italiana sui brevetti, v. articolo 12.

⁴³³ L'EPO ha già concesso oltre 10.000 brevetti su software.

⁴³⁴ V. i resoconti in "Patent Jurisprudence on a Slippery Slope – the price for dismantling the concept of technical invention," <http://swpat.ffii.org/analysis/invention/index.en.html>

⁴³⁵ Un altro discorso è naturalmente quando si parla di brevettabilità di una invenzione fisica che contiene e opera con un programma da computer: è fuori dubbio che l'invenzione fisica è brevettabile nella sua interezza, compreso il programma.

il legislatore del 1973 avrebbe voluto dire, o "non aveva capito".⁴³⁶ La posizione dell'EPO è che il brevetto deve essere concesso se il software produce "effetti tecnici".⁴³⁷ Secondo l'EPO, tutti i programmi per elaboratore hanno effetti tecnici: il brevetto deve quindi essere sempre concesso.⁴³⁸

Gli organi giudiziari, sostanzialmente quelli tedeschi, si sono pronunciati, inizialmente confermando il divieto di brevettabilità.⁴³⁹ Nella sentenza del 1976, il *Bundesgerichtshof* (BGH) aveva stabilito che "qualsiasi tentativo di ottenere protezione delle conquiste della mente attraverso l'estensione dei limiti del concetto di invenzione tecnica . . . conduce a un sentiero proibito. Dobbiamo perciò insistere che una pura e semplice regola di organizzazione e di calcolo, la cui sola relazione con il mondo della tecnologia consiste nella sua utilizzabilità in normali operazioni di un computer, non merita protezione brevettuale. Se possa ottenere protezione sotto qualche altro regime, come per esempio, il diritto d'autore o la legge di tutela della concorrenza è al di fuori del nostro esame."⁴⁴⁰ La chiarificazione per il software applicato a un processo industriale venne con la sentenza "Antiblockiersystem" del BGH.⁴⁴¹ In essa, la corte federale, contrariamente a quanto aveva

⁴³⁶ "Reports About the Munich Diplomatic Conference of 1973", <http://swpat.ffii.org/papers/muckonf73/index.en.html>. Questa interpretazione "evolutiva" del diritto sulla base di spinte "industriali" più o meno arbitrariamente interpretate costituisce un serio pericolo per la sopravvivenza di uno Stato di diritto e della certezza del diritto. Essa ci ricorda l'"applicazione" della legge da parte di certi magistrati italiani negli anni seguenti al 1968, i quali ritenevano non solo lecito ma doveroso svincolarsi dal testo della legge quando questo non fosse più, secondo loro, corrispondente alle nuove esperienze storiche, e se lo spirito del tempo le avesse superate: ed essi ne erano gli interpreti. Il cedere a spinte ed emozioni di questo genere può provocare distorsioni nell'amministrazione della giustizia. V. Nicola Walter Palmieri. *Vajont, Stava, Agent Orange – Il costo di scelte irresponsabili*. Padova: CEDAM, 1997, p. 178, n. 331.

⁴³⁷ Deve cioè riferirsi a un campo tecnico (Regola 27, par. 1b), deve occuparsi di un problema tecnico e deve contenere elementi tecnici. Questo criterio può rivelarsi decisivo nell'esame se un'invenzione debba essere esclusa dalla brevettabilità in base all'art. 52, par. 2 e 4, e art. 53, sub-par. (b). V. linee-guida dell'EPO, 1 giugno 1978, <http://swpat.ffii.org/papers/epo-gl78/index.en.html>.

⁴³⁸ L'EPO segue chiaramente la pratica dell'USPTO.

⁴³⁹ V., p. es., in Germania, le sentenze del BGH "Dispositionsprogramm" del 22 giugno 1976, BGHZ 67, 22 (10[^] Sez. civ.); BGH "Walzstabeilung" del 16 settembre 1980, BGHZiv. 1981, vol. 78, p. 98 seq. V. anche BpatG del 28 luglio 2000, BpatG/17W (pat) 69/98, riportato in <http://swpat.ffii.org/papers/bpatg17-suche00/index.de.html>.

⁴⁴⁰ BGH, "Dispositionsprogramm" cit. V. il commento, molto citato, di Gert Kolle. "Technik, Datenverarbeitung und Patentrecht – Bemerkungen zur Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs," GRUR, 1977, 02, v. anche <http://swpat.ffii.org/papers/grur-kolle77/index.de.html>; e quello di Krasser, in Wolfgang Bernhardt & Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts – Recht der Bundesrepublik Deutschland, Europäisches und Internationales Patentrecht*. Muenchen: Beck, 1986, 4. Aufl., <http://swpat.ffii.org/papers/bgh-dispo76/index.en.html>. Kolle osservò: "Die Bilanz der Dispositionsprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist klar und ermutigend. Auf der Aktivseite ist praktisch nichts verblieben. Versuche, Patentschutz fuer Software-Schoepfungen zu erhalten, haben keine Zukunft mehr."

⁴⁴¹ Del 13 maggio 1980, commento di Eisenfuehr. "BGH-Urteil 'Antiblockiersystem' von 1980 bremst 'Hexenjagd gegen alles Untechnische'", GRUR, 1980, 9; v. <http://swpat.ffii.org/papers/bgh-abs80/index.de.html>.

deciso il *Bundespatentgericht* (BPatG), dichiarò brevettabili questi "programmi tecnici".

Più di recente però, nella scia della frenesia americana e con la erronea giustificazione di impedire che l'industria europea si trovi svantaggiata rispetto a quella americana sui mercati mondiali, i tribunali tedeschi hanno emesso importanti pronunce a favore della brevettabilità del software e dei metodi di gestione.

Nel 2000, il massimo tribunale tedesco emise la sentenza detta "*Logikverifikation*",⁴⁴² che rappresenta un vero e proprio capovolgimento della sua precedente giurisprudenza.⁴⁴³ Il giudice del BGH Klaus Melullis aveva, nel 1998, scritto un articolo⁴⁴⁴ in cui sosteneva che la esclusione della brevettabilità del software, sancita dall'art. 52 EPC, riguardava solo "l'insegnamento non tecnico" dell'invenzione, mentre il software costituirebbe insegnamento tecnico,⁴⁴⁵ e quindi l'esclusione sarebbe inapplicabile. Il BGH aderì a questa lettura.⁴⁴⁶ Uno dei giudici del BGH, Keukenschrijver, tenne un discorso dinanzi all'associazione professionale degli avvocati brevettualisti di Monaco, e spiegò che il nuovo orientamento della corte federale, lungi dal voler introdurre una nuova giurisprudenza riguardo ai brevetti sul software, aveva soltanto rettificato la precedente errata interpretazione della legge da parte del BGH, il quale – così sostenne Keukenschrijver, mancando pesantemente di rispetto e cortesia ai suoi colleghi – si era orientato, nelle sentenze del 1976 e in quelle che seguirono, a un concetto di "insegnamento tecnico" radicato nel paleolitico, che aveva ora finalmente ceduto il passo alla visione "neolitica".⁴⁴⁷

⁴⁴² BGH sentenza del 29 marzo 2000.

⁴⁴³ Che solo i tribunali tedeschi, in Europa, violino la legge, si spiega, probabilmente, con il fatto che l'ufficio europeo dei brevetti (EPO) ha sede a Monaco, e influenza fortemente gli avvocati brevettualisti locali, i quali a loro volta danno manforte all'EPO.

⁴⁴⁴ Klaus Melullis. "Zur Patentierbarkeit von Programmen fuer DV-Anlagen;" v. riferimenti in <http://swpat.ffii.org/akteure/melullis/index.de.html>

⁴⁴⁵ Kolle, cit., aveva convincentemente argomentato la tesi secondo la quale programmi di computer non possono essere considerati "tecnici" nel senso della legge sui brevetti, e perché un ingenuo o intenzionale sfilacciamento del concetto di ciò che è "tecnico" porterebbe a irresponsabili effetti di esclusione. Anche Krasser, v. Wolfgang Bernhardt & Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts – Recht der Bundesrepublik Deutschland, Europäisches und Internationales Patentrecht*. Muenchen: Beck, 1986, 4. Aufl., aveva osservato che l'invenzione è definita come "insegnamento tecnico" cioè su come usare forze di natura per causare direttamente un effetto fisico/materiale. Questo non include le leggi del ragionamento umano (logica, matematica, ecc.). Le regole di organizzazione o calcolo non sono "tecniche", neppure quando vengono eseguite su computer, perché la soluzione del problema si conclude e si verifica nell'ambito del ragionamento prima che l'ambito ingegneristico (il campo tecnico) subentra nel corso della applicazione pratica. V. <http://swpat.ffii.org/papers/bgh-dispo76/index.en.html>.

