



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT

Problemi teorici e prospettive applicative

Atti del Convegno
tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento
il 21 ed il 22 marzo 2007

a cura di

ROBERTO CASO

Contributi di:

Roberto Caso
Leonardo Chiariglione
Claudio Di Cocco
Andrea Glorioso
Massimiliano Granieri
Nicola Lucchi
Laurent Manderieux
Giuseppe Mazziotti
Maria Lillà Montagnani
Alessandro Palmieri
Eugenio Prosperetti
Andrea Rossato

2008



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

70

2008

La pubblicazione è stata realizzata nell'ambito del progetto di ricerca sul tema "Innovazione, scienza, tecnologia, regole e responsabilità. Profili giuridici ed economici" (MiUR-PRIN 2005).



La prima edizione di questo libro © Copyright 2008 by Università degli Studi di Trento, Via Belenzani 12 - 38100 Trento, è pubblicata con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL: «<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>»

ISBN 978-88-8443-220-9
ISSN 1972-1137

Stampato in Italia – Printed in Italy
Febbraio 2008

DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT

Problemi teorici e prospettive applicative

Atti del Convegno
tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento
il 21 ed il 22 marzo 2007

a cura di
ROBERTO CASO

Contributi di:
Roberto Caso
Leonardo Chiariglione
Claudio Di Cocco
Andrea Glorioso
Massimiliano Granieri
Nicola Lucchi
Laurent Manderieux
Giuseppe Mazziotti
Maria Lillà Montagnani
Alessandro Palmieri
Eugenio Prosperetti
Andrea Rossato

INDICE

	Pag.
Premessa	1

ATTI DEL CONVEGNO

ROBERTO CASO

RELAZIONE INTRODUTTIVA. FORME DI CONTROLLO
DELLE INFORMAZIONI DIGITALI: IL DIGITAL RIGHTS
MANAGEMENT

1. Guerre digitali.....	5
2. La rivoluzione tecnologica della stampa a caratteri mobili e la nascita del diritto d'autore	11
3. La struttura economica del diritto d'autore	19
4. La rivoluzione tecnologica dell'informatica ed il controllo delle informazioni digitali	25
5. Forme di controllo delle informazioni digitali	34
6. Il lato oscuro del controllo rigido ed accentrato	44
7. La tutela legislativa delle misure tecnologiche di protezione e delle informazioni sul regime dei diritti	51
8. Gli scenari attuali.....	57

PRIMA SESSIONE

DRM, DIRITTO D'AUTORE E CONTRATTO

MASSIMILIANO GRANIERI

DRM VS. DIRITTO D'AUTORE: LA PROSPETTIVA
DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO
GIUSTIFICA UNA PROTEZIONE ASSOLUTA DELLE
OPERE DELL'INGEGNO DI CARATTERE CREATIVO?

1. In che rapporto sono le strategie di DRM e il diritto d'autore nell'ottica dell'analisi economica del diritto	69
---	----

INDICE

2. Caratteristiche del diritto d'autore come incentivo all'innovazione a contenuto estetico e relative giustificazioni economiche	71
3. L'inadeguatezza dei paradigmi tradizionali di protezione dell'innovazione a contenuto estetico in formato digitale	73
4. Le strategie di DRM come scelta di un modello decentralizzato di tutela dell'interesse del titolare del diritto	76
5. Una suggestione proprietaria: il raffronto tra misure tecnologiche di protezione e le facoltà di cui all'art. 841 c.c.....	81
6. Incidenza del DRM e, più in particolare, delle misure tecnologiche di protezione sul diritto d'autore e compromissione di alcuni spazi di libertà.....	84
7. Rischi connessi con il superamento dei limiti di utilizzo del diritto d'autore come proprietà limitata e impraticabilità di soluzioni alternative.....	87
8. Le utilizzazioni libere, la logica economica e i limiti all'uso di DRM	90
9. La reale incidenza delle misure tecnologiche di protezione sugli interessi degli autori e dei titolari di diritti.....	96

CLAUDIO DI COCCO

CIRCOLAZIONE DELLA CONOSCENZA, DRM E LIMITI DEL DIRITTO D'AUTORE

1. Introduzione: la tensione fra progresso tecnologico e tutela della proprietà intellettuale	99
2. I limiti del diritto d'autore	103
3. Il <i>digital copyright</i> e le misure tecnologiche di protezione	105
4. DRM, misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni.....	114
5. Conclusioni	122

NICOLA LUCCHI

DRM, CONTRATTO E PROTEZIONE DEI CONSUMATORI

1. Introduzione	127
2. DRM <i>technologies</i> e contratto	129

INDICE

3. Gli effetti collaterali dei sistemi di DRM	130
3.1 Il caso iTunes-Norvegia.....	131
3.2 Sony-BMG rootkit.....	136
3.3 EMI Music France.....	138
4. DRM <i>technologies</i> , contratto e protezione del consumatore....	140
5. Quali prerogative possono vantare i consumatori quando comprano contenuti digitali?	144
6. Le prerogative del consumatore nell'ambito del diritto d'autore.....	146
7. Quando i DRMs e le condizioni contrattuali compromettono i diritti del consumatore.....	150
7.1 Digital Terms and Conditions: l'approccio statunitense	152
7.2 Digital Terms and Conditions: l'approccio europeo	159
8. Conclusioni.....	164

LAURENT MANDERIEUX

IL DRM, IL CONTRATTO

ED IL CONCETTO DI PROPRIETÀ

1. Introduzione.....	167
2. L'approccio proprietario.....	168
3. Il rifiuto dell'approccio proprietario: la teoria contrattuale.....	172
4. Conclusioni.....	175

ANDREA ROSSATO

I PROBLEMI DELL'AUTOTUTELA DIGITALE

1. Una premessa terminologica	177
2. Autotutela e diritto d'autore	180
3. Autotutela come regolamentazione	184
4. Alle radici del diritto d'autore	188
5. Il paradosso dell'autotutela digitale.....	193

INDICE

SECONDA SESSIONE
DRM E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

ALESSANDRO PALMIERI
DRM E DISCIPLINA EUROPEA DELLA PROTEZIONE
DEI DATI PERSONALI

1. DRM e <i>privacy</i> : un ossimoro?	197
2. La minimizzazione dell'impatto del DRM sulla <i>privacy</i> : una strategia da esplorare.....	199
3. I margini di una regolamentazione giuridica del conflitto tra DRM e <i>privacy</i>	201
4. La disciplina europea sul trattamento dei dati personali e le istanze di tutela dei diritti sulle informazioni digitali	203
5. Le considerazioni e le proposte del Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali	205
6. Tecnologie DRM e principi posti a protezione dei dati personali.....	207
7. Principio di necessità ed incentivi alla costruzione di un'architettura DRM <i>privacy-oriented</i>	210

TERZA SESSIONE
DRM E TUTELA DELLA CONCORRENZA

MARIA LILLÀ MONTAGNANI
MISURE TECNOLOGICHE DI PROTEZIONE,
SISTEMI DI DRM E BARRIERE ALL'ENTRATA

1. Premessa	215
2. Sistemi di DRM e strategie di distribuzione <i>online</i>	219
3. Sistemi di DRM e mercati delle tecnologie	224
4. La protezione delle piattaforme e l'interoperabilità tra beni complementari	227
5. Una prima conclusione	232

INDICE

GIUSEPPE MAZZIOTTI

DRM E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: IL CASO ITUNES

1. Introduzione.....	239
2. Il modello di distribuzione digitale di Apple e la funzione del proprio sistema di DRM	242
3. Il rifiuto di licenza d'uso di sistemi di DRM come possibile abuso di posizione dominante	245
4. Soluzioni ai problemi d'interoperabilità e concorrenza tra diverse piattaforme distributive.....	252

QUARTA SESSIONE DIGITAL MEDIA IN ITALIA

LEONARDO CHIARIGLIONE

DIGITAL MEDIA IN ITALIA

1. Origini e finalità del gruppo Digital Media in Italia.....	263
2. Specifiche per un DRM interoperabile.....	264
3. L'accesso alla rete a banda larga	265
4. I servizi interoperabili di pagamento <i>online</i>	266
5. I vantaggi della proposta Digital Media in Italia	267
6. Il calendario dei lavori.....	268

