



UNIVERSITY
OF TRENTO - Italy
Faculty of Law
Department of Legal Sciences

lawtech

Trento Law and Technology Research Group

Research Paper n. 15

Beni comuni digitali come fenomeno spontaneo

Andrea Rossato | Maggio/2013

Digital Commons as a Spontaneous Phenomenon

Andrea Rossato | May/2013

ISBN: 978-88-8443-488-3
ISSN: 2038-520X

COPYRIGHT © 2013 ANDREA ROSSATO

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group Research Papers Series Index

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn-eprints:

<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/4149/>

Questo paper © Copyright 2013 di Andrea Rossato è pubblicato con Licenza
Creative Commons Attribuzione – Condividi allo stesso modo
3.0 Italia. Testo completo della licenza:
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/it/legalcode>

ABSTRACT

This paper explores the spontaneous nature of the so called digital commons -- from free software to open science and open data -- and the institutional tools needed for their management.

CONTENTS

1. The debate about digital commons. 2. *Intellectual property*. 3. Law and architecture. 4. Free software. 5. Creative commons and other commons. 6. The ambiguities of *intellectual property*. 7. Bibliographic references.

KEYWORDS

Commons - Digital Commons - Intellectual Property – Property - Copyright

About the Author

Andrea Rossato – (andrea.rossato@unitn.it) - is Assistant Professor of Comparative Law at the University of Trento (Italy) – Department of Psychology and Cognitive Sciences – He is a member of the LawTech Group.

ABSTRACT

Questo lavoro esplora la natura spontanea dei beni comuni digitali – dal software libero all'open science e all'open data – e gli strumenti istituzionali funzionali alla loro gestione.

SOMMARIO

1. Il dibattito sui beni comuni digitali. 2. *Proprietà intellettuale*. 3. Diritto e architettura. 4. Software libero. 5. *Creative Commons* e beni comuni. 6. Le ambiguità della *proprietà intellettuale*. 7. Riferimenti bibliografici.

PAROLE-CHIAVE

Beni comuni – beni comuni digitali – proprietà intellettuale diritto d'autore

Notizie sull'autore

Andrea Rossato – (andrea.rossato@unitn.it) - è Ricercatore di Diritto Comparato presso l'Università di Trento, Dipartimento di Psicologia e Scienze cognitive, ed è membro del Gruppo LawTech.

Beni comuni digitali come fenomeno spontaneo

Andrea Rossato

1. Il tema dei beni comuni digitali è, per molti versi, al centro del dibattito giuridico da oramai quasi vent'anni, a partire da quando la rivoluzione digitale, uscendo dal ristretto ambito della *computer science* incomincia la sua penetrazione nella piú vasta comunità accademica prima e nella totalità della società poi.

Anche in questo ambito i primi giuristi a percepire la questione, e a dare inizio alla discussione, provengono dagli ambienti accademici nord americani, sebbene non facciano difetto le eccezioni europee ed italiane.¹

I termini della questione sono declinati a partire da due delle principali problematiche legate alle relazioni tra diritto e tecnologia nell'ambiente digitale: da un lato il problema della *proprietà intellettuale* e della digitalizzazione delle opere dell'intelletto e, dall'altro, il problema della regolamentazione di quello spazio mediante gli strumenti tradizionali della disciplina giuridica.

Per quel che attiene la prima questione, quella della protezione offerta, *in primis* dal diritto d'autore e dal suo omologo anglosassone rappresentato dal *copyright*, alla creazione intellettuale, i problemi dibattuti riguardano questioni relative all'effettività della tutela conferita agli autori, o

¹ Si veda, ad esempio, G. PASCUZZI, *Cyberdiritto: guida alle banche dati italiane e straniere, alla rete Internet e all'apprendimento assistito da calcolatore*, Bologna, 1995.

comunque ai detentori dei diritti di sfruttamento economico qualora con questi non coincidenti, dall'ordine giuridico principalmente di derivazione statale in relazione alle peculiari condizioni dell'opera digitalizzata e alle opportunità offerte dalle tecnologie informatiche e dalle reti telematiche in termini di riproducibilità e distribuzione. Altrimenti detto, si pone il problema dell'effettività di quell'esclusività che i *property right* avrebbero dovuto conferire ai loro titolari, effettività che la tecnologia tende inesorabilmente ad elidere. D'altro canto due fenomeni operanti in direzione inversa entrano anch'essi nella prospettiva del giurista: da un lato il tentativo del legislatore, nazionale ed internazionale, di innalzare il livello di protezione offerta mediante gli strumenti usuali del comando giuridico, e dall'altro il fatto che, se la tecnologia disarticola la capacità dei *property right* formalmente intesi di presidiare all'esclusività, essa può anche operare in senso diametralmente opposto, dando attuazione, senza l'ausilio dell'ordinamento, al carattere esclusivo — e monopolistico² — del potere del detentore dei diritti sull'opera intellettuale mediante lucchetti digitali — i *digital right management system*.³

Questi due ultimi fenomeni alterano gli equilibri sui quali la *proprietà intellettuale* si fonda, controbilanciando, per taluni versi, le spinte opposte, con una forza che può anche apparire preponderante.

Per quel che riguarda invece la seconda questione cui in apertura si accennava, il problema delle modalità di regolamentazione dello spazio

² Si veda, sul punto, M. BOLDRIN, D. K. LEVINE, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Mass., 2010.

³ R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004.

digitale, essa può essere suddivisa in due sotto-problemi per certi versi correlati: su di un versante la percepita inadeguatezza del tradizionale sistema giuridico statale a dar ordine alle relazioni sociali che siano intermedie dalle reti telematiche, inadeguatezza da taluni, e con motivazioni differenti, financo esaltata come un sostanziale progresso verso un'augmentata libertà individuale, e, sull'altro, quello dell'emersione di forme tecnologiche di controllo sociale operanti, come già si è visto per la protezione dell'esclusività accordata dalla *proprietà intellettuale*, al di là dell'ordine giuridico.

Se il primo sotto-problema può essere inquadrato come espressione di una sorta di *cyber-anarchismo*, il secondo attiene più strettamente alle relazioni tra tecnologia e diritto ed alle inevitabili tensioni che l'evolvere della prima ha sul più lento e pacato sviluppo del secondo.

Data la complessità delle questioni in campo una seppur breve ricognizione del dibattito che esse ingenerano nella cultura giuridica, e dell'impatto che questo ha nella trattazione del problema dei beni comuni digitali, non può che passare per una qualche semplificazione.

2. Si è soliti anteporre alla trattazione di questioni inerenti alla *proprietà intellettuale* l'avvertenza che una tale denominazione rappresenta, in verità, una pluralità di fenomeni giuridici che solo una forzatura semantica consente di ricondurre ad unità: dal *copyright* ai brevetti, dai segni distintivi dell'impresa ai marchi.⁴

Ad ogni buon conto, l'impatto che la rivoluzione digitale ha su questo eterogeneo fenomeno giuridico è quello di spingere ad un generale

⁴ Sull'origine e la diffusione dell'espressione si veda M. A. LEMLEY, «Property, Intellectual Property, and Free Riding», 83 *Tex. L. Rev.* 1031 (2004).

innalzamento dei livelli di tutela offerta dall'ordinamento. Ne sono testimonianza talune decisioni in relazione al cosiddetto *cybersquatting*, con riferimento alla tutela del marchio; i trattati in tema di diritto d'autore elaborati nell'ambito del forum rappresentato dalla *World Intellectual Property Organization*; gli accordi raggiunti in ambito *GATT* prima e *World Trade Organization* poi.⁵

Vi sono poi interventi legislativi che, avendo una portata limitata, sono pur tuttavia generativi di conseguenze di piú vasto respiro all'interno del dibattito colto tra i giuristi. È, ad esempio, il caso del *Sonny Bono Copyright Term Extension Act*, altrimenti detto *Mickey Mouse Protection Act*, in relazione al famoso personaggio del mondo Disney. Quest'intervento legislativo, adottato dal Congresso americano nel 1998 al fine di evitare che l'arguto topolino finisse a far parte del dominio pubblico — quella forma di bene comune che è la destinazione ultima di tutte le opere dell'intelletto tutelate dal diritto d'autore — fu all'origine della famosa causa promossa da Eldred, giunta sino alla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, e volta a contestarne la costituzionalità;⁶ la perdita di Eldred condusse alla nascita di quell'iniziativa di enorme successo rappresentata da *Creative Commons*.

