

1. IL SOFTWARE

La nascita

Partiamo prima di tutto dalla genesi della vicenda ovvero dalla nascita di Napster.

Nel **gennaio del 1999**, uno studente diciannovenne del New Jersey (**Shawn Fanning**) realizza un software che consente a lui e i suoi amici lo scambio di brani musicali.

Napster è il soprannome del fortunato ragazzo che nel maggio '99 costituisce una società di diritto americano con sede a San Mateo, in California.

La **prima versione ufficiale del software** risale al **luglio '99**.

L'attività

Questo **software permette la condivisione gratuita di files musicali attraverso la rete Internet** e utilizza un procedimento cosiddetto **peer-to-peer file sharing**: il file è trasmesso direttamente da un utente all'altro, il server Napster funge soltanto da intermediario.

Gli utenti possono conservare, ricercare e trasferire esatte copie dei file musicali senza pagare alcuna somma agli altri utenti, a Napster e ovviamente nemmeno ai titolari dei diritti d'autore sulle opere scambiate.

Si tratta dunque di un **servizio gratuito**, ma Napster non è mai stato un ente no-profit, infatti le **fonti di ricavo** sono molteplici: servizi di mail mirate, attività di marketing di cd, prodotti a marchio Napster ma soprattutto la pubblicità e le royalties derivanti da links ad altri siti commerciali.

Un'altro aspetto peculiare della attività di Napster è la **promozione di nuovi artisti**, ma si tratta di un aspetto marginale sia per il numero limitato di brani inseriti nella lista dei cosiddetti "nuovi artisti", sia per l'incoerenza di fondo nell'uso di questa etichetta, utilizzata anche per gruppi molto noti come i Nirvana.

E' evidente che la maggior parte della musica disponibile è protetta dal diritto d'autore; nonostante questo **Napster non ha mai ottenuto alcuna licenza** per distribuire, scaricare musica o agevolare queste operazioni, e ne è pienamente consapevole. E' questa la caratteristica che porterà alle vicende giudiziarie di cui stiamo parlando in questa sede.

Il funzionamento

Vediamo ora a grandi linee il funzionamento del software che può essere scaricato gratuitamente dal sito internet www.napster.com.

Questo software, chiamato **MusicShare** diventa pienamente funzionante solo dopo la registrazione degli utenti al sito con l'utilizzo di uno **user name** e una **password**. Da notare che la registrazione non richiede necessariamente un nome o indirizzo reali.

Il nucleo del sistema è costituito da una **hotlist**, un indice collettivo dei nomi degli utenti connessi, e dei titoli dei files che essi mettono a disposizione; una vera e propria banca dati che viene continuamente aggiornata.

Napster dunque consente al singolo utente di identificare i files che desidera copiare, di connettersi al computer di chi dispone nell'hard disc del file richiesto e di scaricarlo sul proprio computer, ascoltando la musica o copiandola stabilmente nella memoria fissa del proprio computer.

La parte server del software interagisce con il browser dell'utente richiedente e con quello dell'utente fornitore fungendo da tramite, ma senza memorizzare alcun byte al suo interno; si tratta infatti di un sistema *peer-to-peer*.

La funzione di hotlist consente ad ogni utente Napster di conoscere quali altri utenti sono in rete in un preciso momento e di curiosare nei loro archivi, la funzione di **chat** permette anche di mandare loro messaggi e commenti; rafforzando un'ideale di **comunità virtuale** di cui vedremo poi le reazioni a causa della sentenza.

Oltre alla funzione di hotlist è possibile accedere al contenuto degli archivi degli utenti anche attraverso un **motore di ricerca**.

Il formato MP3

Fin'ora abbiamo parlato di file musicali in generale, in realtà i sistemi come Napster devono la loro esistenza ad un particolare formato per la compressione audio, che è in grado di rendere efficiente il servizio di trasferimento file, l'MP3 di cui descriviamo soltanto i caratteri peculiari.

Si tratta di uno standard di compressione ideato nel 1987 da un gruppo di esperti (il *Moving Picture Experts Group*) e la denominazione completa è **MPEG layer 3** (MP3). Questo formato causa talora una parziale perdita di qualità ma in realtà utilizza un processo cosiddetto di "*ripping*" che sfrutta le frequenze acustiche che l'orecchio umano non è in grado di percepire attraverso processi di soppressione, sovrapposizione e associazione di frequenze.