EUGENIO PROSPERETTI

IL DRM COME VIA PER LA CREAZIONE DI REGOLE CERTE NEL RAPPORTO TRA CONSUMATORE E TITOLARE DEI DIRITTI NELLA CIRCOLAZIONE DEI CONTENUTI AUDIOVISIVI DIGITALI

1. DRM come garante dei beni immateriali in rete	271
2. Critica dell'equivalenza tra DRM e misure tecnologiche di protezione	273
3. Digital Rights Management e regolamentazione contrattuale: uno «statuto del DRM».....	278
4. Il caso dei metadati.....	281

INDICE

ANDREA GLORIOSO

DRM E PUBBLICO DOMINIO

1. Introduzione	285
2. Il pubblico dominio: alla ricerca di un nuovo linguaggio	287
3. DRM e pubblico dominio	293
4. Conclusioni (molto) provvisorie	298

ROBERTO CASO

CONCLUSIONI	299
-------------------	-----

PREMESSA

Questo volume raccoglie gli atti del convegno «Digital Rights Management - Problemi teorici e prospettive applicative» tenutosi il 21 ed il 22 marzo 2007 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

Esso costituisce una tappa dell'esplorazione che ha preso le mosse a Trento con un libro del 2004 vergato da chi scrive (*Digital Rights Management - Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*).

Oggi anche in Italia si è consapevoli che il Digital Rights Management (DRM) non è argomento di nicchia, ma tema fondamentale e trasversale del diritto dell'era digitale. Fondamentale perché rappresenta uno snodo decisivo delle questioni attinenti alla circolazione dell'informazione e della conoscenza. Trasversale perché taglia orizzontalmente vari settori giuridici (come la proprietà intellettuale, il contratto, la protezione dei dati personali e la tutela della concorrenza) e soprattutto perché chiama in causa il dialogo tra differenti saperi (come l'informatica, l'economia ed il diritto).

Il DRM è espressione di un controllo rigido e accentrato dell'informazione teso a riprodurre nel contesto digitale la logica dell'esclusività, nucleo centrale del diritto d'autore. Chi è convinto che l'epoca della logica binaria non debba essere caratterizzata solo da questa forma di controllo dell'informazione dovrebbe trovare più di uno spunto di riflessione nelle discussioni trentine del marzo 2007. D'altra parte, alla diffusione di queste discussioni si è evidentemente applicato uno spirito diverso da quello che pervade (o ha finora pervaso) il DRM.

La doppia pubblicazione, mediante licenza Creative Commons, sia in formato cartaceo (a pagamento) sia in formato digitale (gratuito) – sui siti Web Unitn.it eprints

PREMESSA

«<http://eprints.biblio.unitn.it/>» e Diritto e tecnologie del Digital Rights Management «<http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/drm/home.asp?cod=roberto.caso>» – di questo volume completa l'opera iniziata all'indomani del convegno con la messa a disposizione del pubblico delle riprese dei lavori (si veda l'archivio video del sito Web Jus.unitn.it all'URL: «<http://www.jus.unitn.it/services/arc/2007/0321/home.html>»).

Un'esperienza che dimostra una volta di più come la (libertà di) ricerca scientifica abbia bisogno del finanziamento pubblico e di assetti istituzionali diversi da quelli che governano il controllo rigido ed accentrato dell'informazione.

Un ringraziamento particolare va a chi ha permesso la realizzazione dell'iniziativa. Ai relatori ed agli autori dei contributi. Alla Facoltà di Giurisprudenza ed al Dipartimento di Scienze Giuridiche di Trento nonché ai loro staff che hanno promosso e supportato sia il convegno sia l'edizione degli atti. Ai tecnici del Presidio ITM che hanno effettuato le riprese video e la loro pubblicazione sul Web. A Paolo Guarda che anche in questa occasione mi ha pazientemente aiutato nel lavoro di composizione grafica.

Trento, gennaio 2008

Roberto Caso

ATTI DEL CONVEGNO

RELAZIONE INTRODUTTIVA

FORME DI CONTROLLO DELLE INFORMAZIONI DIGITALI: IL DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT

ROBERTO CASO

SOMMARIO: *1. Guerre digitali - 2. La rivoluzione tecnologica della stampa a caratteri mobili e la nascita del diritto d'autore - 3. La struttura economica del diritto d'autore - 4. La rivoluzione tecnologica dell'informatica ed il controllo delle informazioni digitali - 5. Forme di controllo delle informazioni digitali - 6. Il lato oscuro del controllo rigido ed accentrato - 7. La tutela legislativa delle misure tecnologiche di protezione e delle informazioni sul regime dei diritti - 8. Gli scenari attuali.*

1. Guerre digitali

Attualmente è facile imbattersi in slogan come questo:

«non ruberesti mai una macchina, non ruberesti mai una borsa, non ruberesti mai una televisione, non ruberesti mai un film. Scaricare film piratati è come rubare. Rubare è contro la legge! La pirateria è un crimine»¹.

Ma è altrettanto facile leggere affermazioni come quella che segue:

«la proprietà intellettuale è un furto!»².

¹ Mi riferisco alla nota campagna contro la copia non autorizzata di opere cinematografiche. I pochi che non dovessero conservarne memoria possono consultare il sito Web: <http://www.moviepiracy.org>.

² La parafrasi del celeberrimo motto estratto dal complesso pensiero del filosofo francese Pierre Joseph Proudhon – sulle riflessioni di quest'ultimo in materia di diritti degli autori si veda L. MANDERIEUX, *Il DRM, il contratto ed il concetto di*

Siamo insomma nel bel mezzo di una guerra. Mi riferisco alla guerra per il controllo delle informazioni digitali³. Una guerra combattuta a colpi di tastiera di computer. Dunque, una guerra incruenta. Tuttavia non per questo una guerra di secondo piano. Sono in gioco valori come la libertà di pensiero o il progresso dell'arte e della scienza.

Una rivoluzione tecnologica epocale – quella digitale – ridisegna radicalmente le strutture economiche e giuridiche sulle quali si basa il controllo delle informazioni; le stesse strutture che

proprietà, in questo volume – si presta, tra l'altro, a rimbalzare nei titoli di articoli e saggi che si scagliano contro la proprietà intellettuale. V., fra i tanti che si possono pescare in rete, D. COHEN, *La propriété intellectuelle, c'est le vol*, 8 aprile 2001, disponibile all'URL: [«http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php?id_article=2»](http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php?id_article=2); J. SMIERS, *La propriété intellectuelle, c'est le vol!*, *Le Monde Diplomatique*, settembre 2001 disponibile all'URL: [«http://www.monde-diplomatique.fr/imprimer/8040/57fc144535»](http://www.monde-diplomatique.fr/imprimer/8040/57fc144535); J. NAUGHTON, *Intellectual property is theft. Ideas are for sharing*, *The Observer*, 9 febbraio 2003, disponibile all'URL: [«http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,891687,00.html»](http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,891687,00.html). La formula in versione dubitativa è anche il titolo di un libro recente che discute i fondamenti economici e giuridici della proprietà intellettuale: J. DELONG, R. A. EPSTEIN, H. LEPAGE, T. PALMER, *La proprietà (intellettuale) è un furto? Riflessioni su un diritto per il futuro*, Catanzaro, 2006.

Si tratta della versione aggressiva di una linea di pensiero che negli Stati Uniti si snoda dalle famose affermazioni di Thomas Jefferson (*The Writings of Thomas Jefferson*, vol. VI, Washington D.C., 1854, 181, disponibile su Google Ricerca libri all'URL: [«http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html»](http://books.google.it/books/pdf/The_Writings_of_Thomas_Jefferson.pdf?id=pWIFAAAAQAAJ&output=pdf&sig=DJbJGu3pRoYizKshbjM0u90ixSs») fino al manifesto di John Perry Barlow: <i>The Economy of Ideas</i>, <i>Wired</i>, Issue 2.03, 1994 (Mar.), disponibile all'URL: <a href=).