Inoltre l'estensione della durata della protezione per le opere già pubblicate indusse taluni pensatori appartenenti alle correnti piú conservatrici di quella scuola che va sotto il nome di analisi economica del diritto a ripensare alle fondamenta economiche che dovrebbero giustificare quella peculiare forma di monopolio che è rappresentata dal

⁵ Il riferimento è, ovviamente agli accordi *TRIPS*, che riguardano sia il *copyright* che il diritto dei brevetti.

⁶ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003).

diritto esclusivo sull'espressione delle idee che è il diritto d'autore.⁷

Al di là del riposizionamento di Posner e Landes, lo sfaldarsi di equilibri consolidati volti a contemperare l'esigenza di incentivare gli autori a creare e a rendere pubbliche le loro opere intellettuali con il collettivo interesse del progresso delle scienze, delle arti e della tecnica, induce una nuova generazione di giuristi, cresciuti in seno all'analisi economica del diritto, a porre in dubbio che il rinnovato assetto della proprietà intellettuale possa rimanere funzionale alla crescita culturale di una comunità.⁸

⁷ Si confrontino, ad esempio, le posizioni espresse da Richard Posner e William Landes in «An Economic Analysis of Copyright Law», 18 *J. Legal Stud.* 325 (1989), nelle quali si tenta di dar conto delle fondazioni economiche della regolamentazione legislativa del *copyright* («As in most of our work, we are particularly interested in positive analysis, and specifically in the question to what extent copyright law can be explained as a means for promoting efficient allocation of resources.») con quelle che possono leggersi in W. M. LANDES, R. A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge Mass., 2003; R. A. POSNER, «Intellectual Property: The Law and Economics Approach», 19 *JEP* 57–73 (2005).

⁸ Senza alcuna pretesa di completezza, e al solo fine di fornire alcuni esempi, si vedano J. E. COHEN, «Reverse Engineering and the Rise of Electronic Vigilantism: Intellectual Property Implications of “Lock-Out” Programs», 68 *S. Cal. L. Rev.* 1091 (1995); J. E. COHEN, «A Right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace», 28 *Conn. L. Rev.* 981 (1996); J. E. COHEN, «Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of “Right Management”», 97 *Mich. L. Rev.* 642 (1998), <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=128230> (consultato: marzo 2013); LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit.; L. LESSIG, «Tyranny in the Infrastructure», 5 *Wired Magazine* (luglio 1997); L. LESSIG, «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach», 113 *Harv. L. Rev.* 501 (1999); L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; M. J. RADIN, «Property Evolving in Cyberspace», 15 *J.L. & Com.* 509 (1996); M. J. RADIN, R. P.

Un colpo assai pensante a quest'ultima idea è infine assestato da quell'innovazione legislativa rappresentata dal *WIPO Copyright Treaty* del 1996 che viene implementato negli Stati Uniti mediante il *Digital Millennium Copyright Act* del 1998 e, in Europa, dalla Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

La novità di questi atti normativi, com'è noto, consiste nel dare protezione giuridica alle forme di tutela tecnologia dell'opera intellettuale, consentendo quindi che l'*enforcement* del diritto d'autore avvenga al di fuori di ogni circuito istituzionale e di ogni bilanciamento di interessi, individuali e collettivi.

La reazione della cultura giuridica, e financo di quella più legata alle correnti di *Law & Economics* e che abbracciava il principio economico in virtù del quale è necessario che l'autore sia compensato con un diritto esclusivo per i benefici che egli reca alla collettività mediante il proprio impegno, sottolineerà come quella ricompensa sia finalizzata allo scopo ultimo del progresso culturale, rappresentato dalla circolazione delle idee e dal costante incremento del dominio pubblico, e non possa esaurirsi in un monopolio perpetuo reso possibile dalla tecnica e dalla protezione giuridica a quest'ultima accordata dall'ordinamento. Julie Cohen, ad esempio, proporrà, in risposta, un vero e proprio *right to hack*, a controbilanciare il potere tecnologico dei detentori dei diritti di sfruttamento economico dell'opera dell'intelletto digitalizzata, da

WAGNER, «The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace», 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1295 (1998).

esercitarsi tutte le volte in cui la tecnologia sia utilizzata per disarticolare i diritti del fruitore della creazione letteraria ed artistica così come tradizionalmente sanciti dalla disciplina giuridica del diritto d'autore.⁹

3. L'ultimo fenomeno cui si accennava, la tecnologizzazione della regola di diritto, ha avuto, invero, un impatto più generale sulla riflessione giuridica.

Si è visto come uno degli spunti di riflessione conseguenti alla rivoluzione digitale prendesse origine dalla considerazione dell'inefficacia degli ordinamenti statuali a regolamentare le interazioni sociali mediate dalle reti telematiche, stante il loro carattere potenzialmente transnazionale e comunque dematerializzato. Agli albori di tale rivoluzione, la reazione della cultura giuridica non fu necessariamente negativa. Tutt'altro, si potrebbe aggiungere.

Ad illustrazione di quel che si va dicendo si possono citare contributi che, muovendosi su di un terreno più propriamente ideologico, celebravano la definitiva scomparsa dello stato e dell'ordine giuridico da questi incarnato quale principale regolatore dei comportamenti individuali e collettivi.¹⁰

⁹ Si vedano COHEN, *A Right to Read Anonymously*, cit.; COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit.; COHEN, *Lochner in Cyberspace*, cit.

¹⁰ Mi riferisco principalmente a J. P. BARLOW, «The Economy of Ideas», 2 *Wired* (1994), <<http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>> (consultato: marzo 2013). Il contributo fu seguito da J. P. BARLOW, «The Next Economy of Ideas», 8 *Wired* (2000), <<http://www.wired.com/wired/archive/8.10/download.html>> (consultato: marzo 2013). Una prospettiva più squisitamente anarchica si legge in J. P. BARLOW, «A Declaration of the Independence of Cyberspace», Febbraio 1996, <<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>> (consultato: marzo 2013). Alcuni anni più tardi, seppur con accenti distopici che denotano il mutare

Nell'ambito di una riflessione piú propriamente giuridica l'eventualità di un ordine privo di stato è analizzato e, per molti versi, esaltato nelle riflessioni di Johnson e Post,¹¹ i quali sottolineano la maggior efficienza ed efficacia delle regolamentazioni di tipo *bottom-up* tipiche delle forme di autoregolamentazione che paiono caratterizzare le modalità mediante le quali le comunità *on-line* regolano i rapporti tra i loro membri.¹²

Questo genere di argomentazioni non rimane confinato nell'ambito della discussione colta, ma plasma le regole operative che informano le decisioni delle corti. Esempio paradigmatico di come una certa riflessione sul ruolo delle tecnologie telematiche e digitali influenzi il risultato delle controversie portate all'attenzione della giurisprudenza è ben rappresentato dal caso del giudice Easterbrook, il quale, in modo analogo a quanto accaduto ad un altro esponente della scuola dell'analisi economica del diritto, Richard Posner, trasloca dall'accademia ad una

del clima, Monateri riprende ancora i temi tipici della riflessione di Barlow, in «L'economia delle idee», 6 *Cardozo El. L. Bull.* (2000), <<http://www.jus.unitn.it/services/arc/2000/s2403/home.html>> (consultato: marzo 2013).

¹¹ Si vedano D. G. POST, «Anarchy State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace», *Journal of Online Law* (1995); D. R. JOHNSON, D. G. POST, «Law And Borders - The Rise of Law in Cyberspace», 48 *Stan. L. Rev.* 1367 (1996); D. R. JOHNSON, D. G. POST, «“Chaos Prevailing on Every Continent”: A New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems», 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1055 (1998).

¹² Sono Lawrence Lessig e Margaret Radin a qualificare questi approcci come espressione di *cyber-anarchism* o *anarcho-cyberlibertarism*. RADIN, WAGNER, *The Myth of Private Ordering*, cit., pag. 1297; si vedano anche L. LESSIG, «The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net», 14 *Berkeley Tech. L.J.* 759 (1999); RADIN, *Property Evolving in Cyberspace*, cit

corte federale d'appello.¹³ Se le linee teoriche di costui si dipartono dalla constatazione dell'impatto che le nuove tecnologie della comunicazione hanno sui costi di transazione, abbassandoli in maniera strutturale e consentendo in tal modo di confinare il ruolo dell'ordinamento giuridico alla definizione di *property rights* che saranno oggetto di riallocazioni pareto-efficienti grazie a spontanee transazioni di mercato,¹⁴ le sue decisioni traducono questa impostazione in regole immediatamente cogenti.¹⁵ Ed una tale impostazione delle relazioni tra tecnologia e regolamentazione giuridica pare, quasi naturalmente, richiedere che la seconda faccia uso della prima per rafforzare l'effettività delle norme – nella misura in cui si possa ancora parlare di norme – nell'ambiente digitale, estremamente plasmabile per propria natura.¹⁶ Non stupisce quindi, in questa prospettiva, sentir esaltata la funzione *coasiana* dell'autotutela digitale – per tradurre la locuzione «digital self-help» – che un Dam va proponendo.¹⁷

Vale forse la pena sottolineare, in via incidentale, che una tale ricostruzione del pensiero di Ronald Coase tradisce una visione che si

¹³ Entrambi sono stati nominati da Ronald Regan.