⁴⁴⁶ Melullis, cit., in seguito (novembre 2000) si espresse contro l'abolizione della esclusione di brevettabilità dei brevetti di software (art. 52 EPC), e manifestò un atteggiamento scettico rispetto alla brevettabilità in genere dei programmi di computer.

⁴⁴⁷ Keukenschrijver. "2000-03-29: Ausweg des BGH aus der Steinzeit." La critica di Keukenschrijver è del tutto ingiustificata. (La sentenza del BGH del 1976 è un esempio di lucida e precisa analisi giuridica).

1. Maria Cristina Marcuzzo [1985] "Yoan Violet Robinson (1903-1983)", pp. 134
2. Sergio Lugaresi [1986] "Le imposte nelle teorie del sovrappiù", pp. 26
3. Massimo D'Angelillo e Leonardo Paggi [1986] "PCI e socialdemocrazie europee. Quale riformismo?", pp. 158
4. Gian Paolo Caselli e Gabriele Pastrello [1986] "Un suggerimento hobsoniano su terziario ed occupazione: il caso degli Stati Uniti 1960/1983", pp. 52
5. Paolo Bosi e Paolo Silvestri [1986] "La distribuzione per aree disciplinari dei fondi destinati ai Dipartimenti, Istituti e Centri dell'Università di Modena: una proposta di riforma", pp. 25
6. Marco Lippi [1986] "Aggregations and Dynamic in One-Equation Econometric Models", pp. 64
7. Paolo Silvestri [1986] "Le tasse scolastiche e universitarie nella Legge Finanziaria 1986", pp. 41
8. Mario Forni [1986] "Storie familiari e storie di proprietà. Itinerari sociali nell'agricoltura italiana del dopoguerra", pp. 165
9. Sergio Paba [1986] "Gruppi strategici e concentrazione nell'industria europea degli elettrodomestici bianchi", pp. 56
10. Nerio Naldi [1986] "L'efficienza marginale del capitale nel breve periodo", pp. 54
11. Fernando Vianello [1986] "Labour Theory of Value", pp. 31
12. Piero Ganugi [1986] "Risparmio forzato e politica monetaria negli economisti italiani tra le due guerre", pp. 40
13. Maria Cristina Marcuzzo e Annalisa Rosselli [1986] "The Theory of the Gold Standard and Ricardo's Standard Comodity", pp. 30
14. Giovanni Solinas [1986] "Mercati del lavoro locali e carriere di lavoro giovanili", pp. 66
15. Giovanni Bonifati [1986] "Saggio dell'interesse e domanda effettiva. Osservazioni sul cap. 17 della General Theory", pp. 42
16. Marina Murat [1986] "Betwın old and new classical macroeconomics: notes on Lejonhufvud's notion of full information equilibrium", pp. 20
17. Sebastiano Brusco e Giovanni Solinas [1986] "Mobilità occupazionale e disoccupazione in Emilia Romagna", pp. 48
18. Mario Forni [1986] "Aggregazione ed esogeneità", pp. 13
19. Sergio Lugaresi [1987] "Redistribuzione del reddito, consumi e occupazione", pp. 17
20. Fiorenzo Sperotto [1987] "L'immagine neopopulista di mercato debole nel primo dibattito sovietico sulla pianificazione", pp. 34
21. M. Cecilia Guerra [1987] "Benefici tributari nel regime misto per i dividendi proposto dalla commissione Sarcinelli: una nota critica", pp. 9
22. Leonardo Paggi [1987] "Contemporary Europe and Modern America: Theories of Modernity in Comparative Perspective", pp. 38
23. Fernando Vianello [1987] "A Critique of Professor Goodwin's 'Critique of Sraffa'", pp. 12
24. Fernando Vianello [1987] "Effective Demand and the Rate of Profits. Some Thoughts on Marx, Kalecki and Sraffa", pp. 41
25. Anna Maria Sala [1987] "Banche e territorio. Approccio ad un tema geografico-economico", pp. 40
26. Enzo Mingione e Giovanni Mottura [1987] "Fattori di trasformazione e nuovi profili sociali nell'agricoltura italiana: qualche elemento di discussione", pp. 36
27. Giovanna Procacci [1988] "The State and Social Control in Italy During the First World War", pp. 18
28. Massimo Matteuzzi e Annamaria Simonazzi [1988] "Il debito pubblico", pp. 62
29. Maria Cristina Marcuzzo (a cura di) [1988] "Richard F. Kahn. A discipline of Keynes", pp. 118
30. Paolo Bosi [1988] "MICROMOD. Un modello dell'economia italiana per la didattica della politica fiscale", pp. 34
31. Paolo Bosi [1988] "Indicatori della politica fiscale. Una rassegna e un confronto con l'aiuto di MICROMOD", pp. 25
32. Giovanna Procacci [1988] "Protesta popolare e agitazioni operaie in Italia 1915-1918", pp. 45
33. Margherita Russo [1988] "Distretto Industriale e servizi. Uno studio dei trasporti nella produzione e nella vendita delle piastrelle", pp. 157
34. Margherita Russo [1988] "The effect of technical change on skill requirements: an empirical analysis", pp. 28
35. Carlo Grillenzoni [1988] "Identification, estimations of multivariate transfer functions", pp. 33
36. Nerio Naldi [1988] "'Keynes' concept of capital", pp. 40
37. Andrea Ginzburg [1988] "locomotiva Italia?", pp. 30
38. Giovanni Mottura [1988] "La 'persistenza' secolare. Appunti su agricoltura contadina ed agricoltura familiare nelle società industriali", pp. 40
39. Giovanni Mottura [1988] "L'anticamera dell'esodo. I contadini italiani della 'restaurazione contrattuale' fascista alla riforma fondiaria", pp. 40
40. Leonardo Paggi [1988] "Americanismo e riformismo. La socialdemocrazia europea nell'economia mondiale aperta", pp. 120
41. Annamaria Simonazzi [1988] "Fenomeni di isteresi nella spiegazione degli alti tassi di interesse reale", pp. 44
42. Antonietta Bassetti [1989] "Analisi dell'andamento e della casualità della borsa valori", pp. 12
43. Giovanna Procacci [1989] "State coercion and worker solidarity in Italy (1915-1918): the moral and political content of social unrest", pp. 41
44. Carlo Alberto Magni [1989] "Reputazione e credibilità di una minaccia in un gioco bargaining", pp. 56
45. Giovanni Mottura [1989] "Agricoltura familiare e sistema agroalimentare in Italia", pp. 84
46. Mario Forni [1989] "Trend, Cycle and 'Fortuitous cancellation': a Note on a Paper by Nelson and Plosser", pp. 4
47. Paolo Bosi, Roberto Golinelli, Anna Stagni [1989] "Le origini del debito pubblico e il costo della stabilizzazione", pp. 26
48. Roberto Golinelli [1989] "Note sulla struttura e sull'impiego dei modelli macroeconomici", pp. 21
49. Marco Lippi [1989] "A Shorte Note on Cointegration and Aggregation", pp. 11
50. Gian Paolo Caselli e Gabriele Pastrello [1989] "The Linkage between Tertiary and Industrial Sector in the Italian Economy: 1951-1988. From an External Dependence to an International One", pp. 40
51. Gabriele Pastrello [1989] "Francois quesnay: dal Tableau Zig-zag al Tableau Formule: una ricostruzione", pp. 48
52. Paolo Silvestri [1989] "Il bilancio dello stato", pp. 34
53. Tim Mason [1990] "Tre seminari di storia sociale contemporanea", pp. 26
54. Michele Lalla [1990] "The Aggregate Escape Rate Analysed through the Queuing Model", pp. 23
55. Paolo Silvestri [1990] "Sull'autonomia finanziaria dell'università", pp. 11
56. Paola Bertolini, Enrico Giovannetti [1990] "Uno studio di 'filiera' nell'agroindustria. Il caso del Parmigiano Reggiano", pp. 164