³ La metafora della guerra ricorre nella letteratura nordamericana: J. LITMAN, *War Stories*, 20 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 337 (2002), *draft* disponibile all'URL: [«http://www-personal.umich.edu/%7Ejdlitman/papers/warstories.pdf»](http://www-personal.umich.edu/%7Ejdlitman/papers/warstories.pdf); D. HUNTER, *Culture War* (August 10, 2004), disponibile su Social Science Research Network (SSRN) all'URL: [«http://ssrn.com/abstract=586463»](http://ssrn.com/abstract=586463); P. K. YU, *The Escalating Copyright Wars*, MSU-DCL Public Law Research Paper No. 01-06, disponibile su SSRN all'URL: [«http://ssrn.com/abstract=436693»](http://ssrn.com/abstract=436693).

un'altra rivoluzione tecnologica epocale – quella della stampa a caratteri mobili – aveva propiziato.

Non è la prima volta che le strutture giuridiche sulle quali poggia il controllo delle informazioni – in primo luogo: la proprietà intellettuale – traballano sotto i colpi del progresso tecnologico (si pensi alla fotografia, al grammofo, al cinema, alla radio ed alla televisione). Ma la carica rivoluzionaria delle tecnologie digitali sembra paragonabile solo (ed è con tutta probabilità superiore) agli sconvolgimenti innescati dalla stampa a caratteri mobili.

L'informatica e la telematica mutano il ruolo degli attori del mercato delle informazioni. Chi fruisce dell'opera dell'ingegno entra di fatto in concorrenza con l'autore ed il produttore, riproducendo e distribuendo massivamente il bene protetto da privativa. Moltiplica, però, anche le sue possibilità di creare, rielaborando ciò che è stato creato da altri. L'autore può far leva su nuovi modelli commerciali che prescindono dagli intermediari tradizionali, distribuendo 'direttamente' al pubblico la propria opera. Mentre nuovi intermediari – coloro che producono o gestiscono le tecnologie digitali – si affacciano prepotentemente sulla scena: dal produttore dell'*hardware*, all'Internet Service Provider (ISP); dal distributore di contenuti digitali prodotti da intermediari tradizionali al gestore di motori di ricerca di contenuti autoprodotti; dal programmatore di *software* per il *file sharing* Peer to Peer (P2P) all'impresa che offre servizi per l'individuazione di chi effettua *file sharing* illegale.

In più, le tecnologie digitali investono il diritto (non solo il diritto d'autore) mutando le regole, le forme di tutela, le categorie ed il sistema delle fonti. Si tratta di mutamenti così profondi da indurre a parlare di un diritto dell'era digitale con proprie caratteristiche, differenti dal diritto figlio delle tecnologie del passato.

Insomma, è il carattere rivoluzionario delle tecnologie digitali che spiega l'inasprimento dello scontro e dei toni che lo descrivono.

Se in una prima fase l'immenso esercito dei trasgressori sembrava dilagare. Da qualche tempo le speranze degli intermediari tradizionali della produzione della creatività si sono riaccese.

Ad averle riaccese non è stato tanto l'esasperato rafforzamento delle leggi sulla proprietà intellettuale, quanto la scoperta del volto meno conosciuto della tecnologia digitale: il suo enorme potere di controllo dell'informazione. Dopo essere stata a lungo percepita come arma per distruggere il controllo, con l'ascesa della crittografia digitale l'informatica mostra di essere anche un potente scudo utile a rafforzarlo.

Tra le tante ricadute della crittografia digitale vi sono anche i sistemi di Digital Rights Management (DRM) ovvero i sistemi per la gestione delle regole di accesso ed utilizzo delle informazioni digitali. La chiave di volta di questi sistemi è rappresentata dai Rights Expression Languages (RELs), tecnologie che si propongono di esprimere le regole, solitamente scritte negli End User License Agreements (EULAs) ovvero gli accordi di licenza d'uso rivolti agli utenti finali, in un linguaggio comprensibile alle macchine, cioè agli apparecchi (*computer*, lettori MP3, telefoni cellulari, televisori, console per videogiochi, *etc.*). Ma da soli i RELs non sono sufficienti alla gestione dei permessi e dei divieti di accesso ed utilizzo delle informazioni. Vi è appunto bisogno di tecnologie basate sulla crittografia digitale. Nella forma più leggera e meno aggressiva del DRM, la crittografia serve solo all'identificazione degli attori del sistema ed all'identificazione delle informazioni. Nella forma più pesante ed aggressiva del DRM – finora l'unica che abbia avuto un successo commerciale –, la crittografia si pone alle fondamenta delle c.d. Technological Protection Measures (TPMs) o

misure tecnologiche di protezione (MTP). Le componenti dei sistemi di DRM basate su MTP sono destinate a garantire l'autotutela tecnologica da parte del titolare dell'informazione, il quale è così in grado di sanzionare – ad esempio, disattivando l'accesso alla stessa informazione – il fruitore che non abbia rispettato le regole.

In breve, chi fa uso di un sistema di DRM è in grado di predeterminare chi, dove, come e quando potrà fruire dell'informazione. Ad esempio, è possibile confezionare un file audio contenente una canzone predeterminando l'apparecchio idoneo ad eseguirlo, la zona geografica di riferimento, il numero di volte che potrà essere ascoltato, e le categorie di consumatori che potranno ascoltarlo (per ipotesi, solo i consumatori disposti a pagare un prezzo).

Anche se il DRM si presta ad un ventaglio di utilizzi assai allargato, il suo inusitato potere di controllo ha fatto gola soprattutto alle multinazionali dell'intrattenimento (musica e cinema), titolari di *copyright* su opere dell'ingegno, le quali hanno spostato l'asse della propria azione di *lobbying* dal potenziamento del diritto di esclusiva d'autore a strumenti legislativi utili a legittimare ed anche proteggere l'impiego e la diffusione di TPMs nonché di tecnologie per l'espressione di regole di accesso e utilizzo di contenuti digitali.

Posto che i sistemi di DRM sono architetture complesse fatte di molte componenti *hardware* e *software*, la loro effettiva diffusione dipende – oltre che da leggi che ne legittimino l'impiego anche – dalla standardizzazione delle medesime componenti. Senonché, vi sono incentivi che spingono i costruttori di sistemi di DRM a non convergere verso un unico sistema ed a produrre almeno alcune componenti basandosi su tecnologie segrete. Il più intuibile di questi incentivi è la conquista dello standard dominante di DRM che coincide con la conquista del mercato o dei mercati (dell'*hardware*, del *software*, dei contenuti) che fanno leva sul DRM.

In sintesi i sistemi di DRM:

- a) sono finalizzati alla gestione di regole contrattuali e di contratti; dunque chiamano in causa il diritto dei contratti;
- b) implicano sempre componenti crittografiche volte ad identificare informazioni nonché titolari e fruitori delle informazioni; dunque chiamano in causa la disciplina giuridica della riservatezza e della protezione dei dati personali;
- c) possono incorporare misure di autotutela tecnologica; dunque chiamano in causa il fondamentale principio del divieto di autotutela privata – comprese le sue relazioni con la riservatezza e la protezione dei dati personali – e le sue eccezioni;
- d) sono stati finora utilizzati prevalentemente per la tutela delle opere dell'ingegno; dunque chiamano in causa il diritto d'autore;
- e) spesso si basano su alcune componenti segrete che sono potenzialmente suscettibili di essere protette da brevetti; dunque chiamano in causa la disciplina del segreto industriale ed il diritto delle invenzioni;
- f) fanno leva su componenti standardizzate; dunque chiamano in causa il diritto della concorrenza; in particolare quel settore che si occupa dei risvolti della standardizzazione nei mercati dei prodotti digitali.

Le implicazioni giuridiche passate rapidamente in rassegna suscitano molti quesiti. Si può tentare di formulare quelli che sembrano maggiormente rilevanti. Il DRM è qualcosa di diverso dal diritto d'autore tradizionale? Il DRM è destinato a rappresentare per il prossimo futuro la principale forma di controllo delle informazioni digitali? O una delle forme di controllo? O invece è destinato ad un

rapido tramonto? Quale compito ha il diritto nell'evoluzione del DRM?