¹⁴ Opera qui, evidentemente, il richiamo ad una certa ricostruzione del *Teorema di Coase*. Per quel che concerne il tema della cosiddetta versione normativa del teorema si veda, ad esempio, R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, ET AL., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, pagg. 105 ss. Sulle posizioni di Easterbrook si vedano F. H. EASTERBROOK, «Cyberspace and the Law of the Horse», 1996 *U. Chi. Legal F.* 207 (1996); F. H. EASTERBROOK, «Cyberspace v. Property Law», 4 *Tex. Rev. L. & Pol.* 103 (1999)

¹⁵ Un caso particolarmente evidente di un tale atteggiamento è rappresentato da *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

¹⁶ Sul tema si veda, più diffusamente, A. ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, Padova, 2006.

¹⁷ K. W. DAM, «Self-Help in the Digital Jungle», 28 *J. Legal Stud.* 393 (1999).

potrebbe ben definire ingenua del ruolo del mercato e delle relative transazioni, quale modalità istituzionale di allocazione delle risorse, e lo stesso autore ebbe modo di lamentare questo travisamento della propria opera.¹⁸ Se il mercato fosse la miglior modalità concepibile per l'allocazione delle risorse, per quale ragione esistono altre forme istituzionali quali le imprese e gli stati?¹⁹

Per illustrare il punto si può riproporre un bell'esempio di Herbert Simon:

«A mythical visitor from Mars, not having been apprised of the centrality of markets and contracts, might find the new institutional economics rather astonishing. Suppose that it (the visitor I'll avoid the question of its sex) approaches the Earth from space, equipped with a telescope that reveals social structures. The firms reveal themselves, say, as solid green areas with faint interior contours marking out divisions and departments. Market transactions show as red lines connecting firms, forming a net-

¹⁸ «My point of view has not in general commanded assent, nor has my argument, for the most part, been understood. [...] But I do not believe that a failure of exposition is the main reason why economists have found my argument so difficult to assimilate. As the argument in these papers is, I believe, simple, so simple indeed as almost to make their propositions fall into the category of truths which can be deemed self evident, their rejection or apparent incomprehensibility would seem to imply that most economists have a different way of looking at economic problems and do not share my conception of the nature of our subject. This I believe to be the truth.» R. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, 1988, pag. 1

¹⁹ Il richiamo è ovviamente a R. COASE, «The Nature of the Firm», 4 *Economica* 386 (1937); R. COASE, «The Problem of Social Costs», 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960).

work in the spaces between them. Within firms (and perhaps even between them) the approaching visitor also sees pale blue lines, the lines of authority connecting bosses with various levels of workers. As our visitor looked more carefully at the scene beneath, it might see one of the green masses divide, as a firm divested itself of one of its divisions. Or it might see one green object gobble up another. At this distance, the departing golden parachutes would probably not be visible.

«No matter whether our visitor approached the United States or the Soviet Union, urban China or the European Community, the greater part of the space below it would be within the green areas, for almost all of the inhabitants would be employees, hence inside the firm boundaries. Organizations would be the dominant feature of the landscape. A message sent back home, describing the scene, would speak of “large green areas interconnected by red lines.” It would not likely speak of “a network of red lines connecting green spots.”»²⁰

Sebbene la concezione in base alla quale scopo dell'ordine giuridico si esaurirebbe nell'abbassamento dei costi di transazione mediante una chiara

²⁰ H. SIMON, «Organization and Markets», 5 *The Journal of Economic Perspectives* 25–44 (1991), pag. 27. Può forse stupire l'attacco alla *new institutional economics* della quale, oggi, si ritiene essere Simon tra i padri fondatori. Ciò deve però inquadrarsi all'interno di una polemica tra Simon e Williamson, che del primo fu allievo a Carnegie Mellon durante gli anni del Ph.D, relativa ai rapporti tra *transaction cost economics* e *behavioural economics*. Sul punto si veda M.-S. AUGIER, J. G. MARCH, «Conflict of Interest in Theories of Organization: Herbert A. Simon and Oliver E. Williamson», 5 *Journal of Management & Governance* 223–30 (2001).

delimitazione dei *property right* al fine di facilitare l’allocazione e la riallocazione delle risorse mediante libere transazioni di mercato, in un’ottica demestziana che si fonda sull’analisi della *tragedy of the commons* — e che non tiene in minima considerazione l’analoga ma contrapposta tragedia degli *anticommons* —²¹ possa essere caratterizzata come sostanzialmente ingenua, pur tuttavia essa dispone di una forza, quanto meno sul piano retorico, di indubbia efficacia.²²

Cionondimeno una nutrita pattuglia di giovani giuristi cresciuta in seno alle correnti di *Law & Economics* riuscì non solo ad affrancarsi dalla concezione dominante relativa alle fondazioni economiche della *proprietà intellettuale*, ma seppe financo proporre una critica radicale alle sue tendenze evolutive connesse alla digitalizzazione e, a partire da ciò, un ripensamento al più generale problema delle relazioni tra diritto e tecnologia così come sopra delineate. Un carattere peculiare dell’impegno di questi giuristi è dato anche dalla natura propriamente militante della loro azione culturale, natura ben rappresentata dalle vicende di cui Lessig e Boyle, per citare i più noti, sono stati protagonisti nella nascita e sviluppo di quell’esperienza di estremo successo e nota come *Creative Commons*. Ma

²¹ I riferimenti sono, ovviamente, a H. DEMSETZ, «Toward a Theory of Property Rights», 57 *AER* 347–59 (1967) e G. HARDIN, «The Tragedy of the Commons», *Science* 1243–48 (dicembre 1968) e, di contro, a M. H. HELLER, «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition From Marx to Markets», 111 *Harv. L. Rev.* 621 (1998). Per un’applicazione allo spazio digitale delle analisi di Heller si veda inoltre D. HUNTER, «Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons», 91 *Cal. L. Rev.* 439 (2003).

²² A tal proposito possono tornare alla mente le riflessioni di Deirdre [Donald] McCloskey sul ruolo della formalizzazione nell’ambito delle discipline economiche a cui la ricostruzione dei contributi di Coase nel senso sopra descritto pare, per molti versi, essere funzionale. Cfr. *The Rhetoric of Economics*, Madison, 1986.

l'impegno sul piano pratico trovava un modello, anche istituzionale, cui ispirarsi.

4. Che la produzione di programmi per elaboratore dovesse essere incentivata mediante la previsione di un diritto esclusivo su di essi non è un'idea coeva all'emergere di questa peculiare epifania di opere dell'intelletto.²³ Se prendiamo a riferimento la commercializzazione dei primi elaboratori negli anni cinquanta — tralasciando quindi il fatto che, in precedenza, il software era un prodotto dell'attività di ricerca scientifica che si svolgeva in ambito accademico ed industriale, con una preminenza del primo, e quindi nell'atmosfera, tipica delle comunità scientifiche, caratterizzata dalla condivisione del sapere e da modalità di produzione intellettuale che si svolgono principalmente per accumulazione — possiamo constatare come la condivisione del software fosse addirittura incentivata dai primi *player* industriali. Ad esempio, all'indomani della commercializzazione del modello *704 Data Processing System*, avvenuta nel 1955, IBM si fece promotrice della creazione di un gruppo, evocativamente denominato *SHARE*, di utenti del suo calcolatore. Questo gruppo aveva lo scopo di condividere esperienze, ma anche idee, tecniche e programmi tra i suoi membri i quali erano, in taluni casi, anche imprese che si trovavano in condizioni di competizione nei medesimi mercati.²⁴

Mancavano all'epoca le condizioni tecnologiche, oltre che istituzionali, che consentissero l'emergere di un'industria del software autonoma da

²³ Per una ricostruzione del tema relativo alle forme di protezione giuridica del software si veda P. GUARDA, «Looking for a Feasible Form of Software Protection: Copyright or Patent, Is that the Question?», *EIPR* (2013), in corso di stampa.