57. Paolo Bosi, Roberto Golinelli, Anna Stagni [1990] "Effetti macroeconomici, settoriali e distributivi dell'armonizzazione dell'IVA", pp. 24
58. Michele Lalla [1990] "Modelling Employment Spells from Emilia Labour Force Data", pp. 18
59. Andrea Ginzburg [1990] "Politica Nazionale e commercio internazionale", pp. 22
60. Andrea Giommi [1990] "La probabilità individuale di risposta nel trattamento dei dati mancanti", pp. 13
61. Gian Paolo Caselli e Gabriele Pastrello [1990] "The service sector in planned economies. Past experiences and future prospectives", pp. 32
62. Giovanni Solinas [1990] "Competenze, grandi industrie e distretti industriali. Il caso Magneti Marelli", pp. 23
63. Andrea Ginzburg [1990] "Debito pubblico, teorie monetarie e tradizione civica nell'Inghilterra del Settecento", pp. 30
64. Mario Forni [1990] "Incertezza, informazione e mercati assicurativi: una rassegna", pp. 37
65. Mario Forni [1990] "Misspecification in Dynamic Models", pp. 19
66. Gian Paolo Caselli e Gabriele Pastrello [1990] "Service Sector Growth in CPE's: An Unsolved Dilemma", pp. 28
67. Paola Bertolini [1990] "La situazione agro-alimentare nei paesi ad economia avanzata", pp. 20
68. Paola Bertolini [1990] "Sistema agro-alimentare in Emilia Romagna ed occupazione", pp. 65
69. Enrico Giovannetti [1990] "Efficienza ed innovazione: il modello 'Tondi e flussi' applicato ad una filiera agro-industriale", pp. 38
70. Margherita Russo [1990] "Cambiamento tecnico e distretto industriale: una verifica empirica", pp. 115
71. Margherita Russo [1990] "Distretti industriali in teoria e in pratica: una raccolta di saggi", pp. 119
72. Paolo Silvestri [1990] "La Legge Finanziaria. Voce dell'enciclopedia Europea Garzanti", pp. 8
73. Rita Paltrinieri [1990] "La popolazione italiana: problemi di oggi e di domani", pp. 57
74. Enrico Giovannetti [1990] "Illusioni ottiche negli andamenti delle Grandezze distributive: la scala mobile e l'appiattimento delle retribuzioni in una ricerca", pp. 120
75. Enrico Giovannetti [1990] "Crisi e mercato del lavoro in un distretto industriale: il bacino delle ceramiche. Sez. I", pp. 150
76. Enrico Giovannetti [1990] "Crisi e mercato del lavoro in un distretto industriale: il bacino delle ceramiche. Sez. II", pp. 145
78. Antonietta Bassetti e Costanza Torricelli [1990] "Una riqualificazione dell'approccio bargaining alla selezioni di portafoglio", pp. 4
77. Antonietta Bassetti e Costanza Torricelli [1990] "Il portafoglio ottimo come soluzione di un gioco bargaining", pp. 15
79. Mario Forni [1990] "Una nota sull'errore di aggregazione", pp. 6
80. Francesca Bengamini [1991] "Alcune considerazioni sulle soluzioni di un gioco bargaining", pp. 21
81. Michele Grillo e Michele Polo [1991] "Political Exchange and the allocation of surplus: a Model of Two-party competition", pp. 34
82. Gian Paolo Caselli e Gabriele Pastrello [1991] "The 1990 Polish Recession: a Case of Truncated Multiplier Process", pp. 26
83. Gian Paolo Caselli e Gabriele Pastrello [1991] "Polish firms: Pricate Vices Pubblis Virtues", pp. 20
84. Sebastiano Brusco e Sergio Paba [1991] "Comessioni, competenze e capacità concorrenziale nell'industria della Sardegna", pp. 25
85. Claudio Grimaldi, Rony Hamoui, Nicola Rossi [1991] "Non Marketable assets and households' Portfolio Choice: a Case of Study of Italy", pp. 38
86. Giulio Righi, Massimo Baldini, Alessandra Brambilla [1991] "Le misure degli effetti redistributivi delle imposte indirette: confronto tra modelli alternativi", pp. 47
87. Roberto Fanfani, Luca Lanini [1991] "Innovazione e servizi nello sviluppo della meccanizzazione agricola in Italia", pp. 35
88. Antonella Caiumi e Roberto Golinelli [1992] "Stima e applicazioni di un sistema di domanda Almost Ideal per l'economia italiana", pp. 34
89. Maria Cristina Marcuzzo [1992] "La relazione salari-occupazione tra rigidità reali e rigidità nominali", pp. 30
90. Mario Biagioli [1992] "Employee financial participation in enterprise results in Italy", pp. 50
91. Mario Biagioli [1992] "Wage structure, relative prices and international competitiveness", pp. 50
92. Paolo Silvestri e Giovanni Solinas [1993] "Abbandoni, esiti e carriera scolastica. Uno studio sugli studenti iscritti alla Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Modena nell'anno accademico 1990/1991", pp. 30
93. Gian Paolo Caselli e Luca Martinelli [1993] "Italian GPN growth 1890-1992: a unit root or segmented trend representatin?", pp. 30
94. Angela Politi [1993] "La rivoluzione fraintesa. I partigiani emiliani tra liberazione e guerra fredda, 1945-1955", pp. 55
95. Alberto Rinaldi [1993] "Lo sviluppo dell'industria metalmeccanica in provincia di Modena: 1945-1990", pp. 70
96. Paolo Emilio Mistrulli [1993] "Debito pubblico, intermediari finanziari e tassi d'interesse: il caso italiano", pp. 30
97. Barbara Pistoresi [1993] "Modelling disaggregate and aggregate labour demand equations. Cointegration analysis of a labour demand function for the Main Sectors of the Italian Economy: 1950-1990", pp. 45
98. Giovanni Bonifati [1993] "Progresso tecnico e accumulazione di conoscenza nella teoria neoclassica della crescita endogena. Una analisi critica del modello di Romer", pp. 50
99. Marcello D'Amato e Barbara Pistoresi [1994] "The relationship(s) among Wages, Prices, Unemployment and Productivity in Italy", pp. 30
100. Mario Forni [1994] "Consumption Volatility and Income Persistence in the Permanent Income Model", pp. 30
101. Barbara Pistoresi [1994] "Using a VECM to characterise the relative importance of permanent and transitory components", pp. 28
102. Gian Paolo Caselli and Gabriele Pastrello [1994] "Polish recovery form the slump to an old dilemma", pp. 20
103. Sergio Paba [1994] "Imprese visibili, accesso al mercato e organizzazione della produzione", pp. 20
104. Giovanni Bonifati [1994] "Progresso tecnico, investimenti e capacità produttiva", pp. 30
105. Giuseppe Marotta [1994] "Credit view and trade credit: evidence from Italy", pp. 20
106. Margherita Russo [1994] "Unit of investigation for local economic development policies", pp. 25
107. Luigi Brighi [1995] "Monotonicity and the demand theory of the weak axioms", pp. 20
108. Mario Forni e Lucrezia Reichlin [1995] "Modelling the impact of technological change across sectors and over time in manufacturing", pp. 25
109. Marcello D'Amato and Barbara Pistoresi [1995] "Modelling wage growth dynamics in Italy: 1960-1990", pp. 38
110. Massimo Baldini [1995] "INDIMOD. Un modello di microsimulazione per lo studio delle imposte indirette", pp. 37