E' in grado di **comprimere** i file di circa **12 volte** permettendo di creare file audio di **circa 3 Mbyte**. Per questo motivo è diventato lo standard utilizzato per le trasmissioni via Internet di file musicali ed in particolare ha contribuito al successo di Napster.

Il successo

Passiamo infatti al successo di questo software.

Nonostante la sua genesi Napster è ben lontano dall'essere un semplice strumento a disposizioni di amici e parenti, infatti il suo successo è stato travolgente. Il sito ha ottenuto circa 20 milioni di abbonati in meno di un anno, registrando una crescita del 35% al giorno. Alla fine del **2000** gli **utenti** sono giunti a **75 milioni** con un indice di **500.000 brani** e **10.000 files musicali condivisi al secondo**.

Il valore di Napster, legato al numero dei suoi utenti, è compreso tra i **60 e gli 80 milioni di dollari**.

USA vs EUROPA

Sistemi come quello Napster provocano effetti al di là dei confini del singolo stato a causa delle caratteristiche globali della rete Internet.

Dunque il problema della valutazione giuridica di vicende come queste si pone in tutti gli ordinamenti.

Abbiamo dunque considerato il caso anche alla luce del diritto comunitario, confrontandolo con le vicende giuridiche statunitensi.

Prima di tutto è necessario sottolineare ulteriormente che Napster non compie alcuna operazione che possa essere considerata violazione diretta dei diritti degli autori: non riproduce i files nei propri server e non li trasferisce neppure transitoriamente, queste operazioni sono compiute unicamente dai privati.

Per questo motivo la responsabilità di Napster può essere configurata solo per concorso nell'illecito commesso dai privati, ovvero per contraffazione indiretta.

Per il diritto statunitense è quindi necessario provare

- Prima la violazione diretta dei diritti da parte degli utenti di Napster
- Di conseguenza la responsabilità indiretta di Napster.

CONTRAFFAZIONE DIRETTA

I giudici americani hanno ritenuto che “**gli utenti di Napster violano quanto meno due diritti esclusivi dei titolari del diritto d'autore: il diritto di riproduzione** (da parte degli utenti che svolgono *l'upload*) **e il diritto di distribuzione** (per quanto riguarda invece il *download*)”.

Il diritto europeo prevede lo stesso tipo di tutela nella direttiva 2001/29/CE considerando il **diritto esclusivo di comunicazione al pubblico** previsto dall'art. 3 e il **diritto esclusivo di riproduzione** previsto dall'art. 2.

Questi diritti esclusivi, a differenza di quanto accade nel diritto statunitense, sono però riconosciuti non soltanto agli autori ma anche agli artisti interpreti o esecutori, ai produttori fonografici, agli organismi di diffusione radiotelevisiva.

Per quanto riguarda il **fair use** considerato e poi **escluso** dalla giurisprudenza statunitense, non esiste nell'ordinamento europeo una clausola generale analoga ma bisogna fare riferimento alle eccezioni al diritto d'autore previste dall'art. 5.

E' da escludere in entrambi gli ordinamenti che l'attività svolta su Napster possa essere considerata riproduzione privata. Non esistono criteri per distinguere la comunicazione al pubblico da quella tra privati ma in ogni caso l'art. 5 co. 2 lett. B) della direttiva europea prevede comunque l'eccezione dietro pagamento di un equo compenso e questo non avviene nel caso Napster.

Il diritto europeo sarebbe dunque senza dubbio giunto alla medesima conclusione, considerando però accanto ai diritti d'autore i diritti connessi.

CONTRAFFAZIONE INDIRETTA

Abbiamo illustrato ampiamente come la Corte d'Appello statunitense abbia respinto ogni tentativo di limitazione di responsabilità di Napster, ritenendolo responsabile per contraffazione indiretta (*Digital Millennium Copyright Act*).

Nel diritto europeo sono riconosciute limitazioni di responsabilità per i prestatori di servizi che agiscono come intermediari nella **Direttiva sul commercio elettronico (2000/31/CE)**.

L'art. 12 e 14 della direttiva favoriscono solo le attività essenziali per il funzionamento della rete, non è il caso di Napster.