Almeno alcuni di questi quesiti possono trovare risposta nelle relazioni di questo convegno, le quali con il taglio interdisciplinare dell'analisi giuridica, economica ed informatica approfondiscono i risvolti in materia di diritto d'autore, contratto, protezione dei dati personali e diritto della concorrenza.

Nelle pagine che seguono ci si limiterà ad effettuare una breve esplorazione della storia della tutela delle opere dell'ingegno (paragrafo 2), ad accennare alla struttura economica del diritto d'autore (paragrafo 3), a ripercorrere alcuni tratti del rapporto tra tecnologie digitali e controllo delle informazioni (paragrafo 4), ad inquadrare il DRM nell'ambito delle diverse possibili forme di controllo delle informazioni digitali (paragrafo 5), a descrivere gli abusi a cui si presta il potere di controllo generato dal DRM (paragrafo 6), a delineare la logica ed i difetti dell'attuale disciplina legislativa di tutela delle misure tecnologiche di protezione (paragrafo 7), nonché a mettere in luce alcuni profili salienti degli scenari attuali (paragrafo 8).

2. La rivoluzione tecnologica della stampa a caratteri mobili e la nascita del diritto d'autore

Il diritto d'autore (o meglio, il suo antecedente storico) nasce, collateralmente a ciò che oggi chiamiamo brevetto per invenzione, in connessione ad una tecnologia della parola rivoluzionaria: la stampa a caratteri mobili.

Prima dell'invenzione della stampa a caratteri mobili l'originale costa quanto la copia (le componenti del costo sono costituite dalla retribuzione dello scriba o dell'amanuense, e quindi anche del tempo necessario alla scrittura, nonché dal prezzo della fabbricazione del supporto come il papiro, la pergamena o la carta).

Dunque, il costo marginale delle copie (cioè il costo per ogni singola copia prodotta in più) è molto elevato. Con l'avvento della stampa a caratteri mobili il costo marginale delle copie si abbatté⁴.

Sulla tecnologia della stampa si fondano i concetti di «originale» e di «copie» legittime dell'originale. Dal concetto di copia e dal suo carattere materiale deriva il principale modello di commercio: la distribuzione di copie a pagamento.

Il primo (stampatore) arrivato sul mercato percepisce il rischio che i margini di profitto del proprio commercio possano essere erosi da chi dovesse affacciarsi per secondo sul mercato. Un secondo stampatore dovrebbe pur supportare gli elevati costi fissi iniziali per impiantare l'attività di stampa, ma una volta copiata la matrice, potrebbe anch'egli accarezzare la prospettiva dei bassi costi

⁴ «La nuova tecnologia della stampa trasformò anche l'economia del commercio delle copie aumentando sostanzialmente la disparità fra il costo della prima copia (stampata) ed il costo unitario delle copie successive. Fin dalle sue origini, la legge sul diritto d'autore è stata modellata più dall'economia delle 'pubblicazioni' che dall'economia della 'paternità dell'opera'» così, incisivamente, P. A. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ed il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia* (trad. it. a cura di M. FONTANA), in G. CLERICO, S. RIZZELLO (a cura di), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, 1998, 9, 69-70.

Lo snodo economico è stato colto per tempo dalla dottrina giuridica italiana. Si veda, ad esempio, E. PIOLA CASELLI, *Diritto d'autore*, Torino, 1943, 2: «[d]opo la invenzione della stampa [...] il costo di fabbricazione delle copie diventa, non solo notevolmente minore, ma progressivamente più basso, rispetto ad ogni singola copia, in ragione crescente del numero delle copie stampate, perché con minima spesa in più, di materiale e di mano d'opera, la edizione può essere di mille, anziché di cento esemplari. Quindi, dall'un lato, l'opera intellettuale, contenuta nelle copie, sale a maggior valore economico in proporzione del prezzo ricavabile dalle mille copie, dall'altro lato la fabbricazione delle copie assume l'assetto di una complessa e importante industria economica. Infine, a minacciare i profitti di questa industria, sorge il pericolo della libera concorrenza delle nuove edizioni di altro editore che riproducano, col solo costo della ristampa, la prima edizione che fu gravata dal compenso pagato all'autore; e che sfruttino la fama dell'opera, conquistata dalla prima edizione».

marginali di riproduzione delle copie.

Il primo arrivato fa un discorso di questo genere:

«costruire e mettere in uso le macchine per la stampa mi costa molto; per recuperare gli investimenti iniziali io devo applicare un prezzo elevato [con le parole dell'attuale teoria economica: un prezzo superiore al costo marginale delle copie, cioè un prezzo sovraconcorrenziale, in quanto in regime di concorrenza la pressione competitiva spinge il prezzo al livello del costo marginale]; se arriva un secondo stampatore e si mette a stampare i miei stessi libri, può vendere copie ad un prezzo più basso di quello da me praticato ed io alla fine sono destinato al fallimento!»⁵.

A fronte di un nuovo mercato e di nuovi modelli commerciali nasce l'esigenza di nuove regole legislative. Il *lobbying* degli stampatori arrivati per primi sul mercato ha voluto che tra queste nuove regole figurasse un meccanismo giuridico utile a proteggere il proprio profitto e, per questa via, l'incentivo ad investire nell'attività di stampa. Nell'epoca della nascente industria libraria – a cavallo tra XV e XVI secolo – il meccanismo fu

⁵ Il testo rappresenta una semplificazione del problema economico. Si noti che si tratta di un problema sistemico innescato dagli alti costi fissi e dai bassi costi marginali di produzione. Infatti, anche il secondo stampatore, pur risultando vincente nei confronti del primo, si dovrebbe confrontare con un terzo arrivato. Il gioco si ripeterebbe fino a quando la pressione concorrenziale spingerebbe il prezzo ad un livello così basso da non consentire a nessuno degli stampatori di fare profitti e ammortizzare gli investimenti fissi iniziali.

Una spiegazione in termini economici maggiormente precisi è fornita più avanti nel testo.

individuato nella concessione da parte del potere sovrano di un privilegio costitutivo di un monopolio sull'attività di stampa⁶. Ma occorre ricordare che in quel momento storico tra i motivi che spinsero i sovrani a cedere al *lobbying* degli stampatori non figurava tanto la tutela dell'interesse collettivo all'incentivazione della produzione di opere originali⁷ (un interesse che fu messo a fuoco solo molto più tardi con la nascita del *copyright* moderno), quanto l'importazione dall'estero di una tecnologia e di un commercio generatori di profitti tassabili, e soprattutto la possibilità di controllare e censurare preventivamente i contenuti dei libri⁸.

Dal concetto di copia e dal suo carattere materiale deriva non solo il modello di *business*, ma anche il principale strumento di tutela del privilegio: l'inibitoria dell'attività di contraffazione nonché la confisca e la distruzione delle copie contraffatte. In alcune epifanie dei privilegi concessi agli stampatori – si pensi all'Inghilterra – il potere di far uso della forza verrà delegato alle corporazioni delineando un fenomeno di legittimazione dell'autotutela privata⁹.

⁶ Per una vasta ed acuta illustrazione del meccanismo dei privilegi sull'attività di stampa v., nella letteratura italiana recente, U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in G. PASCUZZI, R. CASO (a cura di), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, 43, 45 ss.

⁷ È noto che le prime opere stampate erano testi religiosi e classici dell'antichità.

⁸ V. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ed il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, cit., 59-60, 70 ss.; IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 49, 51-54. Sull'obiettivo dell'importazione dall'estero di una tecnologia innovativa, che unisce la storia dei privilegi sull'attività di stampa a quella dei privilegi su altre attività (come quella della tessitura) frutto di nuove invenzioni, v. anche N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, II ed., vol. I, Torino, 1915, 19; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, vol. XI, tomo III, Torino, 1974, 2-3; L'individuazione del nesso tra censura e concessione dei privilegi librari è ricorrente: v., ad esempio, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, II ed., Milano, 1957, 537.

⁹ V. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 51 ss.