²⁴ È il caso di Boing e Lockheed, ad esempio. Per maggiori dettagli si veda ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale*, cit., cap. 3.

quella dell'hardware. Ci si riferisce all'indipendenza dei programmi per elaboratore dall'architettura sulla quale essi dovranno girare, ciò che va sotto il nome di *portabilità*. Per giungere a questo risultato si dovrà attendere sino all'inizio degli anni settanta, grazie ad un effetto inatteso dello sviluppo del sistema operativo *UNIX* e alle tecniche di programmazione ad esso correlate.²⁵

La raggiunta mutua indipendenza di hardware e software renderà urgente la predisposizione degli strumenti istituzionali che consentiranno la nascita di un mercato dei programmi per computer, ed il legislatore nord-americano vi provvederà con il *Copyright Act* del 1976.²⁶

L'inclusione del software tra le opere protette non fu priva di conseguenze, particolarmente negli ambienti accademici. Come abbiamo visto il processo di sviluppo funzionava per accumulazione, e nessuno percepiva come illecito, o comunque riprovevole, l'uso di porzioni di codice da altri scritto per i propri programmi. Questa era una prassi comune in ambito accademico, e non solo. Un testimone di quei giorni, che avrà in ruolo centrale nella storia che andiamo a raccontare, ricorda:

When I started working at the MIT Artificial Intelligence Lab in 1971, I became part of a software-sharing community that had existed for many years. Sharing of software was not limited to our

²⁵ Si veda S. C. JOHNSON, D. M. RITCHIE, «Portability of C Programs and the UNIX System», 57 *The Bell System Technical Journal* 2021–48 (1978), <<http://cm.bell-labs.com/cm/cs/who/dmr/portpap.html>> (consultato: marzo 2013), il paper sulla portabilità di C e Unix. vedi anche <http://cm.bell-labs.com/cm/cs/who/dmr/portpapers.html>.

²⁶ Sarà però necessario attendere sino al 1980, con il *Computer Program Copyright Act* per vedere una disciplina organica del fenomeno.

particular community; it is as old as computers, just as sharing of recipes is as old as cooking.²⁷

Ne rappresenta una testimonianza, sebbene indiretta, anche la famosa lettera aperta rivolta agli *hobbisti* da parte di Bill Gates nella quale si leggeva:

As the majority of hobbyists must be aware, most of you steal your software. Hardware must be paid for, but software is something to share. Who cares if the people who worked on it get paid?

Is this fair? [...] One thing you do is prevent good software from being written. Who can afford to do professional work for nothing? What hobbyist can put 3-man years into programming, finding all bugs, documenting his product and distribute for free? The fact is, no one besides us has invested a lot of money in hobby software.²⁸

Le parole di Gates, che certo non contribuirono alla sua buona fama nell'ambito di quelle comunità di *hobbisti* che pure rappresentavano i principali clienti di nuove realtà imprenditoriali come Microsoft, segnalano anche il mutamento di un clima che, in ultima analisi, il legislatore si limitava a recepire.

Richard Stallman ricorda la propria preoccupazione all'apparire, nei programmi, delle prime *copyright notice*, che pure il *Copyright Act* del 1976

²⁷ R. STALLMAN, *Free Software, Free Society: Selected Essays*, Boston, 2002, <<http://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>> (consultato: marzo 2013), pag. 23.

²⁸ Si veda ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale*, cit., pag. 129.

aveva reso non piú costitutive della tutela.²⁹ Ma le sue resistenze erano destinate ad assopirsi:

Looking back on the years leading up to the GNU Project, Stallman says he began to sense the beneficial nature of copyright sometime around the release of Emacs 15.0, the last significant pre-GNU Project upgrade of Emacs. “I had seen email messages with copyright notices plus simple ‘verbatim copying permitted’ licenses,” Stallman recalls. “Those definitely were [an] inspiration.”³⁰

È probabilmente questa l’origine dell’idea piú gravida di conseguenze tra quelle partorite dalla mente di questo programmatore americano: quella che va oggi sotto il nome di «copyleft»: l’idea, cioè, di usare l’esclusività del diritto concesso all’autore di un’opera per condizionarne la disseminazione, ma non al fine di appropriarsi delle esternalità positive connesse a quella disseminazione, quanto invece per concedere a tutti l’accesso e la possibilità di creare opere derivate che garantiscano ai fruitori di poter continuare ad esercitare le medesime facoltà.³¹

Quest’idea prenderà la forma di una licenza d’uso, la *GNU General*

²⁹ «Although the new law guaranteed that even programs without copyright notices carried copyright protection, programmers quickly asserted their rights, attaching copyright notices to their software programs. At first, Stallman viewed these notices with alarm.» Cfr. S. WILLIAMS, *Free as in Freedom*, Cambridge, Mass., 2002, <<http://www.oreilly.com/openbook/freedom/>> (consultato: marzo 2013), cap. 9

³⁰ *Ibid.*, cap. 9.

³¹ Circa l’idea che la *proprietà intellettuale* sia principalmente una modalità di internalizzazione di esternalità meramente positive si veda LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit.

Public License, che andrà a costituire il quadro giuridico all'interno del quale un sistema operativo libero, prima, ed un intero ecosistema computazionale, poi, andranno a formarsi e a svilupparsi in modo collaborativo e spontaneo.³²

Il software libero, quindi, e le diverse esperienze che da esso trarranno origine, non nascono in contrapposizione con la *proprietà intellettuale* sebbene, per taluni versi, ne sovvertono le finalità tipiche: anziché utilizzare l'esclusività a fini di esclusione, la si usa al fine di favorire l'inclusione e per impedire che questa possa in qualche modo essere vanificata.

5. Come visto, nel 1998 il Congresso statunitense approvò una legge che estendeva, in maniera retroattiva, la durata della protezione delle opere dell'intelletto portandola, ed in tal modo equiparandola a quella europea, a settant'anni oltre la morte dell'autore. Eldred, un editore che digitalizzava e pubblicava *on-line* opere divenute parte del dominio pubblico, contestò la legittimità costituzionale della novella mediante un'azione giudiziale. La vicenda giunse dinanzi alla Corte Suprema, che adotterà una decisione contraria alle tesi di Eldred. Ciò che però vale la pena qui ricordare è il supporto accademico che l'iniziativa raccolse. Tra i numerosi *amici* della corte che sostennero la tesi dell'incostituzionalità dell'estensione retroattiva figurano numerosi economisti,³³ più di cinquanta professori di *Intellec-*

³² Sulle origini della licenza si veda, ancora, WILLIAMS, *Free as in Freedom*, cit., cap. 9.

³³ Tra i loro nomi ricordiamo quelli di Kenneth Arrow, Ronald Coase, Milton Friedman e Steven Shavell.

*tual Property*³⁴, numerose associazioni di biblioteche, eccetera.³⁵ Tra gli avvocati che predispongono la discussione presso la Corte Suprema campeggia il nome di Lawrence Lessig.

Il fervore di questo impegno non si esaurisce con la sconfitta.³⁶ Lessig ed Eldred, assieme ad Hal Abelson decisero di rispondere fondando *Creative Commons*, un'organizzazione *no-profit* volta alla creazione e diffusione di licenze d'uso per opere dell'intelletto altre dal software ricalcate sul modello delle licenze usate nell'ambito del software libero ed *open-source*. A questa iniziativa aderì sin da subito James Boyle.

Al tentativo di influenzare l'evoluzione giurisprudenziale si sostituisce quello, fors'ancora più ambizioso, di agire sul tessuto sociale mediante la predisposizione di un quadro giuridico che consentisse ai creatori di opere dell'intelletto, che l'evoluzione telematica e digitale andava moltiplicando, di distribuire le proprie creazioni mediante strumenti negoziali che da un lato consentissero di costituire forme collettive di appartenenza delle stesse ma dall'altro permettessero agli autori di impedire usi commerciali o comunque non rispondenti all'idea di condivisione che una tale libera distribuzione intendeva esprimere.

Il modello usato, la sua origine, rimanda, come si è visto, al software libero, il quale aveva precedentemente costruito un'infrastruttura giuridica

³⁴ Tra di loro figurano, ad esempio, Jessica Litman, Julie E. Cohen, Maureen O'Rourke, David Post, Margaret Jane Radin e Pamela Samuelson.

³⁵ La lista completa può essere letta al seguente indirizzo: <<http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/legal.html#amici>>.