Inoltre il **considerando 44** chiarisce che **non beneficia delle limitazioni della responsabilità “il prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti”**.

Anche in questo caso il diritto comunitario sarebbe giunto dunque alla medesima conclusione: Napster responsabile di contraffazione indiretta.

[non consideriamo la contraffazione sussidiaria in quanto si tratta di un argomento che non ha ancora trovato una soluzione chiara e definitiva].

PRESENTE E FUTURO

Passiamo ora all'ultima parte del nostro lavoro che tenta di andare oltre le aule dei tribunali americani.

Infatti la vicenda Napster ha assunto una grandissima visibilità mediatica, e non mancano le riflessioni di giornalisti, esperti del diritto, della sociologia che considerano questo caso come l'emblema di una nuova società dell'informazione in cui è cruciale il divario tra libertà e controllo.

Ovviamente non mancano le nostre riflessioni personali su un tema ancora così attuale, da rendere visibili le sue conseguenze on-line e off-line.

Quindi abbiamo accennato brevemente alcune riflessioni che speriamo possano rendere più concreta e interessante la nostra esperienza di ricerca.

Una teoria a difesa di Napster e delle nuove tecnologie

Prima di tutto una teoria a difesa di Napster e più in generale a difesa delle nuove tecnologie di tutti i tempi.

Si pone una domanda. Fino a che punto è lecita una nuova tecnologia che può prestarsi ad essere utilizzata per copiare opere protette dal diritto d'autore?

In questo caso si parla della tecnologia *peer-to-peer* per il *download* di files attraverso Internet ma il problema non è dissimile da quello che si è affrontato ogni volta in cui ci si è trovati di fronte ad una nuova tecnologia che ha consentito di copiare opere con metodi prima sconosciuti.

Pensiamo ad esempio all'invenzione della stampa: Gutenberg non è certo stato citato per contraffazione dai monaci che godevano del monopolio assoluto sulle riproduzioni della Bibbia.

Oppure possiamo pensare alle pianole meccaniche dell'inizio del secolo che hanno causato la perdita degli introiti per la vendita di spartiti musicali; ma pensiamo anche alla radio, alla televisione, ai videoregistratori, a tutte le tecnologie che rendono possibile la distribuzione di nuove opere protette dal diritto d'autore.

Ma in tutti i casi, anche se all'inizio gli utilizzi della tecnologia erano prevalentemente illeciti, la tecnologia è poi diventata matura e si sono imposti utilizzi inimmaginabili, utili e soprattutto leciti.

Ad una più attenta riflessione non si può non concordare con i difensori di Napster che hanno cercato in tutti i modi di elevare la controversia.

Si tratta infatti di una lotta tra interessi contrapposti, da una parte il legittimo interesse dei titolari del diritto d'autore a vedere ricompensato il proprio lavoro e dall'altra l'evoluzione tecnologica che non deve essere frenata in alcun modo. Entrambi gli interessi sono meritevoli di tutela e si tratta infatti di un tema molto delicato e sempre molto caldo su tutti i media.

Libera comunicazione vs diritto d'autore

Sempre seguendo queste linee di ragionamento abbiamo notato come il caso Napster sia diventato l'emblema fra opposte visioni del futuro della società dell'informazione, e in particolare del diritto d'autore: la visione di chi ritiene che la comunicazione fra privati su Internet debba restare libera e di chi vuole assicurare la tutela del diritto d'autore anche in tale ambito.

Il caso Napster è stato considerato banco di prova della possibilità di far valere il diritto d'autore su Internet e in particolare nei confronti di una nuova forma di utilizzazione che si temeva sfuggisse al controllo giudiziale.

Non si può dubitare che l'orientamento della legislazione internazionale e nazionale è decisamente nel senso di sottoporre al diritto di esclusiva anche la comunicazione delle opere via Internet.

D'altronde però non si può non prendere atto delle difficoltà cui è andata incontro la formulazione e l'esecuzione del provvedimento di inibitoria.

Resta in ogni caso aperta la verifica della possibilità di dare efficace applicazione alle regole stabilite dalla recente Direttiva anche in altri casi.

Il futuro del file sharing

Infatti le prime vittorie ottenute dall'industria discografica contro siti come Napster, ma anche mp3.com, non risultano avere complessivamente ridotto il fenomeno dello scambio non autorizzato di files musicali, che è anzi in aumento.