111. Paolo Bosi [1995] "Regionalismo fiscale e autonomia tributaria: l'emersione di un modello di consenso", pp. 38
112. Massimo Baldini [1995] "Aggregation Factors and Aggregation Bias in Consumer Demand", pp. 33
113. Costanza Torricelli [1995] "The information in the term structure of interest rates. Can stochastic models help in resolving the puzzle?" pp. 25
114. Margherita Russo [1995] "Industrial complex, pôle de développement, distretto industriale. Alcune questioni sulle unità di indagine nell'analisi dello sviluppo." pp. 45
115. Angelika Moryson [1995] "50 Jahre Deutschland. 1945 - 1995" pp. 21
116. Paolo Bosi [1995] "Un punto di vista macroeconomico sulle caratteristiche di lungo periodo del nuovo sistema pensionistico italiano." pp. 32
117. Gian Paolo Caselli e Salvatore Curatolo [1995] "Esistono relazioni stimabili fra dimensione ed efficienza delle istituzioni e crescita produttiva? Un esercizio nello spirito di D.C. North." pp. 11
118. Mario Forni e Marco Lippi [1995] "Permanent income, heterogeneity and the error correction mechanism." pp. 21
119. Barbara Pistoresi [1995] "Co-movements and convergence in international output. A Dynamic Principal Components Analysis" pp. 14
120. Mario Forni e Lucrezia Reichlin [1995] "Dynamic common factors in large cross-section" pp. 17
121. Giuseppe Marotta [1995] "Il credito commerciale in Italia: una nota su alcuni aspetti strutturali e sulle implicazioni di politica monetaria" pp. 20
122. Giovanni Bonifati [1995] "Progresso tecnico, concorrenza e decisioni di investimento: una analisi delle determinanti di lungo periodo degli investimenti" pp. 25
123. Giovanni Bonifati [1995] "Cambiamento tecnico e crescita endogena: una valutazione critica delle ipotesi del modello di Romer" pp. 21
124. Barbara Pistoresi e Marcello D'Amato [1995] "La riservatezza del banchiere centrale è un bene o un male? Effetti dell'informazione incompleta sul benessere in un modello di politica monetaria." pp. 32
125. Barbara Pistoresi [1995] "Radici unitarie e persistenza: l'analisi univariata delle fluttuazioni economiche." pp. 33
126. Barbara Pistoresi e Marcello D'Amato [1995] "Co-movements in European real outputs" pp. 20
127. Antonio Ribba [1996] "Ciclo economico, modello lineare-stocastico, forma dello spettro delle variabili macroeconomiche" pp. 31
128. Carlo Alberto Magni [1996] "Repeatable and a tantum real options a dynamic programming approach" pp. 23
129. Carlo Alberto Magni [1996] "Opzioni reali d'investimento e interazione competitiva: programmazione dinamica stocastica in optimal stopping" pp. 26
130. Carlo Alberto Magni [1996] "Vaghezza e logica fuzzy nella valutazione di un'opzione reale" pp. 20
131. Giuseppe Marotta [1996] "Does trade credit redistribution thwart monetary policy? Evidence from Italy" pp. 20
132. Mauro Dell'Amico e Marco Trubian [1996] "Almost-optimal solution of large weighted equicut problems" pp. 30
133. Carlo Alberto Magni [1996] "Un esempio di investimento industriale con interazione competitiva e avversione al rischio" pp. 20
134. Margherita Russo, Peter Börkey, Emilio Cubel, François Lévêque, Francisco Mas [1996] "Local sustainability and competitiveness: the case of the ceramic tile industry" pp. 66
135. Margherita Russo [1996] "Camionetto tecnico e relazioni tra imprese" pp. 190
136. David Avra Lane, Irene Poli, Michele Lalla, Alberto Roverato [1996] "Lezioni di probabilità e inferenza statistica" pp. 288
137. David Avra Lane, Irene Poli, Michele Lalla, Alberto Roverato [1996] "Lezioni di probabilità e inferenza statistica - Esercizi svolti -" pp. 302
138. Barbara Pistoresi [1996] "Is an Aggregate Error Correction Model Representative of Disaggregate Behaviours? An example" pp. 24
139. Luisa Malaguti e Costanza Torricelli [1996] "Monetary policy and the term structure of interest rates", pp. 30
140. Mauro Dell'Amico, Martine Labbé, Francesco Maffioli [1996] "Exact solution of the SONET Ring Loading Problem", pp. 20
141. Mauro Dell'Amico, R.J.M. Vaessens [1996] "Flow and open shop scheduling on two machines with transportation times and machine-independent processing times in NP-hard, pp. 10
142. M. Dell'Amico, F. Maffioli, A. Sciomeschen [1996] "A Lagrangean Heuristic for the Pirze Collecting Travelling Salesman Problem", pp. 14
143. Massimo Baldini [1996] "Inequality Decomposition by Income Source in Italy - 1987 - 1993", pp. 20
144. Graziella Bertocchi [1996] "Trade, Wages, and the Persistence of Underdevelopment" pp. 20
145. Graziella Bertocchi and Fabio Canova [1996] "Did Colonization matter for Growth? An Empirical Exploration into the Historical Causes of Africa's Underdevelopment" pp. 32
146. Paola Bertolini [1996] "La modernization de l'agriculture italienne et le cas de l'Emilie Romagne" pp. 20
147. Enrico Giovannetti [1996] "Organisation industrielle et développement local: le cas de l'agroindustrie in Emilie Romagne" pp. 18
148. Maria Elena Bontempi e Roberto Golinelli [1996] "Le determinanti del leverage delle imprese: una applicazione empirica ai settori industriali dell'economia italiana" pp. 31
149. Paola Bertolini [1996] "L'agriculture et la politique agricole italienne face aux recents scenarios", pp. 20
150. Enrico Giovannetti [1996] "Il grado di utilizzo della capacità produttiva come misura dei costi di transizione. Una rilettura di 'Nature of the Firm' di R. Coase", pp. 65
151. Enrico Giovannetti [1996] "Il I° ciclo del Diploma Universitario Economia e Amministrazione delle Imprese", pp. 25
152. Paola Bertolini, Enrico Giovannetti, Giulia Santacaterina [1996] "Il Settore del Verde Pubblico. Analisi della domanda e valutazione economica dei benefici", pp. 35
153. Giovanni Solinas [1996] "Sistemi produttivi del Centro-Nord e del Mezzogiorno. L'industria delle calzature", pp. 55
154. Tindara Addabbo [1996] "Married Women's Labour Supply in Italy in a Regional Perspective", pp. 85
155. Paolo Silvestri, Giuseppe Catalano, Cristina Bevilacqua [1996] "Le tasse universitarie e gli interventi per il diritto allo studio: la prima fase di applicazione di una nuova normativa" pp. 159
156. Sebastiano Brusco, Paolo Bertossi, Margherita Russo [1996] "L'industria dei rifiuti urbani in Italia", pp. 25
157. Paolo Silvestri, Giuseppe Catalano [1996] "Le risorse del sistema universitario italiano: finanziamento e governo" pp. 400
158. Carlo Alberto Magni [1996] "Un semplice modello di opzione di differimento e di vendita in ambito discreto", pp. 10
159. Tito Pietra, Paolo Siconolfi [1996] "Fully Revealing Equilibria in Sequential Economies with Asset Markets" pp. 17
160. Tito Pietra, Paolo Siconolfi [1996] "Extrinsic Uncertainty and the Informational Role of Prices" pp. 42
161. Paolo Bertella Farnetti [1996] "Il negro e il rosso. Un precedente non esplorato dell'integrazione afroamericana negli Stati Uniti" pp. 26
162. David Lane [1996] "Is what is good for each best for all? Learning from others in the information contagion model" pp. 18