³⁶ La cui analisi, ad opera del suo principale artefice stante ciò ch'egli stesso scrive, si legge in L. LESSIG, «How I Lost the Big One», *Legal Affairs* (2004), <http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2004/story_lessig_marapr04.msp> (consultato: marzo 2013).

mediante cui il diritto d'autore e quello dei contratti potessero essere utilizzati al fine di creare quelle forme di appartenenza collettiva che ricordano il pubblico dominio ma evitano al contempo i problemi di *free riding* che la totale assenza di diritti esclusivi può talvolta comportare.³⁷

Al di là dell'impegno militante che conduce alla nascita di questi fenomeni di condivisione grazie all'opera di intellettuali ed accademici, è anche il sofisticato uso degli strumenti giuridici che parrebbero funzionali ad una logica esclusiva di mercato — ingenuamente inteso, come si è tentato di mostrare —, piegati al fine di creare forme *sui generis* di beni comuni, digitali in quanto aventi ad oggetto entità totalmente dematerializzate, ciò che maggiormente colpisce.

In precedenza si è preferito utilizzare la più sfumata categoria dell'appartenenza anziché usare il può culturalmente e storicamente connotato concetto di bene. Difatti all'interno di un discorso giuridico rigoroso e confinato nell'ambito di una tradizione colta, il termine bene dovrebbe designare delle cose, e ben specificamente delineate. Bene comune si riferisce allora alla sola *titolarità* di quelle cose, non pubbliche e non private.³⁸

³⁷ Come, si è visto, Stallman riteneva. Un discussione più dettagliata in ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale*, cit., cap. 4.

³⁸ Sul punto e sul regime giuridico delle appartenenze collettive nell'ordinamento italiano si veda A. PRADI, «Usi civici: le reliquie della proprietà collettiva», in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici*, 407–14, Roma, 2010. Sui beni comuni la bibliografia è molto estesa e frastagliata in diversi rivoli. Per i temi qui affrontati si vedano, in particolare, U. MATTEI, «The State, the Market, and some Preliminary Question about the Commons (French and English Version)», 2011, <http://works.bepress.com/ugo_mattei/40/> (consultato: marzo 2013); U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; M. R.

Certo si deve pur riconoscere come anche all'interno di una determinata tradizione il significato dei termini giuridici sia destinato ad evolvere e a cambiare, magari per adattarsi alle mutate esigenze del tempo o, anche, per via delle mode passeggero che smuovono il panorama di qualunque cultura giuridica. E sebbene si sia ammonito al riguardo dei pericoli derivanti dalla sfilacciatura di una teorica dei beni finalizzata ad adattare l'istituto della proprietà alle più attuali esigenze della produzione e dello scambio economici,³⁹ pur tuttavia dobbiamo riconoscere l'esistenza

MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, e particolarmente l'introduzione della curatrice, che propone un tentativo di tassonomia dell'oggetto tale da ricomprendere beni, materiali e immateriali, ma anche istituzioni o luoghi, etc. Su di un versante più strettamente ideologico, ma non scorrelato alle argomentazioni che si andranno a proporre, si veda anche M. HARDT, A. NEGRI, *Commonwealth*, Cambridge, Mass., 2009.

³⁹ «[P]are quindi esatta l'asserzione di chi sottolinea la diversità dei problemi che stanno alla base della allocazione dei diritti sulle cose corporali rispetto a quelli che stanno alla base della allocazione dei diritti sui c.d. nuovi beni, e pertanto giudica scorretta l'applicazione analogica a questi ultimi degli schemi giuridici creati per disciplinare le situazioni di appartenenza sulle prime.» Così A. GAMBARO, *La proprietà*, Milano, 1990, pag. 38. Si veda anche A. GAMBARO, «L'analisi economica e la ricerca della logica proprietaria», *Riv. crit. dir. priv.* 235 (1996). L'autore parrebbe aver, quanto meno in parte, attenuato la propria posizione: «[q]uesto modo di pensare [secondo cui la proprietà esaurisce da sola tutte le utilità della cosa] è però poco indicato nell'epoca contemporanea, perché si dà raramente che il diritto dominicale esaurisca tutte le utilità di una cosa. In un'epoca in cui tutte le forme di proprietà sono conformate dall'ordinamento giuridico, sicché al titolare del diritto non vengono assegnate tutte le utilità che la cosa può generare, la stessa contrapposizione tra il materiale diritto di proprietà e tutti gli altri diritti che si possono avere sulle cose, cessa di essere adeguata.» Così in A. GAMBARO, «I beni immateriali nella riflessione della Commissione Rodotà», in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici*, 65–70, Roma, 2010, pag. 67. Si veda, però, anche A. GAMBARO, «Ontologia dei beni e *jus excludendi*», *Comparazione e diritto civile* (Giugno 2010), <http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/rav_gambaro_ontologia.p

di un oggetto come il *bene immateriale*.⁴⁰ Ben allora si può parlare di «bene comune digitale» per quanto esso non sia l'oggetto di una titolarità diffusa, ma sia invece una pluralità di rapporti complessi, fondati su contratti, licenze, marchi o, più in generale, *property rights*, pur senza costituire la somma di essi.

Perché questo rappresenta il software libero, o un'opera distribuita con una licenza *Creative Commons* che magari costituisca il *remix* di altre opere, le quali anch'esse siano derivate, in un gioco di specchi che si ripete all'infinito e assai meglio a sua volta rispecchia il modo *naturale* di crescita culturale di una collettività ben più di talune sbiadite concezioni romantiche di un autore-genio che, isolato e avulso dal fluire del suo tempo, tragga unicamente dal suo Io le espressioni che rappresenta.⁴¹

Si deve all'esistenza di fatto, per così dire, di tali epifanie di opere dell'intelletto la prova che queste forme collettive di appartenenze digitali — a traduzione dell'espressione *digital commons* che *beni comuni digitali* pare invece, e in una qualche misura, tradire — svolgono un ruolo economico insopprimibile: e la *tragedy of the commons* non riesce ad avere una forza

df> (consultato: marzo 2013), Sul tema dei beni immateriali e della «proprietà intellettuale».

⁴⁰ Per una ricostruzione recente si veda G. RESTA, D. SOLDA KUTZMANN, «I beni immateriali dello stato e degli enti pubblici: un itinerario tra *property* e *commons*», in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici*, 145–83, Roma, 2010.

⁴¹ Sul punto si vedano le penetranti analisi di J. BOYLE, «The Search for an Author: Shakespeare and the Framers», 37 *Am. U. L. Rev.* 625 (1988), <<http://law.duke.edu/boylesite/shakesp.htm>> (consultato: marzo 2013); J. BOYLE, *Shamans, Software, and Spleen. Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, Mass., 1996. Si veda inoltre L. LESSIG, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York, 2008.

argomentativa sufficiente a convincerci che esse non ... esistano. Rappresentano, invece, la persistenza di modalità di condivisione della conoscenza che prescindano da ogni *industria culturale*, da ogni intermediazione, vale a dire, che la natura del *medium* digitale rende ormai sommamente superflua.

Ciò serve anche ad inquadrare il problema piú squisitamente ideologico circa la funzione sociale ed economica che i *beni comuni digitali* e, piú in generale i beni comuni — divenuti nell'ultimo lustro uno dei luoghi piú frequentati dal pubblico dibattito — si troverebbero a dover svolgere, particolarmente nell'epoca della globalizzazione.