RELAZIONE INTRODUTTIVA

Con le prime timide rivendicazioni degli autori e la nascita dello Stato moderno la tutela delle opere dell'ingegno giunge a maturazione. Nel torno di anni che va dagli inizi alla fine del 1700 si delineano il tramonto del sistema dei privilegi e l'ascesa degli archetipi del *copyright* anglosassone e del *droit d'auteur* continentale. In un processo di produzione di norme legislative e giurisprudenziali dominato ancora dagli interessi contrapposti degli intermediari del mercato della creatività (i quali, tra l'altro, strumentalizzano le rivendicazioni degli autori) e segnato da scontri accesissimi, il potere statale concede sì il riconoscimento di un diritto (soggettivo) di esclusiva a chiunque abbia creato opere (originali), ma sceglie anche di limitarlo (innanzitutto, nella sua durata). Di là dalle pur rilevanti differenze declamatorie ed operazionali tra i vari sistemi giuridici occidentali, il tratto comune è rappresentato dalla scelta di limitare il diritto di esclusiva patrimoniale e di collocarlo fuori dal tracciato legislativo della proprietà (intesa in senso stretto); scelta operata consapevolmente al fine di evitare la creazione di monopoli assoluti e perpetui sulle idee e, dunque, di proteggere l'interesse della collettività alla produzione ed alla circolazione della conoscenza.

Si badi che il passaggio dal privilegio al diritto di esclusiva non è accompagnato da rivoluzioni tecnologiche. Anzi, il processo che prende le mosse dalla concessione dei primi privilegi e giunge alla distillazione legislativa del diritto di esclusiva può essere considerato – nella prospettiva metodologica di «diritto e tecnologia» – unitario. Tant'è che il presupposto tecnologico per la principale forma di tutela della privativa (l'inibitoria della stampa in contraffazione accompagnata dalla confisca e dalla distruzione delle copie contraffatte) rimane identico: la materialità dei supporti che veicolano le opere dell'ingegno.

Tuttavia, il processo legislativo che prende le mosse dallo Statute of Anne del 1710 si basa (oltre che sulla libertà di commercio e di stampa) sul riconoscimento del titolo originario dell'esclusiva in capo all'autore. Alla logica del controllo dell'attività tecnologica (materiale) di riproduzione o di esecuzione in pubblico dell'opera (tipica dell'epoca dei privilegi) si sovrappone la logica del controllo del pensiero (immateriale) creativo espresso nella varie categorie di opere che vengono in evidenza (letterarie, musicali, pittoriche, *etc.*). Quest'ultima si colorerà della retorica romantica che guarda alla creatività soprattutto come il frutto di un pensiero tanto solitario quanto innovativo e, nel vecchio continente, prenderà anche la deriva personalistica del diritto morale¹⁰. La tutela delle opere dell'ingegno finisce per essere uno strumento schizofrenico dominato, sul piano del diritto sostanziale, dalle clausole generali come l'originalità e la dicotomia tra idea (non protetta) e forma espressiva (protetta) chiamate a governare l'evanescenza dell'immateriale pensiero nonché la labilità dei confini fra plagio illecito ed ispirazione consentita, e sul piano dei rimedi, dalla materialità della tutela (l'inibitoria della contraffazione e la distruzione dei suoi frutti). La portata del diritto di esclusiva viene affidata alla verifica, effettuata *ex post* da parte di una corte di giustizia per mezzo delle clausole generali come la dicotomia tra idea/espressione, dei limiti in ampiezza della privativa con quel che ne discende in termini di elasticità ma anche di (compromissione della) certezza e prevedibilità del diritto.

Si possono trarre alcuni insegnamenti da questa brevissima esplorazione del passato.

- L'ingresso degli stampatori sulla scena della produzione della conoscenza spazza via i

¹⁰ Sulle origini ed i primi sviluppi del diritto morale v. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 125, ivi riferimenti.

protagonisti del mercato librario basato sulle precedenti tecnologie e gli stessi stampatori diventano – specialmente in alcuni contesti geografici – un gruppo economico e di potere ben organizzato.

- Il processo di produzione delle norme appare dominato dagli intermediari del mercato della creatività, mentre gli altri attori (autori e fruitori delle opere dell'ingegno) rimangono in secondo piano o, addirittura, fuori dal gioco.
- Spesso la razionalizzazione e la teorizzazione dei diritti segue (magari a molta distanza di tempo) e non precede la legiferazione¹¹. Questo è ciò che è accaduto per il riconoscimento dei privilegi. Esso non fu il frutto di una teoria che guardava all'attenta ponderazione di tutti gli interessi (anche solo economici) coinvolti e né tanto meno dell'interesse della collettività. Fu piuttosto il risultato di accidenti della storia¹², nonché dello scambio politico tra il

¹¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Dalle «res incorporales» del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici moderni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 1137, 1176, il quale sottolinea: «[c]ome fosse da qualificarsi il diritto attribuito o riconosciuto al libraio, stampatore o autore e in che cosa consistesse il loro oggetto non erano temi che per il momento interessassero i giuristi».

¹² V. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ed il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, cit., 75: «[...] risulta evidente che il segno di distinzione fra la protezione delle idee nell'ambito della legge sui brevetti e la protezione dell'espressione nell'ambito della legge sui diritti d'autore deve molto al fatto che il diritto d'autore nacque come risposta ad interessi sia interni che esteri volti a regolare la natura della concorrenza nell'attività di stampa e pubblicazione, un'industria nella quale i costi decrescenti vennero percepiti come fonte di instabilità. Di conseguenza, i diritti d'autore finirono naturalmente per occuparsi di assicurare i diritti di proprietà [sull'espressione delle idee, sia che fossero idee nuove sia che fossero idee vecchie].

potere sovrano ed i gruppi di pressione più forti in cui gli interessi della collettività furono in gran parte sacrificati.

- All'inizio la tutela delle opere dell'ingegno è uno strumento giuridico pesantemente invasivo delle dinamiche concorrenziali di un unico mercato uniforme all'interno del quale la tecnologia (la stampa a caratteri mobili) fonda sia l'attività lecita sia quella illecita¹³; in altri termini, il sistema dei privilegi si presenta come la regolamentazione diretta di una nuova tecnologia: la stampa a caratteri mobili.
- Sulla scorta dell'invenzione di nuove tecnologie e di nuovi modelli commerciali, l'urto della pressione lobbistica può indurre il potere pubblico a scivolamenti verso interessi di parte (ad esempio, nel contesto inglese, la delega dell'uso della forza alla corporazione degli stampatori londinesi); occorre tempo perché altri interessi – e, tramite questi ultimi,

Solo molto più tardi cominciarono a partecipare al compito di stimolare la produzione di nuove conoscenze. È allora così sorprendente trovare a volte che nel loro nuovo ruolo agiscono goffamente? Si consideri, come semplice esempio a questo proposito, la recente assegnazione alla legge sui diritti d'autore del compito di proteggere i diritti di proprietà intellettuale per il software dei computer. In questo caso si è osservato che la protezione fornita alle espressioni scritte uniche non offre alcuna sicurezza ai creatori di nuovi algoritmi e concetti per programmi di applicazioni (come i fogli elettronici, e database relazionali). Tuttavia, le possibilità che la legge crea allo stesso tempo per proteggere le espressioni originali hanno avuto l'effetto di incoraggiare un grado di varietà eccessivo nell'aspetto grafico e la modalità operativa ('look-and-feel') del software, mentre si ritiene che un maggior grado di tipizzazione dell'interfaccia utente della macchina sia desiderabile dal punto di vista dell'efficienza economica [...].»

¹³ Cfr. E. GELLER, *Copyright History and the Future: What's Culture Got To Do With It?*, 47 *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, 209, 210 (2000).

l'interesse della collettività – possano trovare ascolto presso il potere legislativo. Ci sono voluti circa tre secoli per creare il diritto d'autore moderno.

- La tutela del diritto d'autore moderno si fonda sulla materialità dei supporti che veicolano le opere dell'ingegno ed è per questo figlia di un determinato contesto tecnologico.
- I profili sostanziali del diritto d'autore moderno sono invece disegnati dalla logica del controllo del pensiero, un'entità immateriale.