163. Antonio Ribba [1996] "A note on the equivalence of long-run and short-run identifying restrictions in cointegrated systems" pp. 10
164. Antonio Ribba [1996] "Scomposizioni permanenti-transitorie in sistemi cointegrati con una applicazione a dati italiani" pp. 23
165. Mario Forni, Sergio Paba [1996] "Economic Growth, Social Cohesion and Crime" pp. 20
166. Mario Forni, Lucrezia Reichlin [1996] "Let's get real: a factor analytical approach to disaggregated business cycle dynamics" pp. 25
167. Marcello D'Amato e Barbara Pistorosi [1996] "So many Italies: Statistical Evidence on Regional Cohesion" pp. 31
168. Elena Bonfiglioli, Paolo Bosi, Stefano Toso [1996] "L'equità del contributo straordinario per l'Europa" pp. 20
169. Graziella Bertocchi, Michael Spagat [1996] "Il ruolo dei licei e delle scuole tecnico-professionali tra progresso tecnologico, conflitto sociale e sviluppo economico" pp. 37
170. Gianna Boero, Costanza Torricelli [1997] "The Expectations Hypothesis of the Term Structure of Interest Rates: Evidence for Germany" pp. 15
171. Mario Forni, Lucrezia Reichlin [1997] "National Policies and Local Economies: Europe and the US" pp. 22
172. Carlo Alberto Magni [1997] "La trappola del Roe e la tridimensionalità del Van in un approccio sistemico", pp. 16
173. Mauro Dell'Amico [1997] --A Linear Time Algorithm for Scheduling Outforests with Communication Delays on Two Processor-- pp. 18
174. Paolo Bosi [1997] "Aumentare l'età pensionabile fa diminuire la spesa pensionistica? Ancora sulle caratteristiche di lungo periodo della riforma Dini- pp. 13
175. Paolo Bosi e Massimo Matteuzzi [1997] -Nuovi strumenti per l'assistenza sociale- pp. 31
176. Mauro Dell'Amico, Francesco Maffioli e Marco Trubian [1997] "New bounds for optimum traffic assignment in satellite communication" pp. 21
177. Carlo Alberto Magni [1997] "Paradossi, inverosimiglianze e contraddizioni dei Van: operazioni certe" pp. 9
178. Barbara Pistorosi e Marcello D'Amato [1997] "Persistence of relative unemployment rates across italian regions" pp. 25
179. Margherita Russo, Franco Cavedoni e Riccardo Pianesani [1997] "Le spese ambientali dei Comuni in provincia di Modena, 1993-1995" pp. 23
180. Gabriele Pastrello [1997] "Time and Equilibrium, Two Elusive Guests in the Keynes-Hawtrey-Robertson Debate in the Thirties" pp. 25
181. Luisa Malaguti e Costanza Torricelli [1997] "The Interaction Between Monetary Policy and the Expectation Hypothesis of the Term Structure of Interest rates in a N-Period Rational Expectation Model" pp. 27
182. Mauro Dell'Amico [1997] "On the Continuous Relaxation of Packing Problems - Technical Note" pp. 8
183. Stefano Bordini [1997] "Prova di Idoneità di Informatica Dispensa Esercizi Excel 5" pp. 49
184. Francesca Bergamini e Stefano Bordini [1997] "Una verifica empirica di un nuovo metodo di selezione ottima di portafoglio" pp. 22
185. Gian Paolo Caselli e Maurizio Battini [1997] "Following the tracks of atkinson and micklewright the changing distribution of income and earnings in poland from 1989 to 1995" pp. 21
186. Mauro Dell'Amico e Francesco Maffioli [1997] "Combining Linear and Non-Linear Objectives in Spanning Tree Problems" pp. 21
187. Gianni Ricci e Vanessa Debbia [1997] "Una soluzione evolutiva in un gioco differenziale di lotta di classe" pp. 14
188. Fabio Canova e Eva Ortega [1997] "Testing Calibrated General Equilibrium Model" pp. 34
189. Fabio Canova [1997] "Does Detrending Matter for the Determination of the Reference Cycle and the Selection of Turning Points?" pp. 35
190. Fabio Canova e Gianni De Nicolò [1997] "The Equity Premium and the Risk Free Rate: A Cross Country, Cross Maturity Examination" pp. 41
191. Fabio Canova e Angel J. Ubide [1997] "International Business Cycles, Financial Market and Household Production" pp. 32
192. Fabio Canova e Gianni De Nicolò [1997] "Stock Returns, Term Structure, Inflation and Real Activity: An International Perspective" pp. 33
193. Fabio Canova e Morten Ravn [1997] "The Macroeconomic Effects of German Unification: Real Adjustments and the Welfare State" pp. 34
194. Fabio Canova [1997] "Detrending and Business Cycle Facts" pp. 40
195. Fabio Canova e Morten O. Ravn [1997] "Crossing the Rio Grande: Migrations, Business Cycle and the Welfare State" pp. 37
196. Fabio Canova e Jane Marrinan [1997] "Sources and Propagation of International Output Cycles: Common Shocks or Transmission?" pp. 41
197. Fabio Canova e Albert Marcet [1997] "The Poor Stay Poor: Non-Convergence Across Countries and Regions" pp. 44
198. Carlo Alberto Magni [1997] "Un Criterio Strutturalista per la Valutazione di Investimenti" pp. 17
199. Stefano Bordini [1997] "Elaborazione Automatica dei Dati" pp. 60
200. Paolo Bertella Farnetti [1997] "The United States and the Origins of European Integration" pp. 19
201. Paolo Bosi [1997] "Sul Controllo Dinamico di un Sistema Pensionistico a Ripartizione di Tipo Contributivo" pp. 17
202. Paola Bertolini [1997] "European Union Agricultural Policy: Problems and Perspectives" pp. 18
203. Stefano Bordini [1997] "Supporti Informativi per la Ricerca delle soluzioni di Problemi Decisionali" pp. 30
204. Carlo Alberto Magni [1997] "Paradossi, Inverosimiglianze e Contraddizioni del Van: Operazioni Aleatorie" pp. 10
205. Carlo Alberto Magni [1997] "Tir, Roe e Van: Distorsioni Linguistiche e Cognitive nella Valutazione degli Investimenti" pp. 17
206. Gisella Facchinetti, Roberto Ghiselli Ricci e Silvia Muzzioli [1997] "New Methods For Ranking Triangular Fuzzy Numbers: An Investment Choice" pp.
207. Mauro Dell'Amico e Silvano Martello [1997] "Reduction of the Three-Partition Problem" pp. 19
208. Carlo Alberto Magni [1997] "TRR, ROE and NPV: a Systemic Approach" pp. 20
209. Mauro Dell'Amico, Andrea Lodi e Francesco Maffioli [1997] "Solution of the cumulative assignment problem with a well-structured tabu search method" pp. 25
210. Carlo Alberto Magni [1997] "La definizione di investimento e criterio del Tir ovvero: la realtà inventata" pp. 16
211. Carlo Alberto Magni [1997] "Critica alla definizione classica di investimento: un approccio sistemico" pp. 17
212. Alberto Roverato [1997] "Asymptotic prior to posterior analysis for graphical gaussian models" pp. 8
213. Tindara Addabbo [1997] "Povertà nel 1995 analisi statica e dinamica sui redditi familiari" pp. 64
214. Gian Paolo Caselli e Franca Manghi [1997] "La transizione da piano a mercato e il modello di Ising" pp. 15
215. Tindara Addabbo [1998] "Lavoro non pagato e reddito esteso: una applicazione alle famiglie italiane in cui entrambi i coniugi sono lavoratori dipendenti" pp. 54

216. Tindara Addabbo [1998] "Probabilità di occupazione e aspettative individuali" pp. 36
217. Lara Magnani [1998] "Transazioni, contratti e organizzazioni: una chiave di lettura della teoria economica dell'organizzazione" pp. 39
218. Michele Lalla, Rosella Molinari e Maria Grazia Modena [1998] "La progressione delle carriere: i percorsi in cardiologia" pp. 46
219. Lara Magnani [1998] "L'organizzazione delle transizioni di subfornitura nel distretto industriale" pp. 40
220. Antonio Ribba [1998] "Recursive VAR orderings and identification of permanent and transitory shocks" pp. 12
221. Antonio Ribba [1998] "Granger-causality and exogeneity in cointegrated Var models" pp. 5
222. Luigi Brighi e Marcello D'Amato [1998] "Optimal Procurement in Multiproduct Monopoli" pp. 25
223. Paolo Bosi, Maria Cecilia Guerra e Paolo Silvestri [1998] "La spesa sociale nel comune Modena Rapporto intermedio" pp. 37
224. Mario Forni e Marco Lippi [1998] "On the Microfoundations of Dynamic Macroeconomics" pp. 22
225. Roberto Ghiselli Ricci [1998] "Nuove Proposte di Ordinamento di Numeri Fuzzy. Una Applicazione ad un Problema di Finanziamento" pp. 7
226. Tommaso Minerva [1998] "Internet Domande e Risposte" pp. 183
227. Tommaso Minerva [1998] "Elementi di Statistica Computazione. Parte Prima: Il Sistema Operativo Unix ed il Linguaggio C" pp. 57
228. Tommaso Minerva and Irene Poli [1998] "A Genetic Algorithms Selection Method for Predictive Neural Nets and Linear Models" pp. 60
229. Tommaso Minerva and Irene Poli [1998] "Building an ARMA model by using a Genetic Algorithm" pp. 60
230. Mauro Dell'Amico e Paolo Toth [1998] "Algorithms and Codes for Dense Assignment Problems the State of the Art" pp. 35
231. Ennio Cavazzuti e Nicoletta Pacchiarotti [1998] "How to play an hotelling game in a square town" pp. 12
232. Alberto Roverato e Irene Poli [1998] "Un algoritmo genetico per la selezione di modelli grafici" pp. 11
233. Marcello D'Amato e Barbara Pistoresi [1998] "Delegation of Monetary Policy to a Central Banker with Private Information" pp. 15
234. Graziella Bertocchi e Michael Spagat [1998] "The Evolution of Modern Educational Systems. Technical vs. General Education, Distributional Conflict, and Growth" pp. 31
235. André Dumas [1998] "Le système monétaire Européen" pp. 24
236. Gianna Boero, Gianluca Di Lorenzo e Costanza Torricelli [1998] "The influence of short rate predictability and monetary policy on tests of the expectations hypothesis: some comparative evidence" pp. 30
237. Carlo Alberto Magni [1998] "A systemic rule for investment decisions generalizations of the traditional DCF criteria and new conceptions" pp. 30
238. Marcello D'Amato e Barbara Pistoresi [1998] "Interest Rate Spreads Between Italy and Germany: 1995-1997" pp. 16
239. Paola Bertolini e Alberto Bertacchini [1998] "Il distretto di lavorazioni carni suine in provincia di Modena" pp. 29
240. Costanza Torricelli e Gianluca Di Lorenzo [1998] "Una nota sui fondamenti matematico-finanziari della teoria delle aspettative della struttura della scadenza" pp. 15
241. Christophe Croux, Mario Fonti e Lucrezia Reichlin [1998] "A Measure of Comovement for Economic Indicators: Theory and Empirics" pp. 23
242. Carlo Alberto Magni [1998] "Note sparse sul dilemma del prigioniero (e non solo)" pp. 13
243. Gian Paolo Caselli [1998] "The future of mass consumption society in the former planned economies: a macro approach" pp. 21
244. Mario Forni, Marco Lippi, Marco Lippi e Lucrezia Reichlin [1998] "The generalized dynamic factor model: identification and estimation" pp. 35
245. Carlo Alberto Magni [1998] "Pictures, language and research: the case of finance and financial mathematics" pp. 35
246. Luigi Brighi [1998] "Demand and generalized monotonicity" pp. 21
247. Mario Forni e Lucrezia Reichlin [1998] "Risk and potential insurance in Europe" pp. 20
248. Tommaso Minerva, Sandra Paterlini e Irene Poli [1998] "A Genetic Algorithm for predictive Neural Network Design (GANND). A Financial Application" pp. 12
249. Gian Paolo Caselli Maurizio Battini [1998] "The Changing Distribution of Earnings in Poland from 1989 to 1996" pp. 9
250. Mario Forni Sergio Paba [1998] "Industrial Districts, Social Environment and Local Growth" Evidence from Italy " pp. 27
251. Lara Magnani [1998] "Un'analisi del distretto industriale fondata sulla moderna teoria economica dell'organizzazione" pp. 46
252. Mario Forni Lucrezia Reichlin [1998] "Federal Policies and Local Economies: Europe and the US" pp. 24
253. Luigi Brighi [1998] "A Case of Optimal Regulation with Multidimensional Private Information" pp. 20
254. Barbara Pistoresi Stefania Luppi [1998] "Gli investimenti diretti esteri nell'America Latina e nel Sud Est Asiatico: 1982-1995" pp. 27
255. Paola Mengoli Margherita Russo [1998] "Technical and Vocational Education and Training in Italy: Structure and Changes at National and Regional Level" pp. 25
256. Tindara Addabbo [1998] "On-the-Job Search a Microeconomic Analysis on Italian Data" pp. 29
257. Lorenzo Bertucelli [1999] "Il paternalismo industriale: una discussione storiografica" pp.21
258. Mario Forni e Marco Lippi [1999] "The generalized dynamic factor model: representation theory" pp. 25
259. Andrea Ginzburg e Annamaria Simonazzi [1999] "Foreign debt cycles and the 'Gibson Paradox': an interpretative hypothesis" pp.38
260. Paolo Bosi [1999] "La riforma della spesa per assistenza dalla Commissione Onofri ad oggi: una valutazione in corso d'opera" pp. 56
261. Marcello D'Amato e Barbara Pistoresi [1999] "Go and soothe the row. Delegation of monetary policy under private information" pp.23
262. Michele Lalla [1999] "Sampling, Maintenance, and Weighting Schemes for Longitudinal Surveys: a Case Study of the Textile and Clothing Industry" pp. 27
263. Pederzoli Chiara e Torricelli Costanza [1999] "Una rassegna sui metodi di stima del Value at Risk (Var)"
264. Paolo Bosi, Maria Cecilia Guerra e Paolo Silvestri [1999] "La spesa sociale di Modena. La valutazione della condizione economica" pp. 74
265. Graziella Bertocchi e Michael Spagat [1999] "The Politics Co optation" pp. 14
266. Giovanni Bonifati [1999] "The Capacity to Generate Investment. An analysis of the long-term determinants of investment" pp.22
267. Tindara Addabbo e Antonella Caiumi [1999] "Extended Income and Inequality by Gender in Italy" pp. 40
268. Antonella Caiumi e Federico Perali [1999] "Children and Intra-household Distribution of Resources: An Estimate of the Sharing Rule of Italian Households" pp. 24
269. Vincenzo Atella, Antonella Caiumi e Federico Perali [1999] "Una scala di equivalenza non vale l'altra" pp. 23