Secondo una corrente di pensiero resa celebre, in Italia, principalmente da Ugo Mattei, mediante il ricorso alla categoria dei beni comuni sarebbe da un lato possibile demistificare la falsa contrapposizione tra stato e mercato — contrapposizione che già in precedenza, ma con altri argomenti, si era visto rispecchiare una concezione estremamente semplificata del mercato in quanto istituzione volta alla riallocazione delle risorse — e dall'altra demitizzare la dicotomia stato/proprietà privata che sarebbe centrale nel ragionamento proprietario caratterizzante la tradizione giuridica occidentale come andata evolvendo nella modernità, ragionamento soggiacente ad una logica di spoliamento ed appropriazione delle risorse della collettività. I beni comuni consentirebbero inoltre di superare una concezione dominicale fondata sul rapporto soggetto/oggetto, «which produces the commodification of both», per ricondurre il discorso sul piano delle relazioni, tra individui, tra questi e le

risorse economiche e, piú in generale, l'ecosistema.⁴²

In una tale prospettiva la logica e la retorica proprietaria come evolutesi in seno al razionalismo giuridico europeo costituiscono, assieme al concetto di sovranità, le architravi della *forma mentis* di un giurista colto che, asservito ad un potere politico sovrastante, si disponga a predisporre le giustificazioni e gli strumenti per gli *enclosure*, o le spoliazioni seguite alle conquiste coloniali.⁴³ I beni comuni sono destinati a soccombere perché frutto di un pluralismo sociale e giuridico tramontato con il costituirsi dello stato nazionale e per via del fatto che essi uniscono, ad una scarsa difendibilità nelle sedi dell'*adjudication* dovuta alla titolarità diffusa, una scarsa visibilità economica: «[i]n effetti, i beni comuni, prima di essere recintati, offrono servizi dati per scontati da chi ne beneficia e il loro valore si misura in termini di sostituzione soltanto quando essi non sono piú disponibili.»⁴⁴

Le argomentazioni di Hardin relative alla tragedia che su di essi incomberebbe⁴⁵ si innestano su di un terreno reso ancora piú fertile da quell'analisi economica del diritto che ha già plasmato le fondazioni metodologiche di un discorso giudico improntato al criterio dell'efficienza economica e che diventerà propriamente *egemonico* sia negli Stati Uniti che

⁴² Si veda MATTEI, *The State, the Market, and some Preliminary Question about the Commons (French and English Version)*, cit., pag. 10.

⁴³ MATTEI, *Beni comuni*, cit., cap. 2.

⁴⁴ *Ibid.*, pagg. 64–65.

⁴⁵ Per una lettura critica degli argomenti del microbiologo di Stanford, anche con riferimento alle indagini di Elinor Ostrom, si veda anche L. COCCOLI, G. FICARELLI, «“The Tragedy of the Commons”. Guida a una lettura critica», in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012.

nella cultura giuridica occidentale piú latamente intesa.⁴⁶ Non si ritiene in tutta evidenza possibile, né utile, una critica dall'interno di quel paradigma, o quanto meno delle sue declinazioni non egemoniche, contro le quali, pur tuttavia, non si può estendere la medesima inappellabile condanna.⁴⁷ Ma nel *furor polemicus* ogni distinzione e discriminazione rischia di cadere e la sostanziale alterità tra la sensibilità di uno dei padri della *new institutional economics*, com'è Coase, e un esponente del *mainstream* neoclassico, come Posner, rischia di essere travolta dall'incedere degli argomenti, con buona pace di ogni possibile dibattito accademico.⁴⁸

Ed è forse questo il punto che maggiormente distacca la militanza di Mattei dalla militanza, diversamente concepita, di quella generazione di giuristi americani cui sopra si accennava, e nella cui corrente pur si inserisce, seppure con stilemi e strumenti d'azione differenti. L'emergere spontaneo, proprio mediante quegli stessi strumenti giuridici predisposti per l'esclusione — attraverso il dominio —, di modalità del loro uso che

⁴⁶ Cfr. U. MATTEI, «The Rise and Fall of Law and Economics: An Essay for Judge Guido Calabresi», 64 *Md. L. Rev.* 220–50 (2005).

⁴⁷ «[...] I do not do justice to the many more or less successful and influential attempts to get beyond the mainstream. Approaches such as comparative law and economics or behavioral law and economics are too circumscribed to be relevant at the global level, and moreover, they oftentimes cannot be seen as genuine challenges to the core consensus. Consequently, my central argument cannot be rebutted by showing specific samples of nonparochial, non-ethnocentric, nonsimplistic, and non-ideological uses of the economic approach» *ibid.*, pag. 221.

⁴⁸ Secondo Mattei sarebbe Coase a tracciare la rotta che, abbandonando «la stella polare della “giustizia” come criterio di organizzazione sociale», conduce alla teorizzazione di un diritto che debba «“mimare il mercato”, accreditandosi come ordinamento giuridico desiderabile solamente nella misura in cui promuovesse l'efficienza economica», MATTEI, *Beni comuni*, cit., pag. 6.

ne stravolgersero gli scopi, come avviene per il software libero o per esperienze quali *Creative Commons*, dimostrerebbe da un lato l'insopprimibilità delle appartenenze collettive, e dall'altro la possibilità di un uso anti-egemonico degli strumenti che parrebbero funzionali all'egemonia del paradigma fondato sulla dicotomia stato/proprietà privata.

6. Si potrebbe, e forse ben giustamente, obiettare che la possibilità di piegare la *proprietà intellettuale* a finalità di inclusione e condivisione derivi da una certa qual ambiguità insita nel novero degli istituti di cui essa è espressione. Vale a dire, il fatto di essere, ad esempio il *copyright*, diritti esclusivi volti a tutelare quell'interesse collettivo denominato *dominio pubblico* — o progresso delle scienze e delle arti utili, per usare la locuzione della *copyright clause* della Costituzione statunitense — con tutta la serie di limiti all'esclusività derivanti dalla necessità di contemperare un fine in aperta contraddizione con il mezzo, condurrebbe ad una situazione per la quale, in presenza delle necessarie condizioni sociali — che le tecnologie telematiche renderebbero possibili —, lo spontaneo emergere di *beni comuni digitali* può verificarsi anche all'interno di un ordine giuridico volto alla privatizzazione di qualunque bene collettivo.

Si deve però constatare come la cosa sia grandemente generalizzabile, e come fenomeni analoghi abbraccino una vasta pluralità di beni collettivi, digitali o meno, che, mediante gli strumenti della *proprietà intellettuale* vengono sottratti a forme diverse di appropriazione e privatizzazione.

Si pensi, per fare un esempio, all'uso del sistema dei brevetti per la protezione del sapere tradizionale (*Traditional Knowledge*) e, al contempo,

per combattere fenomeni di *enclosure* conosciuti come *bio-piracy*.⁴⁹ In questi casi si tratta di impedire che le risorse genetiche ed ambientali, che fanno parte di quel *corpus* di conoscenze tradizionali radicate in una determinata comunità locale, siano fatte oggetto di appropriazione ad opera di entità commerciali, spesso occidentali, che, mediante lo strumento brevettuale, riescono ad ottenere privilegi monopolistici su principi attivi, per fare un esempio connesso al campo biomedico, delle medicine tradizionali di talune popolazioni indigene.

Al fine di contrastare tali pratiche diverse strategie possono essere poste in essere: dalla creazione di biblioteche e banche dati del sapere tradizionale, volte a dare dimostrazione dell'esistenza di *prior art* e quindi della mancanza di innovatività dell'invenzione, fondata sul *traditional knowledge*, che si vorrebbe proteggere,⁵⁰ all'uso del brevetto al fine di

⁴⁹ Si vedano, tra gli altri, D. R. DOWNES, «How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge», 25 *Colum. J. Envtl. L.* 253 (2000); I. MGBEOJI, «Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy», 9 *Ind. J. Global Legal Stud.* 163–86 (2001), <<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol9/iss1/9>> (consultato: marzo 2013); K. R. SRINIVAS, «Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions», 3 *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y* 81–120 (2008), con estesa bibliografia; J. ERSTLING, «Using Patents to Protect Traditional Knowledge», 15 *Tex. Wesleyan L. Rev.* 295–333 (2009); A. TABREZ, G. JAYA, «Traditional Knowledge: A New Challenge in Patents», *SSRN eLibrary* (2012), <<http://ssrn.com/abstract=1981642>> (consultato: marzo 2013).

⁵⁰ Questa è, ad esempio, la via intrapresa dalla *Traditional Knowledge Digital Library* indiana (<http://www.tkdlib.res.in>), dal *Traditional Chinese Medicine Patent Database* e dal *Chinese Medical Literature Analysis and Retrieval System*. Su queste esperienze si veda ERSTLING, *Using Patents to Protect Traditional Knowledge*, cit., pagg. 320 ss.

predisporre una vera e propria strategia attiva di difesa del sapere tradizionale.⁵¹ È il caso della medicina tradizionale cinese oggetto, negli ultimi due decenni, di un'intensa attività brevettuale relativa a principi e pratiche terapeutiche e farmacologiche legate alle metodiche mediche praticate nel paese.⁵²

Per rimanere all'ambito e all'ambiente più strettamente digitale, e senza alcuna pretesa di esaustività, si possono poi citare altre esperienze nelle quali la *proprietà intellettuale* svolge un ruolo inclusivo: ciò che va sotto il nome di *open science* e, particolarmente, quella sua specificazione denominata *open access*, volta ad eliminare l'intermediazione dell'editoria industriale nella distribuzione dei risultati della ricerca scientifica; il movimento dell'*open data*, sia nell'ambito della ricerca scientifica che in quello delle attività informative condotte dalle pubbliche amministrazioni — ed in questo senso da taluni riconnesso al più ampio concetto di *open government*.