3. La struttura economica del diritto d'autore

La migliore sintesi normativa della visione utilitaristica della proprietà intellettuale si ritrova nell'articolo 1, *section 8, clause 8*, della Costituzione Statunitense (c.d. Intellectual Property Clause):

«Il Congresso avrà il potere [...] di promuovere il progresso della scienza e delle arti utili, garantendo per periodi limitati di tempo ad autori ed inventori il diritto di esclusiva sui loro scritti e sulle loro scoperte».

Sulla scia della filosofia utilitaristica il diritto di esclusiva di *copyright* (come il diritto di esclusiva alla base del *patent*) è stato riletto nella prospettiva di un meccanismo necessario a bilanciare l'incentivo alla creazione, cioè la produzione di informazioni nel campo dell'arte e della scienza, con l'accesso alle medesime informazioni.

In tempi recenti questa lettura ha fatto leva sulla teoria dei beni pubblici (in senso economico)¹⁴.

In un mondo senza proprietà intellettuale, l'informazione è un bene economico¹⁵, che assume caratteristiche analoghe a quelle di un «public good»¹⁶, cioè di un bene che non è escludibile – non si possono elevare barriere fisiche attorno all'informazione –¹⁷, e non è

¹⁴ Sulla teoria dei *public goods* v. P. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure*, 36 *Review of Economics and Statistics* 387 (1954). Nell'articolo si utilizza l'espressione «collective consumption goods».

¹⁵ K. J. ARROW, *Il benessere economico e l'allocazione delle risorse per l'attività inventiva* [trad. it. di *Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention*, in R. R. NELSON (ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activities*, Princeton, 1962], in M. EGIDI, M. TURVANI (a cura di), *Le Ragioni delle Organizzazioni Economiche*, Torino, 1994, 117, 124 ss.

¹⁶ Si parla anche di *quasi-public good* o di bene pubblico spurio.

Sulla peculiare natura dell'informazione si veda DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ed il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, cit., 26: «mentre la natura non esclusiva e non competitiva dell'informazione la qualifica come bene pubblico, questa si differenzia sotto due aspetti dai beni pubblici convenzionali, quali i semafori, i sistemi di protezione contro le inondazioni, gli aerofari [...]. La prima differenza è che gli attributi del bene commerciale – cioè, tipicamente, i contenuti completi dell'informazione stessa – non saranno conosciuti anticipatamente. Di fatto, non sono conosciuti automaticamente da tutte le parti interessate, nemmeno quando la nuova conoscenza diviene disponibile. Quest'asimmetria nella distribuzione dell'informazione complica notevolmente il processo di preparazione dei contratti per la produzione e utilizzo di nuove conoscenze. La seconda caratteristica distintiva è la natura cumulativa e interattiva della conoscenza. È particolarmente evidente che l'insieme della conoscenza scientifica e tecnologica cresce in modo incrementale, per cui ogni accrescimento si costruisce su precedenti scoperte – alterandone a volte il valore – in maniera complicata e spesso imprevedibile».

Nella letteratura italiana v. R. PARDOLESI, C. MOTTI, «L'idea è mia!»: *lusinghe e misfatti dell'economics of information*, in *Dir. informazione e informatica*, 1990, 345.

¹⁷ Non escludibilità significa che la produzione dell'informazione è molto costosa, ma il suo utilizzo (in particolare, la sua riproduzione e diffusione) ha costi bassi o, in alcuni casi, nulli. Più tecnicamente, il costo marginale di ogni ulteriore utilizzo è basso, o è pari a zero. Le tecnologie digitali hanno amplificato questa caratteristica

rivale al consumo: un'informazione, diversamente da una mela, può essere goduta da più soggetti contemporaneamente senza andare incontro all'esaurimento (a questo proposito si parla anche di «inesauribilità»). I costi fissi per la produzione dell'informazione originale sono molto elevati, mentre i costi marginali di riproduzione e distribuzione sono bassi.

Queste caratteristiche innescano problemi che non consentono di far emergere il mercato¹⁸. In particolare, chiunque può riprodurre e distribuire l'informazione a costi contenuti senza dover affrontare i notevoli costi sopportati dal produttore originario. In questo contesto, ogni consumatore dell'informazione si trasforma di fatto in un pericoloso concorrente del produttore originario.

Si tratta insomma di un tipico caso di «fallimento del mercato». Senza un intervento specifico dello Stato, un mercato non riuscirebbe ad emergere e dunque non vi sarebbe produzione sufficiente di un *public good*.

Secondo la classica schematizzazione economica, lo Stato ha tre soluzioni per rimediare al fallimento del mercato¹⁹:

- la produzione diretta di informazione (ad esempio, mediante università ed istituti di ricerca pubblici);

dell'informazione: si pensi al costo di produzione di un'opera digitale (e.g., un *software*) rispetto al costo della sua riproduzione e diffusione.

¹⁸ «Come è risaputo, in presenza di queste caratteristiche i mercati concorrenziali – nei quali il prezzo tende ad abbassarsi verso il costo dell'offerta dell'unità marginale del bene commerciale – di solito funzionano assai male; i ricavi dei produttori in concorrenza non copriranno neppure i loro costi totali di produzione, e tanto meno renderanno una cifra che si avvicini al valore d'uso dei beni per la gente. Di certo, il tentativo di far pagare ai beneficiari il valore ricevuto ridurrebbe la domanda al punto da determinare un livello di consumo insufficientemente basso» (così DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ed il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, cit., 25).

¹⁹ Cfr. DAVID, *Le istituzioni della proprietà intellettuale ed il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, cit., 27 ss.

- la fornitura di sussidi e premi a soggetti che producono informazione (ad esempio, sgravi fiscali per centri di ricerca);
- l'istituzione di diritti di proprietà intellettuale (*monopoly rights*) per la creazione di un mercato dell'informazione ed in particolare delle idee inventive (brevetti) e creative (opere dell'ingegno).

L'istituzione di un *monopoly right* sull'informazione è quindi una soluzione (non l'unica possibile), che lo Stato mette in atto al fine di incentivare la produzione dell'informazione.

Il carattere monopolistico dei diritti di proprietà intellettuale è diretto a contrastare il problema della non escludibilità. Esso fa sì che il titolare della proprietà intellettuale possa sfruttare in esclusiva l'opera – soprattutto contrattando il suo utilizzo –, godendo di un vantaggio sui concorrenti che funge da incentivo. Chi è munito dell'esclusiva può infatti praticare un prezzo sovracompetitivo, cioè superiore al costo marginale (sotto la pressione concorrenziale, come si è già rilevato, il prezzo tende ad eguagliare il costo marginale). Nel caso del diritto d'autore moderno (diversamente dai privilegi sull'attività di stampa) si tratta di un «piccolo» monopolio (anche se prolungato nel tempo): ad esempio, l'autore di un libro ha l'esclusiva solo sul mercato della forma espressiva dell'idea contenuta nel «libro» e non sul mercato dei «libri»²⁰. Ma lo stesso diritto di

²⁰ Cfr. J. FARELL, C. SHAPIRO, *Proprietà intellettuale, concorrenza e tecnologie dell'informazione*, in H. R. VARIAN, J. FARELL, C. SHAPIRO, *Introduzione all'economia dell'informazione*, Milano, 2005, 73, 80-81: «[i] diritti d'autore possono essere pensati come concessioni di 'minimonopoli' nel senso che un singolo libro o una singola canzone hanno un 'monopolio', ossia rappresentano un prodotto differenziato unico. Nondimeno, storicamente, i diritti d'autore non hanno conferito ai loro detentori un grande potere di mercato: per ogni libro o brano musicale esistono molti sostituti e, quando i diritti d'autore hanno minacciato di conferire tale potere, la loro protezione si è spesso indebolita. Se i diritti d'autore sono 'ristretti', nel senso appena descritto, essi hanno vita lunga».

esclusiva – analogamente ad un monopolio strettamente inteso²¹ – ingenera costi sociali²².