270. Tito Pietra e Paolo Siconolfi [1999] "Volume of Trade and Revelation of Information" pp. 31
271. Antonella Picchio [1999] "La questione del lavoro non pagato nella produzione di servizi nel nucleo domestico (Household)" pp.58
272. Margherita Russo [1999] "Complementary Innovations and Generative Relationships in a Small Business Production System: the Case of Kervit" pp. 27
273. André Dumas [1999] "L'Economie de la drouge" pp. 12
274. André Dumas [1999] "L'Euro à l'heure actuelle" pp. 12
275. Michele Lalla Gisella Facchinetti [1999] "La valutazione della attività didattica: un confronto tra scale di misura e insiemi sfocati" pp.32
276. Mario Biagioli [1999] "Formazione e valorizzazione del capitale umano: un'indagine sui paesi dell'Unione Europea" pp.21
277. Mario Biagioli [1999] "Disoccupazione, formazione del capitale umano e determinazione dei salari individuali: un'indagine su microdati nei paesi dell'Unione Europea" pp. 15
278. Gian Paolo Caselli e Giulia Bruni [1999] "Il settore petrolifero russo, il petrolio del Mar Caspio e gli interessi geopolitici nell'area" pp. 28
279. Luca Gambetti [1999] "The Real Effect of Monetary Policy: a New VAR Identification Procedure" pp. 22
280. Marcello D'Amato Barbara Pistori [1999] "Assessing Potential Targets for Labour Market Reforms in Italy" pp. 8
281. Gian Paolo Caselli, Giulia Bruni e Francesco Pattarin [1999] "Gaddy and Ikos Model of Russian Barter Economy: Some Criticisms and Considerations" pp. 10
282. Silvia Muzzioli Costanza Torricelli [1999] "A Model for Pricing an Option with a Fuzzy Payoff" pp. 13
283. Antonella Caiumi Federico Perali [1999] "Povertà e Welfare in Italia in Relazione alla Scelta della Scala di Equivalenza" pp.25
284. Marcello Galli Tommaso Minerva [1999] "Algoritmi Genetici per l'Evoluzione di Modelli Lineari *Metodologia ad Applicazioni*" pp. 36
285. Mario Forni Sergio Paba [1999] "Knowledge Spillovers and the Growth of Local Industries" pp. 20
286. Gisella Facchinetti Giovanni Mastroleo [1999] "Un confronto tra uno score card ed un approccio fuzzy per la concessione del credito personale" pp.27
287. Gisella Facchinetti Giovanni Mastroleo e Sergio Paba [1999] "A Statistical and Fuzzy Algorithm for the Identification of Industrial Districts" pp. 6
288. Tommaso Minerva [1999] "Didattica e Informatica- *Una indagine Statistica relativa alla Provincia di Modena sul rapporto tra Insegnanti e Nuove Tecnologie*" pp. 46
289. Andrea Ginzburg [1999] "Sraffa e l'analisi sociale: alcune note metodologiche" pp. 37
290. Consolato Pellegrino Carla Fiori [1999] "Piani Formalmente Euclidei" pp. 11
291. Nicolina A. Malara, Maria Teresa Brandoli e Carla Fiori [1999] "Comportamenti di Studenti in Ingresso all'Università di Fronte allo Studio di Disequazioni" pp. 15
292. Consolato Pellegrino Maria Teresa Brandoli [1999] "Il Principio D'Induzione Euristica-Mente Parlando" pp. 11
293. Paolo Bertella Farnetti [1999] "Winston Churchill e l'unità europea" pp. 25
294. Tindara Addabbo Massimo Baldini [1999] "Safety net and poverty dynamics in Italy in the early nineties" pp. 23
295. Margherita Russo [2000] "Innovation Dynamics and Industrial Dynamics in a Local Production System. Changes in the Agents/Artifacts Space in Tile Decoration: from Silk Screen to Laser Engraved Silicon Cylinder" pp. 45
296. Gianluca Masci e Margherita Russo [2000] "L'attività brevettuale nel distretto ceramico, 1971-1998" pp. 41
297. Paola Mengoli e Margherita Russo [2000] "Competenze, innovazione e sviluppo locale" pp. 31
298. Gian Paolo Caselli e Tommaso Minerva [2000] "The Transition Process in Russia and China and the Ising Model" pp. 30
299. Gisella Facchinetti, Giovanni Mastroleo e Sergio Paba (2000) "A Fuzzy Approach to the Empirical Identification of Industrial Districts" pp. 7
300. Tommaso Minerva, Irene Poli and Sebastiano Brusco [2000] "A Cellular Automaton as a Model to Study the Dynamics of an Industrial District" pp. 6
301. Gisella Facchinetti [2000] "Il problema della misurazione del rischio di credito: una rassegna critica di metodologie" pp. 13
302. Marco Mazzoli [2000] "Investments and Financial Structure with Imperfect Financial Markets: an Intertemporal Discrete-Time Framework" pp.13
303. Giuseppe Marotta [2000] "Il credito commerciale in Italia: evidenza su dati d'impresa" pp. 29
304. Marco Mazzoli [2000] "Credit Channel and Industrial Firms' Market power" pp. 15
305. Gisella Facchinetti e Giovanni Mastroleo [2000] "The Mamdani and the α -operator in a Fuzzy Logic Control System" pp. 17
306. Giovanni Solinas e Giovanni Mastroleo [2000] "Benchmarking certificazione della qualità e piccole imprese. La sperimentazione di un modello europeo nelle piccole imprese in Emilia Romagna" pp. 45
307. Margherita Russo, Giorgio Allari, Silvano Bertini, Paolo Bonaretti, Elio De Leo, Giuseppe Fiorani and Gianni Rinaldini [2000] "The Challenges for the Next Decade: Notes for a debate on the Development of the Emilia-Romagna Region" pp. 27
308. Giovanni Mastroleo [2000] "L'integrazione dell'indagine statistica con l'approccio fuzzy nel controllo di efficacia: il monitoraggio sugli obiettivi raggiunti nell'ambito di un P.O.M" pp. 24
309. Gisella Facchinetti, Stefano Bordoni e Giovanni Mastroleo [2000] "Bank Creditworthiness Using Fuzzy Systems: A Comparison with a Classical Analysis Approach" pp. 13
310. Margherita Russo e Raffaele Giardino [2000] "Struttura e cambiamento nelle relazioni tra le imprese meccaniche. I. La popolazione di imprese meccaniche della provincia di Modena procedure impiegate per integrare le informazioni amministrative del Registro Imprese e dell'Inps" pp. 32
311. Tommaso Minerva e Sandra Paterlini [2000] "Tecniche Computazionali per la Statistica, l'Economia e la Finanza, *Materiale Didattico a Supporto del Corso di Statistica Computazionale*" pp.52
312. Costanza Torricelli e Silvia Muzzioli [2000] "Combining the Theory of Evidence with Fuzzy Sets for Binomial Option Pricing" pp.20
313. Marco Mazzoli e Roberto Negrini [2000] "Strumenti finanziari negoziabili e incentivo-compatibili per le imprese cooperative. *Alcune considerazioni teoriche e di policy*" pp. 32
314. Giacomo Galeotti e Tommaso Minerva [2000] "Algoritmi ibridi per l'ottimizzazione di un Portafoglio Azionario. *Simulazione stocastica filtrata mediante wavelet decomposition*" pp.33
315. Alberto Roverato [2000] "Hyper Inverse Wishart Distribution for Non-Decomposable Graphs and its Application to Bayesian Inference for Gaussian Graphical Models" pp. 29
316. Carlo Alberto Magni [2000] "Scomposizione di sovrapprofitti: Economic Value Added e valore aggiunto sistematico" pp. 25
317. Carlo Alberto Magni [2001] "Decomposition of a Certain Cash Flow Stream: Systemic Value Added and Net Final Value" pp. 30
318. Carlo Alberto Magni [2000] "Systemic Value Added, Residual Income and Decomposition of a Cash Flow Stream" pp 27
319. Gisella Facchinetti e Giovanni Mastroleo [2000] "La valutazione del rischio di frode nel ramo assicurativo R.C. auto: una proposta in logica Fuzzy" pp. 16