In un solo giorno, il 12 febbraio 2001, quando venivano diffuse le notizie di chiusura di Napster, il sito Gnutella ad esempio ha avuto un incremento del 17%.

In questi ultimi tempi i programmi come Napster si moltiplicano sulla rete, si estendono a macchia d'olio; abbiamo trovato un sito in cui sono elencati ben 190 programmi di scambio file mp3.

E inoltre questi nuovi programmi hanno alle spalle tutta l'esperienza della battaglia perduta da Napster e quindi sono ben attenti a non compiere gli stessi errori.

Infatti nella maggior parte dei casi adottano un sistema *peer-to-peer* che consente a due utenti di collegarsi senza intermediazione di alcun server. Quindi non ci sono server centrali che si possono chiudere, non c'è entità centrale che si possa perseguire legalmente.

L'immenso serbatoio di utenti di Napster è destinato a disperdersi sulla rete in decine di comunità più piccole ma altrettanto attive.

Il futuro di Napster

Questo il futuro del file sharing in generale ma vediamo anche cos'è accaduto al sito Napster in seguito a questa sentenza.

La Corte d'Appello ha sostanzialmente ammesso che anche se la struttura a priori non è illegale, Napster dovrà impedire che vengano scambiati file protetti da copyright;

l'applicazione di questa decisione è ovviamente impossibile da attuare ed equivale a chiudere il sistema.

In realtà il cammino legale è ancora lungo e incerto. Ugualmente incerto quello commerciale.

Uno degli attori, Bertelsmann, ha raggiunto un accordo con Napster e vuole giungere ad una distribuzione di musica ed altre opere e prodotti multimediali, nel rispetto del diritto d'autore.

In realtà non sono chiari i termini con cui verrà attuata questa strategia; il vero problema per Napster quello di trovare un buon motivo di esistere che non sia lo scambio gratuito di mp3.

In conclusione le prospettive per Napster non sono certo delle migliori.

Il caso Napster: vinti e vincitori

Per concludere abbiamo cercato di tirare le somme di questa vicenda, con il senno di poi di chi vive nel 2006 abbiamo decretato i vinti e i vincitori di questo caso.

Partiamo dalle vittorie.

La sentenza contro Napster ha un significato e un messaggio molto chiari: il principio del diritto d'autore ha vinto e non si tocca.

Una vittoria dunque di principio che rischia però di trasformarsi in una sonora sconfitta per le case discografiche. E questo per tre motivi principali.

Partiamo dal primo.

L'azione legale contro Napster si è risolta nella più grande campagna pubblicitaria che si possa immaginare per il file sharing; il caso ha occupato le prime pagine dei media di tutto il mondo e se prima "solo" 60 milioni di persone sapevano che in Internet si scarica musica gratis, ora lo sanno tutti, e soprattutto conoscono anche le centinaia di alternative possibili a Napster.

In secondo luogo pensiamo alla estrema perdita di immagine per le case discografiche che se già prima avevano la fama di essere "dei ladri", in seguito al caso Napster sono il destinatario privilegiato di insulti nei mille forum della rete da parte dei loro stessi potenziali clienti.

Infine ultimo ma non meno importante motivo di sconfitta per le discografiche è la dispersione della più grande concentrazione della storia di loro potenziali clienti. Le compagnie discografiche avevano lì a disposizione il più grande serbatoio di utenti musicali che qualunque più ottimistica previsione avrebbe potuto immaginare e invece di sfruttarlo lo hanno stupidamente dissolto.

I titolari del diritto d'autore sono dunque vittime della loro miopia e del desiderio dello sfruttamento dell'oggi a scapito del domani. Se una casa discografica offre di scaricare files mp3 da Internet facendo pagare 4 \$ a canzone, quindi 40 \$ a cd, non è difficile prevedere che i consumatori sceglieranno di rivolgersi prima a siti come Napster.

Dunque è probabile che non ci saranno né vinti né vincitori, la situazione ottimale potrebbe essere una soluzione basata su un nuovo modello di business che da un lato assicuri ai creatori di opere un adeguato guadagno, e dall'altro preveda costi bassi a tal punto da indurre i consumatori a preferire l'acquisto alla pirateria.