Si tratta, invero, di varie tipologie di costi dovuti a:

- prezzi monopolistici;
- inibizione della futura creatività;
- costi transattivi (ad esempio, costi di rintracciamento del titolare del diritto e di negoziazione);
- costi di amministrazione e sanzionamento dell'esclusiva.

In particolare i costi sociali derivano dal fatto che saranno esclusi dalla fruizione dell'informazione coperta dall'esclusiva tutti coloro i quali non sono disposti a pagare il prezzo monopolistico. È quindi necessario che i costi sociali (c.d. inefficienza statica) non superino i benefici sociali derivanti dall'incentivo a produrre conoscenza (c.d. efficienza dinamica). Nella visione economica i

²¹ La proprietà intellettuale può trasformarsi nella leva di un autentico potere di mercato. Ciò chiama in causa lo sterminato dibattito sul coordinamento tra proprietà intellettuale e disciplina dell'*antitrust*. Sul tema v., per i primi ragguagli, R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e liaisons dangereuses*, in *Foro it.*, 2003, V, 193, ivi riferimenti alla letteratura straniera.

²² Sul punto v. W. J. GORDON, R. G. BONE, *Copyright*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, 1999, § 1610, 189, disponibile all'URL: «<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/generali.htm>», 194. Una categoria di costi, attualmente, oggetto di ampia riflessione è quella derivante dalla concorrenza di più diritti di esclusiva, facenti capo a diversi titolari, su un unico bene. Tale concorrenza ingenera il rischio che il gioco dei veti incrociati dei diversi titolari conduca ad un utilizzo subottimale del bene oggetto di proprietà intellettuale: cosiddetta «tragedia degli anticommons». In generale, sulla tragedia degli *anticommons* v. M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 *Harv. L. Rev.* 621 (1998); M. A. HELLER, R. S. EISENBERG, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, *Science* (May 1) 698 (1998).

limiti ai diritti di proprietà intellettuale servono appunto a questo scopo²³.

²³ Va però rilevato che questa non è l'unica visione economica dei limiti alla proprietà intellettuale. Secondo una differente impostazione (cfr. P. S. MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, 1999, § 1600, 129, 133 disponibile all'URL: «<http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/generali.htm>»); GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 193), che si muove sulla scia dei lavori di Ronald Coase dedicati ai costi di transazione (R. COASE, *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* (n.s.) 386 (1937); ID., *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960)), è preferibile guardare alla proprietà intellettuale come ad un *property right* (H. DEMSETZ, *Toward A Theory of Property Rights*, 57 *Am. Econ. Rev. Pap. & Proc.*, 347 (1967)) sull'informazione.

Ad esempio, nell'ambito del *copyright*, il contratto sull'uso dell'opera rappresenta un rimedio al problema della non escludibilità solo quando l'autore, attraverso un *property right*, mantiene un significativo controllo della stessa opera dopo la sua pubblicazione. In assenza di costi di transazione, un tale potere di controllo non sarebbe necessario. Normalmente però il mercato delle opere dell'ingegno deve confrontarsi con i costi di transazione. Quando sussistono costi di transazione, si deve decidere se assegnare il controllo dell'opera all'autore o al pubblico. L'assegnazione del controllo all'autore (cioè, il riconoscimento del *copyright*) comprime i costi di transazione e rende possibili contratti sull'uso delle opere. In questa prospettiva, i limiti del *copyright* si giustificano solo quando i costi transattivi sono eccessivamente alti (cioè, in un altro caso di fallimento del mercato).

Secondo una diversa prospettiva i dettami della teoria dei *property rights* sono solo parzialmente applicabili all'informazione (cfr. J. E. COHEN, *Lochner in Cyberspace: the New Economic Orthodoxy of «Rights Management»*, 97 *Mich. L. Rev.* 462, 495 ss. (1998)). Diversamente dalle cose materiali le informazioni, che sono non escludibili e non rivali, non soffrono del problema della scarsità e del sovrasfruttamento (cfr. M. A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property and Free Riding*, 83 *Texas Law Review* 1031 (2005), disponibile su SSRN all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=582602>»). Si può costruire un sistema di esclusiva per incentivare la produzione di informazione, ma tale sistema non è l'unico possibile. È sufficiente ricordare, in proposito, che gli incentivi alla produzione dell'informazione non sono solo quelli derivanti dalla commercializzazione della stessa informazione; altri incentivi come la fama e la sfida intellettuale servono allo scopo. Non basta, perciò, chiamare «commodity» l'informazione per renderla – non diversamente da una mela o da una lavatrice – oggetto di proprietà. La creatività è, invece, un processo necessariamente cumulativo che è per sua natura portato ad eludere le barriere erette (o che si vorrebbero erigere) attorno alle informazioni.

4. La rivoluzione tecnologica dell'informatica ed il controllo delle informazioni digitali

Come si è già accennato, il *copyright* tradizionale ha subito numerosi adattamenti alle sfide tecnologiche che si sono succedute dal 1800 fino al secondo dopoguerra. Tali adattamenti hanno consentito la (non facile) sopravvivenza del meccanismo che costituisce il cuore dello strumento giuridico messo a punto a partire dall'inizio del 1700: il diritto di esclusiva, limitato nel tempo e nell'ampiezza, sulla forma espressiva di un'opera originale.

Con l'avvento di una nuova rivoluzionaria tecnologia, quella digitale, il meccanismo ha mostrato tutte le sue debolezze ed è entrato (forse definitivamente) in crisi.

La crisi si manifesta soprattutto sul piano della tutela, ma è più profonda e – come si avrà modo di dimostrare più avanti – coinvolge gli aspetti sostanziali del diritto.

Vediamo quali sono i tratti rivoluzionari delle tecnologie dell'informazione e della telecomunicazione. Ai fini del discorso che segue, se ne possono individuare tre.

- 1) È possibile superare il concetto di copia – nato con l'invenzione della stampa a caratteri mobili – inteso come copia del supporto materiale che replica la matrice. L'effetto finora più evidente di questo carattere delle tecnologie digitali sta nella possibilità di effettuare e distribuire su scala globale copie dematerializzate – cioè copie di file, che altro non sono che sequenze di bit – qualitativamente perfette a costi prossimi allo zero²⁴. Ma

²⁴ Cfr. in proposito i rilievi di M. GRANIERI, *DRM vs. diritto d'autore: la prospettiva dell'analisi economica del diritto giustifica una protezione assoluta delle opere dell'ingegno di carattere creativo?*, in questo volume, il quale rileva (par. 6) che: «[p]oiché sulla Rete e, in generale, nell'economia digitale, l'utilizzo di una risorsa protetta implica sempre la creazione di una copia (per giunta indistinguibile

altri effetti sono ancora più rivoluzionari, è possibile fruire di un'informazione ripetutamente senza «possedere» nemmeno la copia dematerializzata della stessa (cioè senza avere permanentemente sul proprio apparecchio un *file* riproducibile): si pensi allo *streaming* sul quale fanno leva fenomeni come YouTube.

- 2) Si è in grado di veicolare l'informazione in una lingua unica compresa dal *computer* (il codice binario) ed in un formato aperto (c.d. codice sorgente aperto), cioè modificabile dall'uomo (l'esperto informatico) che conosce i linguaggi di programmazione.
- 3) D'altra parte si ha il potere di chiudere totalmente l'informazione (ad esempio, si può tenere segreto il codice sorgente di un *software* o crittografare un *file* audio) rendendola comprensibile solo alle macchine, o meglio rendendola accessibile e fruibile (dall'uomo) secondo modalità e con programmi o apparecchi – sotto quest'ultimo profilo rientra in gioco in una forma diversa la materialità – predeterminati. Si può, ad esempio, confezionare un *software* per la lettura di file musicali in modo che sia compatibile solo con un determinato *hardware* (tale risultato si ottiene mantenendo segreto il codice sorgente delle interfacce, cioè di quei moduli che servono appunto a far comunicare fra loro formati, programmi e macchine). Si può fare in modo che un file musicale sia accessibile solo da parte di chi dispone della chiave d'accesso (ad esempio, un *login* ed una *password*).

dall'originale), cioè la riproduzione, e quest'ultima è l'attività che determina l'applicazione della legge, i pregressi spazi di libertà si sono ridotti».