Quanto all'*open access*,⁵³ che trae dal software libero l'idea che nei

⁵¹ Sulla possibilità tecnica di perseguire questa via si vedano MGBEOJI, *Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants*, cit.; D. GERVAIS, «Traditional Knowledge and Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach», 2005 *Mich. St. L. Rev.* 137–66 (2005).

⁵² ERSTLING, *Using Patents to Protect Traditional Knowledge*, cit., pagg. 331 ss.; L. E. MURRAY, «Patenting Traditional Medicine», 89 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 45–78 (2007), abbreviazione: 89 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 45.

⁵³ Sul tema rimandiamo a R. CASO (a cura di), *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e Open Access: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008*, Trento, 2009, <<http://eprints.biblio.unitn.it/00001589>> (consultato: marzo 2013); R. CASO, F. PUPPPO (a cura di), *Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 5 maggio 2009*, Trento, 2010, <<http://eprints.biblio.unitn.it/00001821/>> (consultato: marzo 2013).

processi conoscitivi cumulativi la condivisione dimostra di possedere vantaggi competitivi che la fanno sopravvivere anche laddove, a seguito di processi di *enclosure*,⁵⁴ modalità disseminazione imperniata sull'esclusività dovrebbero prevalere in forza del loro superiore *adattamento* alla razionalità economica, esso si propone, come detto, di far meno dell'intermediazione dell'editore, grazie al ricorso agli strumenti telematici, nella disseminazione dei risultati della ricerca scientifica. Al di là di tutte le considerazioni che potrebbero pur essere fatte in merito alla congruenza dell'idea secondo la quale la ricerca scientifica debba – e in effetti sia — motivata dalla possibilità di monetizzare l'accesso ai suoi risultati che l'esclusività della proprietà intellettuale dovrebbe consentire, le argomentazioni in favore dell'*open access* possono ben essere costruite all'interno di quell'apparato retorico che il criterio dell'efficienza economica, per dirla con Mattei, rappresenta.⁵⁵

Per quel che concerne il tema degli *open data*, oggetto della presente serie di interventi e contributi, le questioni sono in parte diverse: se da un lato il dibattito pubblico che li ha ad oggetto è un'ulteriore dimostrazione del successo del modello rappresentato dai *digital commons* come fenomeni sociali spontanei, il fatto che al centro della questione vi siano *in primis* i

⁵⁴ J. BOYLE, «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», 66 *Law & Contemp. Probs.* 33–74 (2003), <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lc>> (consultato: marzo 2013).

⁵⁵ Si allude a J. LITMAN, «The Economics of Open Access Law Publishing», 10 *Levis & Clark L. Rev.* 779–95 (2006); a commento del contributo della Litman si veda anche A. ROSSATO, «Le ragioni del libero accesso», in G. ZICCARDI (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti di libertà nelle teorie nordamericane*, 51–66, Modena, 2007.

dati prodotti dalle pubbliche amministrazioni segnala anche il ruolo che i *digital commons* hanno avuto nel riportare sotto le luci dei riflettori il tema piú generale dei beni comuni e, a questo connesso, quello della titolarità diffusa dei beni e dei servizi prodotti dalle pubbliche autorità con il denaro degli *taxpayers*.

Riferimenti bibliografici

AUGIER, M.-S., MARCH, J. G., «Conflict of Interest in Theories of Organization: Herbert A. Simon and Oliver E. Williamson», 5 *Journal of Management & Governance* 223–30 (2001).

BARLOW, J. P., «The Economy of Ideas», 2 *Wired* (1994), <<http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>> (consultato: marzo 2013).

BARLOW, J. P., «A Declaration of the Independence of Cyberspace», Febbraio 1996, <<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>> (consultato: marzo 2013).

BARLOW, J. P., «The Next Economy of Ideas», 8 *Wired* (2000), <<http://www.wired.com/wired/archive/8.10/download.html>> (consultato: marzo 2013).

BOLDRIN, M., LEVINE, D. K., *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, Mass., 2010.

BOYLE, J., «The Search for an Author: Shakespeare and the Framers», 37 *Am. U. L. Rev.* 625 (1988), <<http://law.duke.edu/boylesite/shakesp.htm>> (consultato: marzo 2013).

BOYLE, J., *Shamans, Software, and Spleen. Law and the Construction of the*

Information Society, Cambridge, Mass., 1996.

BOYLE, J., «The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain», 66 *Law & Contemp. Probs.* 33–74 (2003), <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lcp>> (consultato: marzo 2013).

CASO, R., Digital Rights Management. *Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004.

CASO, R. (a cura di), *Pubblicazioni scientifiche, diritti d'autore e Open Access: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 20 giugno 2008*, Trento, 2009, <<http://eprints.biblio.unitn.it/00001589>> (consultato: marzo 2013).

CASO, R., PUPPPO, F. (a cura di), *Accesso aperto alla conoscenza scientifica e sistema trentino della ricerca: atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 5 maggio 2009*, Trento, 2010, <<http://eprints.biblio.unitn.it/00001821/>> (consultato: marzo 2013).

COASE, R., «The Nature of the Firm», 4 *Economica* 386 (1937).

COASE, R., «The Problem of Social Costs», 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960).

COASE, R., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, 1988.

COCCOLI, L., FICARELLI, G., «“The Tragedy of the Commons”». Guida a una lettura critica», in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012.

COHEN, J. E., «Reverse Engineering and the Rise of Electronic Vigilantism: Intellectual Property Implications of “Lock-Out” Programs», 68 *S. Cal. L. Rev.* 1091 (1995).

COHEN, J. E., «A Right to Read Anonymously: A Closer Look at “Copyright Management” in Cyberspace», 28 *Conn. L. Rev.* 981 (1996).

COHEN, J. E., «Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of «Right Managment»», 97 *Mich. L. Rev.* 642 (1998), <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=128230> (consultato: marzo 2013).

COHEN, J. E., «Copyright and the Jurisprudence of Self-Help», 13 *Berkeley Tech. L.J.* 1089 (1998).

COOTER, R., MATTEI, U., MONATERI, P. G., ET AL., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.

DAM, K. W., «Self-Help in the Digital Jungle», 28 *J. Legal Stud.* 393 (1999).

DEMSETZ, H., «Toward a Theory of Property Rights», 57 *AER* 347–59 (1967).

DOWNES, D. R., «How Intellectual Property Could Be a Tool to Protect Traditional Knowledge», 25 *Colum. J. Envtl. L.* 253 (2000).

EASTERBROOK, F. H., «Cyberspace and the Law of the Horse», 1996 *U. Chi. Legal F.* 207 (1996).

EASTERBROOK, F. H., «Cyberspace v. Property Law», 4 *Tex. Rev. L. & Pol.* 103 (1999).

ERSTLING, J., «Using Patents to Protect Traditional Knowledge», 15 *Tex. Wesleyan L. Rev.* 295–333 (2009).

GAMBARO, A., *La proprietà*, Milano, 1990.

GAMBARO, A., «L’analisi economica e la ricerca della logica

proprietaria», *Riv. crit. dir. priv.* 235 (1996).

GAMBARO, A., «I beni immateriali nella riflessioni della Commissione Rodotà», in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici*, 65–70, Roma, 2010.

GAMBARO, A., «Ontologia dei beni e *jus excludendi*», *Comparazione e diritto civile* (Giugno 2010), <http://www.comparazionediritto civile.it/prova/files/rav_gambaro_ontologia.pdf> (consultato: marzo 2013), Sul tema dei beni immateriali e della «proprietà intellettuale».

GERVAIS, D., «Traditional Knowledge and Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach», 2005 *Mich. St. L. Rev.* 137–66 (2005).

GUARDA, P., «Looking for a Feasible Form of Software Protection: Copyright or Patent, Is that the Question?», *EIPR* (2013), in corso di stampa.

HARDIN, G., «The Tragedy of the Commons», *Science* 1243–48 (dicembre 1968).

HARDT, M., NEGRI, A., *Commonwealth*, Cambridge, Mass., 2009.

HELLER, M. H., «The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition From Marx to Markets», 111 *Harv. L. Rev.* 621 (1998).

HUNTER, D., «Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons», 91 *Cal. L. Rev.* 439 (2003).