320. Gian Paolo Caselli e Gabriele Pastrello [2000] "Etsin: Dimissioni o Licenziamento?" pp. 18
321. Gisella Facchinetti, Carlo Alberto Magni e Giovanni Mastroleo [2000] "Real Options: a Fuzzy Approach for Strategic Investments" pp.44
322. Stefano Bordoni [2000] "Applicazione Fuzzy per la determinazione del premio assicurativo" pp. 35
323. Gabriele Pastrello [2000] "Una distrazione di Marx" pp. 17
324. Marco Mazzoli [2000] "Canale creditizio, struttura di mercato, modifiche istituzionali e meccanismo di trasmissione della politica monetaria" pp. 18
325. Paola Bertolini e Luca Riazzi [2000] "L'applicabilità dello strumento futures al Mediterraneo: riflessioni su un fallimento" pp.28
326. Enrico Giovannetti [2000] "Istituzioni e costi transattivi: l'impatto della regolazione dell'offerta nelle filiere agroindustriali" pp. 26
327. Gian Paolo Caselli e Marta Rosso [2000] "La moneta elettronica: aspetti di regolamentazione finanziaria".
328. Barbara Pistori e Chiara Strozzi [2000] "Labor Productivity and Labor Cost Dynamics in Italy: the Role of Wage Bargaining" pp. 23
329. Carlo Alberto Magni [2000] "Valore Aggiunto Sistemico: un'alternativa all'EVA quale indice di sovrappiù periodale" pp.11
330. Carlo Alberto Magni [2000] "On Decomposing Net Final Values: Systemic Value Added and Shadow Project" pp. 26
331. Massimo Baldini [2000] "MAPP98: un Modello di Analisi delle Politiche Pubbliche" pp. 24
332. Paolo Bosi, Massimo Baldini, Maria Cecilia Guerra e Paolo Silvestri [2000] "La scelta tra ICI e Addizionale all'Irpef nella Politica tributaria locale: aspetti distributivi" pp. 27
333. Marina Murat e Sergio Paba [2000] "Flussi migratori e modelli di sviluppo industriale- L'esperienza italiana dal dopoguerra agli anni novanta" pp. 32
334. Marco Mazzoli e Roberto Negrini [2000] "Incentive-Compatible Financial Instruments for Co-Operative Firms: a Few Policy Considerations" pp. 27
335. Massimo Baldini e Paolo Bosi [2000] "Riforme trasparenti e proposte opache" pp. 10
336. Paolo Bosi [2000] "La selettività nelle politiche sociali in Italia: riflessioni sull'esperienza dell'Isè" pp. 16
337. Massimo Baldini, Paolo Bosi e Stefano Toso [2000] "Targeting Welfare in Italy: Old Problems and Perspectives of Reform" pp. 21
338. Tindara Addabbo e Massimo Baldini [2000] "The Gender Impact of Workfare Policies in Italy and the Effect of Unpaid Work" pp. 15
339. Gian Paolo Caselli e Thoma Grid [2000] "La storia economica albanese 1912-1939 e lo stabilirsi dell'egemonia italiana" pp. 46
340. Tommaso Minerva [2000] "La costruzione di modelli con algoritmi genetici" pp. 183
341. Giovanni Bonifati [2000] "PRODUZIONE, INVESTIMENTI E PRODUTTIVITA'. Rendimenti crescenti e cambiamento strutturale nell'industria manifatturiera americana (1960-1994)" pp. 43
342. Luciano Messori [2000] "Struttura e quantificazione di una imposizione fiscale Pigouviana sulla benzina" pp. 20
343. Carlo Alberto Magni [2000] "Zelig and the Art of Measuring Residual Income" pp. 18
344. Sandra Paterlini, Stefano Favaro e Tommaso Minerva [2001] "Genetic Approaches for Data Clustering" pp. 4
345. Enrico Giovanetti [2001] "Processi di vita delle imprese cooperative: mezzo secolo di cooperazione a Modena, dal dopoguerra a oggi" pp. 34
346. Giuseppe Marotta [2001] "Is Trade Credit More Expensive Than Bank Loans? Evidence from Italian Firm-level Data" pp. 26
347. Massimo Baldini e Paolo Bosi [2001] "Flat Rate Tax, Dividendo sociale e riforma dei programmi di spesa di assistenza" pp. 34
348. Paolo Bosi e Maria Cecilia Guerra [2001] "Meno Tasse per tutti: lusinghe e ambiguità di uno slogan" pp. 17
349. Danilo Mercurio e Costanza Torricelli [2001] "Estimation and Arbitrage Opportunities for Exchange Rate Baskets" pp. 27
350. Gian Paolo Caselli e Grid Thoma [2001] "L'economia albanese durante il secondo conflitto mondiale e il primo tentativo di pianificazione" pp n. 33
351. Massimo Baldini e Carlo Mazzaferro [2001] "Sistema pensionistico e distribuzione dei redditi in Italia dal 1997 al 1998: un'analisi sull'archivio storico dell'indagine campionaria della banca d'Italia" pp.16
352. Silvia Gianni [2001] "La tassazione del reddito d'impresa e le scelte di investimento, finanziamento e localizzazione dell'attività produttiva" pp. 13
353. Michele Baccarini [2001] "Un quadro normativo delle fattispecie contrattuali "atipiche" in Italia. *Disciplina legislativa e definizioni statistiche del lavoro a tempo parziale*" pp. 29
354. Michele Baccarini [2001] "Sul grado di volontarietà e di sottoccupazione del lavoro dipendente "atipico". *Un'analisi delle valutazioni dei lavoratori*" pp. 43
355. Maria Cecilia Guerra [2001] "La Previdenza Complementare deve essere incentivata fiscalmente?" pp. 22
356. Gabriele Pastrello [2001] "An Oversight of Marx's" pp. 66
357. Alberto Roverato e Consonni Guido [2001] "Compatible prior distributions for DAG models" pp. 28
358. Luigi Brighi e Reinhard John [2001] "Characterizations of Pseudomonotone Maps and Economic Equilibrium" pp.25
359. Luigi Brighi [2001] "A Stronger Criterion for the Weak Axiom" pp.16
360. Luigi Brighi [2001] "The Weak Axiom, the σ -Axiom and Complete Non-Transitive Rationality" pp.14
361. Luigi Brighi e Reinhard John [2001] "Some Conditions for Wald's Weak Axiom" pp. 10
362. Sebastiano Brusco, Tommaso Minerva e Giovanni Solinas [2001] "Un automa cellulare per lo studio dei distretti industriali" pp. 30
363. Nicola Walter Palmieri [2001] "Internet e la libertà di espressione" pp. 65
364. Marco Mazzoli [2001] "A Simple Enquiry on Heterogeneous Lending Rates and Lending Behaviour" pp. 37
365. Massimo Baldini e Paolo Onofri [2001] "Transizione demografica e mercati finanziari" pp. 19
366. Marco Mazzoli [2001] "Industrial Firms' Market Power and Credit Market Oligopoly in Developing Countries" pp.14
367. Gisella Facchinetti, Silvio Giove e Nicoletta Pacchiarotti [2001] "Optimisation of a Fuzzy non Linear Function" pp. 10
368. Silvia Muzzioli e Costanza Torricelli [2001] "Implied Trees in Illiquid Markets: a Choquet Pricing Approach" pp. 18
369. Cinzia Mortarino [2001] "A Decomposition for a Stochastic Matrix with an Application to Manova" pp.
370. Sandra Paterlini e Tommaso Minerva [2001] "Evolutionary Cluster Analysis" pp. 8
371. Paola Bertolini [2001] "Globalisation et Systèmes Agro-alimentaires de qualité en Italie. Le cas du District de Trasformation des Viandes Porcines" pp. 28
372. Sandra Paterlini, Francesco Pattarin e Tommaso Minerva [2001] "Time Series and Data Clustering with Evolutionary Approaches" pp. 26