JOHNSON, D. R., POST, D. G., «Law And Borders - The Rise of Law in Cyberspace», 48 *Stan. L. Rev.* 1367 (1996).

JOHNSON, D. R., POST, D. G., «“Chaos Prevailing on Every Continent”:

A New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems», 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1055 (1998).

JOHNSON, S. C., RITCHIE, D. M., «Portability of C Programs and the UNIX System», 57 *The Bell System Technical Journal* 2021–48 (1978), <<http://cm.bell-labs.com/cm/cs/who/dmr/portpap.html>> (consultato: marzo 2013), il paper sulla portabilità di C e Unix. vedi anche <http://cm.bell-labs.com/cm/cs/who/dmr/portpapers.html>.

LANDES, W. M., POSNER, R. A., «An Economic Analysis of Copyright Law», 18 *J. Legal Stud.* 325 (1989).

LANDES, W. M., POSNER, R. A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge Mass., 2003.

LEMLEY, M. A., «Property, Intellectual Property, and Free Riding», 83 *Tex. L. Rev.* 1031 (2004).

LESSIG, L., «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach», 113 *Harv. L. Rev.* 501 (1999).

LESSIG, L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

LESSIG, L., «The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net», 14 *Berkeley Tech. L.J.* 759 (1999).

LESSIG, L., «How I Lost the Big One», *Legal Affairs* (2004), <http://www.legalaffairs.org/issues/March-April-2004/story_lessig_marapr04.msp> (consultato: marzo 2013).

LESSIG, L., *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York, 2008.

LESSIG, L., «Tyranny in the Infrastructure», 5 *Wired Magazine* (luglio

1997).

LITMAN, J., «The Economics of Open Access Law Publishing», 10 *Lewis & Clark L. Rev.* 779–95 (2006).

MARELLA, M. R. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

MATTEI, U., «The Rise and Fall of Law and Economics: An Essay for Judge Guido Calabresi», 64 *Md. L. Rev.* 220–50 (2005).

MATTEI, U., «The State, the Market, and some Preliminary Question about the Commons (French and English Version)», 2011, <http://works.bepress.com/ugo_mattei/40/> (consultato: marzo 2013).

MATTEI, U., *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011.

MCCLOSKEY, D. N., *The Rhetoric of Economics*, Madison, 1986.

MGBEOJI, I., «Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solution to the Scourge of Bio Piracy», 9 *Ind. J. Global Legal Stud.* 163–86 (2001), <<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol9/iss1/9>> (consultato: marzo 2013).

MONATERI, P. G., «L'economia delle idee», 6 *Cardozo El. L. Bull.* (2000), <<http://www.jus.unitn.it/services/arc/2000/s2403/home.html>> (consultato: marzo 2013).

MURRAY, L. E., «Patenting Traditional Medicine», 89 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 45–78 (2007), abbreviazione: 89 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 45.

PASCUZZI, G., *Cyberdiritto: guida alle banche dati italiane e straniere, alla rete*

Internet e all'apprendimento assistito da calcolatore, Bologna, 1995.

POSNER, R. A., «Intellectual Property: The Law and Economics Approach», 19 *JEP* 57–73 (2005).

POST, D. G., «Anarchy State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace», *Journal of Online Law* (1995).

PRADI, A., «Usi civici: le reliquie della proprietà collettiva», in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici*, 407–14, Roma, 2010.

RADIN, M. J., «Property Evolving in Cyberspace», 15 *J.L. & Com.* 509 (1996).

RADIN, M. J., WAGNER, R. P., «The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace», 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1295 (1998).

RESTA, G., SOLDA KUTZMANN, D., «I beni immateriali dello stato e degli enti pubblici: un itinerario tra *property* e *commons*», in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici*, 145–83, Roma, 2010.

ROSSATO, A., *Diritto e architettura nello spazio digitale. Il ruolo del software libero*, Padova, 2006.

ROSSATO, A., «Le ragioni del libero accesso», in G. ZICCARDI (a cura di), *Nuove tecnologie e diritti di libertà nelle teorie nordamericane*, 51–66, Modena, 2007.

SIMON, H., «Organization and Markets», 5 *The Journal of Economic Perspectives* 25–44 (1991).

SRINIVAS, K. R., «Traditional Knowledge and Intellectual Property

Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions», 3 *Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y* 81–120 (2008).

STALLMAN, R., *Free Software, Free Society: Selected Essays*, Boston, 2002, <<http://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>> (consultato: marzo 2013).

TABREZ, A., JAYA, G., «Traditional Knowledge: A New Challenge in Patents», *SSRN eLibrary* (2012), <<http://ssrn.com/abstract=1981642>> (consultato: marzo 2013).

WILLIAMS, S., *Free as in Freedom*, Cambridge, Mass., 2002, <<http://www.oreilly.com/openbook/freedom/>> (consultato: marzo 2013).

The Trento Lawtech Research Paper Series is published since Fall 2010

1. **Giovanni Pascuzzi**, L'insegnamento del diritto comparato nelle università italiane (aggiornamento dati: dicembre 2009) - The Teaching of Comparative Law in Italian Universities (data updated: December 2009), Trento Law and Technology Research Group Research Papers, October 2010.

2. **Roberto Caso**, Alle origini del copyright e del diritto d'autore: spunti in chiave di diritto e tecnologia - The Origins of Copyright and Droit d'Auteur: Some Insights in the Law and Technology Perspective, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

3. **Umberto Izzo, Paolo Guarda**, Sanità elettronica, tutela dei dati personali e digital divide generazionale: ruolo e criticità giuridica della delega alla gestione dei servizi di sanità elettronica da parte dell'interessato - E-health, Data Protection and Generational Digital Divide: Empowering the Interested Party with the Faculty of Nominating a Trusted Person Acting as a Proxy when Processing Personal Health Data within an Electronic PHR, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2010.

4. **Rossana Ducato**, "Lost in Legislation": il diritto multilivello delle biobanche di ricerca nel sistema delle fonti del diritto (convenzioni internazionali, leggi europee, nazionali e regionali, softlaw) - "Lost in legislation": The Multilevel Governance of Research Biobanks and the Sources of Law (International Conventions, European, National and Regional legislations, Softlaw), Trento Law and Technology Research Group Research Papers; December 2010.

5. **Giuseppe Bellantuono**, The Regulatory Anticommons of Green

Infrastructures, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2011.

6. **Francesco Planchenstainer**, La regolamentazione dell'acqua destinata ad impiego alimentare: analisi storico comparativa dei differenti approcci sviluppati negli USA e nella UE - The Regulation Of Water For Nutritional Use: A Comparative and Historical Analysis of the Different Approaches Developed in US and EU Law, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; April 2011.

7. **Roberto Caso, Giovanni Pascuzzi**, Valutazione dei prodotti scientifici nell'area giuridica e ruolo delle tecnologie digitali – Evaluation of Scientific Products in the Legal Field and the Role of Digital Technologies, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; May 2011.

8. **Paolo Guarda**, L'Open Access per la dottrina giuridica e gli Open Archives: verso un futuro migliore? - Open Access to legal scholarship and Open Archives: toward a Better Future?, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; November 2011.

9. **Thomas Margoni**, Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet - Exceptions and Limitations to Copyright Law in the Internet, Trento Law and Technology Research Group Research Papers; January 2012.

10. **Roberto Caso**, Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche - Plagiarism, copyright and technological revolutions. Trento Law and Technology Research Group Research Papers; February 2012.

11. **Giovanni Pascuzzi**, Diventare avvocati e riuscire ad esserlo: insegnare l'etica delle professioni forensi attraverso le trame narrative - How to become lawyers and able to do so: teaching the ethics of the legal profession through narrative, Trento Law and Technology Research Group. Research Papers; July 2012.

12 **Umberto Izzo**, IL 'CONTRATTO SULLA NEVE' PRESO SUL SERIO: due modelli di contratto (per la fruizione delle aree sciabili e per l'insegnamento sciistico) - TAKING THE "CONTRACT ON THE SNOW" SERIOUSLY: Two Model Contracts (For Accessing and Using the Ski Area, and For the Teaching of Skiing), Trento Law and Technology Research Group Research Paper; 2012.

13. **Francesco Planchestainer**, "They Collected What Was Left of the Scraps": Food Surplus as an Opportunity and Its Legal Incentives, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; February 2013.

14. **Roberto Caso**, I libri nella tempesta perfetta: dal copyright al controllo delle informazioni digitali - "Books into the storm": from copyright to the control of information, Trento Law and Technology Research Group Research Paper; March 2013.