373. Giovanna Procacci, Luigi Tommasini, Nicola Labanca, Giancarlo Falco, Fabrizio Bienintesi, Alessandro Polsi, Paul Corner e Leonardo Paggi [2001] "Assistenzialismo e politiche di controllo sociale nell' Italia liberale e fascista" pp. 240
374. Andrea Ginzburg e Antonio Ribba [2001] "Vizi e virtù del monetarismo democratico: un promemoria per il futuro" pp. 31
375. Giuseppe Marotta [2001] "La direttiva comunitaria contro i ritardi nei pagamenti tra imprese. Alcune riflessioni sul caso italiano" pp. 20
376. Carlo Mazzaferro e Stefano Toso [2001] "La spesa per previdenza ed assistenza: riforme in corso e nuovi scenari" pp.16
377. Silvia Giannini e Maria Cecilia Guerra [2001] "Requiem per la riforma Visco?" pp.25
378. Andrea Francalanci e Stefano Toso [2001] "Spesa sociale e meccanismi di mercato: i buoni servizio (*vouchers*)" pp. 25
379. Maria Elena Bontempi, Silvia Giannini, Maria Cecilia Guerra e Angela Tiraferri [2001] "Incentivi agli investimenti e tassazione del reddito di impresa: una valutazione delle recenti innovazioni normative" pp. 33
380. Marina Murat [2001] "Growth, Trade and Unemployment" pp.34
381. Tindara Addabbo F. Olivier [2001] "Offerta di lavoro e servizi all'infanzia in Italia" pp.23
382. Enrico Giovannetti [2001] "Evoluzione delle imprese cooperative: un'analisi con i modelli di durata" pp.22
383. Luigi Brighi e Marcello D'Amato [2001] "Two-Dimensional Screening: A Case of Monopoly Regulation" pp. 20
384. Enrico Giovannetti [2001] "Le virtù dei commons: imprese cooperative e formazione di beni pubblici di filiera" pp. 30
385. Enrico Giovannetti [2001] "La divisione del lavoro è limitata dalla divisione del lavoro" pp. 26
386. Paola Bertolini, Michele Bruni e Enrico Giovannetti [2001] "Struttura produttiva e mercato del lavoro nell'agroindustria: evoluzione tecnologica e bisogni formativi" pp. 174
387. Luca Gambetti e Barbara Pistori [2001] "Policy Matters. The Long Run Effects of Aggregate Demand and Mark Up Shocks on the Italian Unemployment Rate" pp. 19
388. Paola Bertolini e Montanari Marco [2001] "Valutazione dell'allargamento dell'unione europea ad Est attraverso un modello gravitazionale" pp. 20
389. Massimo Baldini [2001] "Politiche Pubbliche Locali e Diseguaglianza dei Redditi" pp. 39
390. Carlo Mazzaferro [2001] "Uno schema per la valutazione del trattamento fiscale del risparmio pensionistico" pp.16
391. Paolo Bertella Farnetti [2001] "Disegni d'Europa. La lotta per l'unità europea negli Stati Uniti, 1940-1945" pp. 46
392. Claudio Marra [2001] "Fattori sociologici e fattori psicologici nello studio delle relazioni interretniche: il concetto di atteggiamento" pp. 119
393. Anna Maria Sala [2001] "Marchio di qualità e servizi turistici" pp.33
394. Michele Lalla [2001] "Struttura e cambiamento nelle relazioni tra le imprese metalmeccaniche nella provincia di Modena. II Distribuzioni degli addetti e pesi per le stime dei parametri" pp. 24
395. Silvia Giannini e Carola Maggialli [2001] "The effective tax rates in the EU Commission Study on corporate taxation: methodological aspects, main results and policy implications" pp. 22
396. Elena Pirani e Margherita Russo [2001] "Struttura e cambiamento nelle relazioni tra le imprese metalmeccaniche nella provincia di Modena. III Aspetti metodologici dell'indagine empirica: fase di rilevazione, controlli e statistiche preliminari" pp
397. Margherita Russo e Rossella Ruggeri [2001] "Memoria e identità: un binomio creativo. Proposta per il recupero di parte dell'edificio della più antica fabbrica metalmeccanica di Modena: Officine Rizzi" pp. 38
398. Margherita Russo e Elena Pirani [2001] "Struttura e dinamica dei cambiamenti nelle relazioni tra le imprese metalmeccaniche in provincia di Modena. IV Primi risultati dell'indagine empirica" pp. 88
399. Giovanni Solinas [2002] "La certificazione come strumento per la politica industriale. *L'esperienza dell'Emilia Romagna*" pp. 28
400. Antonio Ribba [2002] "Persistent Disinflationary Effects on Unemployment in a Small Open Economy: Italy 1979-1995" pp. 20
401. Dino Rizzi e Paolo Silvestri [2002] "The Evaluation of the Italian University System: a Recent History" pp. 23
402. Paolo Bosi e M. Cecilia Guerra [2002] "The Role of Tax Incentives in Voluntary Pensions Schemes in Italy: what can other Countries learn from this?"
403. Baldini Massimo e Paolo Bosi [2002] "L'imposta sul reddito nel disegno di legge delega della riforma fiscale del Governo Berlusconi: effetti di gettito e distributivi" pp. 30
404. Donoghue, Baldini, Bosi, Mantovani, Toso et Al.[2002] "The Impact of Means Tested Assistance in Southern Europe" pp.20
405. Bertella Farnetti [2002] "George Kennan e la divisione dell'Europa dopo la seconda guerra mondiale" pp. 111
406. Francesco Forte Gisella Facchinetti Michela Mantovani e Giovanni Mastroleone [2002] "Auction Reserve Prices Modelled by Fuzzy Export System" pp.16
407. Stephane Ghio e Barbara Pistori [2002] "The Importance of Local and Global Externalities for the Urban Industrial Development. A Dynamic Factor Analysis" pp. 13
408. Antonio Ribba [2002] "Short-Run and Long-Run Interaction Between Inflation and Unemployment in the United States" pp. 7
409. Antonella Picchio [2002] "Fieno, carote, pane e rose: salario netto e di sussistenza nelle carte dell'archivio di Sraffa" pp. 45
410. Antonella Picchio [2002] "Needs and Passions of Human Subsistence in the Moral Economy of the Early 18th Century" pp. 26
411. Antonio Ribba [2002] "Permanent-Transitory Decomposition and Traditional Measures of Core Inflation" pp. 9
412. Baldini M., Onofri P., Mazzaferro C. [2002] "The Reform of Italian Pension System and its Effects on Saving Behaviour" pp.82
413. Massimo Gatti e Costanza Torricelli [2002] "Quanto reale è il potere delle opzioni reali? *Le imprese Tmt e il caso Tiscali*" pp. 30
414. Giovanni Bonifati [2002] "The Relationships Between Goods-Producing and Services-Producing Activities in the US Economy: an Intersectoral Analysis" pp. 26
415. M. Baldini, P. Bosi, M. Matteuzzi, [2002] "L'imposta sul reddito nel disegno di legge sulla riforma del sistema tributario: aspetti di equità e di efficienza" pp. 19
416. Giovanni Mottura [2002] "NON SOLO BRACCIA. Condizioni di lavoro e percorsi di inserimento sociale degli immigrati in un'area ad economia diffusa" pp. 165
417. Alberto Rinaldi [2002] "The Emilian Model Revisited: Twenty Years After" pp. 28
418. Anna Maria Sala [2002] "Marchio di qualità e servizi turistici. *L'offerta alberghiera*" pp. 69
419. Carlo Alberto Magni [2002] "Antinomie e illusioni cognitive nel criterio del valore attuale netto" pp. 28
420. Graziella Bertocchi [2002] "The Law of Primogeniture and the Transition from Landed Aristocracy to Industrial Democracy" pp. 42