Il mutamento rivoluzionario della tecnologia induce il mutamento profondo dei modelli di produzione dell'informazione²⁵, nell'ambito dei quali scolora la distinzione tra prodotto e servizio, e la comparsa di nuovi intermediari della creatività, cioè i produttori ed i gestori delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Inoltre, nel settore dell'industria informatica l'interoperabilità e la compatibilità sono essenziali²⁶. Tali caratteristiche rendono l'uso dei computer (*hardware* e *software*) efficiente, in quanto consentono la condivisione e lo sviluppo del lavoro effettuato su ciascuna macchina²⁷. L'interoperabilità e la compatibilità presuppongono un processo di standardizzazione. Più lo standard di riferimento diviene dominante (cioè più soggetti usano lo standard), più aumenta il suo valore per chi lo usa. Nell'analisi economica, un tale effetto prende il nome di «network externalities» (esternalità di rete)²⁸. Questo effetto è amplificato nelle reti

²⁵ Per una prima sintetica illustrazione del mutamento dei modelli e delle strategie commerciali v. FARELL, SHAPIRO, *Proprietà intellettuale, concorrenza e tecnologie dell'informazione*, cit., 75-77.

²⁶ V. M. A. LEMLEY, P. S. MENELL, R. P. MERGES, P. SAMUELSON, *Software and Internet Law*, I ed., New York, 2000, 31 ss.

²⁷ V. LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 32.

²⁸ «Network externalities exist in markets for product for which the utility or satisfaction that a consumer derives from the product increases with the number of other consumers of the product. The telephone is a classic example of a product for which there are network externalities. The benefit to a person from owning a telephone are a function of the number of other people owning telephones connected to the same telephone network [...]. Another classic network externality flows from standardization. In this case the value of learning a particular standard (say, how to use a certain word-processing program) depends on how many people use the standard [...]. Network externalities also inhere in product standards that allow for interchangeability of complementary products [...]». Così LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 31-32.

Sulle esternalità di rete v. M. A. LEMLEY, D. MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, 86 *Calif. L. Rev.* 479 (1998); M. L. KATZ, C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, 75 *Am. Econ. Rev.* 424 (1985); nella letteratura italiana v. R. PARDOLESI, A. RENDA, *Appunti di un viaggio*

telematiche di *computer*. Tuttavia, gli standard comportano anche costi sociali. Gli standard – o meglio, eventuali cambiamenti degli standard – implicano «switching costs» (costi di riconversione)²⁹. I consumatori si trovano incastrati (c.d. effetto di «lock in») in una tecnologia standardizzata, il cui abbandono causerebbe elevati costi di riconversione.

Lo standard può, dunque, essere la leva per innalzare barriere all'ingresso³⁰, ed assumere caratteristiche simili a quelle di un monopolio naturale³¹. Esso inoltre tende a permanere – a causa di

nel capitalismo digitale: reti e retaggi culturali nel diritto antitrust, in N. LIPARI, I. MUSU, *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, 2000, 147.

²⁹ In generale, il cambiamento di uno standard comporta costi di riconversione. Gli effetti dei costi di riconversione sul mercato al consumo sono esplorati da P. KLEMPERER, *Competition when consumers have switching costs: an overview with applications to industrial organization, macroeconomics and international trade*, 62 *Review of Economic Studies* 515 (1995), per il quale gli *switching costs* comprendono quelli causati: 1) dal bisogno di compatibilità con le dotazioni (tecnologiche) di partenza (ad esempio, le varie componenti di un computer [magari acquistate in momenti successivi] devono essere fra compatibili); 2) dai costi transattivi per cambiare fornitore (ad esempio, il costo per chiudere un conto corrente e passare ad un'altra banca); 3) dai costi necessari per imparare l'utilizzo di un prodotto di una nuova marca (ad esempio, un nuovo *software*); 4) dai costi in termini di incertezza circa la qualità di prodotti non collaudati o testati (ad esempio, nuove medicine); 5) dai vantaggi in termini di sconto o di altri strumenti di fidelizzazione garantiti da una determinata marca di prodotti (ad esempio, i programmi di *frequent-flyer* delle compagnie aeree).

Per una nitida illustrazione degli *switching costs* in contesti di mercato vicini ai temi trattati in questo lavoro v. SHAPIRO, VARIAN, *Information Rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, Milano, 1999, 14, 125 ss.

³⁰ V. M. GRANIERI, in R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e liaisons dangereuses*, in *Foro it.*, 2003, V, 193, 194-195.

³¹ R. COOTER, T. ULEN, *Law & Economics*, Reading (Ma.), III ed., 2000, 128. Un monopolio naturale sorge nelle situazioni in cui al crescere della dimensione della produzione, i costi medi decrescono. In queste situazioni, l'impresa di più grandi dimensioni e con i costi più bassi può espellere i concorrenti dal mercato. Ad esempio, la distribuzione dei costi di ricerca e sviluppo su grossi volumi di produzione riduce il costo medio dell'innovazione.

fenomeni come l'effetto di *lock in* – anche dopo la sua obsolescenza, con costi sociali che si aggiungono a quelli del monopolio³².

A fronte dello scenario fin qui descritto, si delineano due modelli di produzione dell'informazione.

- a) Il primo modello si basa sulla chiusura dell'informazione e dunque su un controllo rigido e accentrato della stessa. Tale modello genera forme di produzione e distribuzione gerarchiche dove i titolari dell'informazione possono predeterminare chi, dove, come e quando potrà fruire dell'informazione: si pensi ai sistemi di DRM, basati su misure tecnologiche di protezione, come il FairPlay di iTunes, il negozio virtuale della Apple, o alla distribuzione in *streaming* di contenuti che possono essere solo visualizzati e non scaricati come avviene per la maggior parte dei libri indicizzati nel programma Google Books Search. Uno dei modi in cui può essere sfruttato il controllo rigido ed accentrato dell'informazione è praticare la strategia commerciale della discriminazione dei prezzi³³. Ad esempio, è

³² Sul tema v. J. FARELL, G. SALONER, *Standardization, compatibility and Innovation*, 16 *Rand. J. Econ.* 70 (1985). Ma è soprattutto alla teoria della *path dependence*, cioè alla teoria che studia i fenomeni di dipendenza dalle scelte effettuate nel passato, che occorre guardare per comprendere i costi legati all'obsolescenza degli standard. Su tale teoria v. P. DAVID, *Clio and the Economic of QWERTY: the Necessity of History*, 75 *Am. Econ. Rev.* 332 (May 1985); nonché, da ultimo, dello stesso autore *Path Dependence, Its Critics and the Quest for 'Historical Economics'*, 2000, disponibile all'URL: «<http://www-econ.stanford.edu/faculty/workp/>».

³³ Si pensi alle differenti versioni delle licenze d'uso per lo stesso *software* (licenza per il consumatore, licenza per imprese, *etc.*). Queste strategie di *marketing* reggono solo se i vincoli relativi ai prodotti sono rispettati dai clienti. Se, ad esempio, il cliente qualificato come «consumatore» è libero di rivendere il bene – fissando

possibile vendere ad un prezzo elevato mille ascolti di una canzone, e ad un prezzo contenuto dieci ascolti della medesima canzone³⁴.

- b) Il secondo modello si basa sull'apertura dell'informazione e dunque su un controllo flessibile e decentrato della stessa. Tale modello genera forme di produzione e distribuzione non gerarchiche (dette appunto Peer to Peer) dove gli attori, mossi talvolta da incentivi diversi dal pagamento diretto della prestazione, svolgono ibridamente sia la funzione di produttori sia quella di consumatori: si pensi allo sviluppo del *software* a codice aperto come il sistema operativo Linux o alla scrittura di testi come l'enciclopedia *on-line* dove tutti gli utenti della rete possono pubblicare o modificare voci (Wikipedia).

Emergono nuovi interessi e nuove contrapposizioni. Queste contrapposizioni si possono verificare non solo tra interessi appartenenti ai due diversi modelli di produzione, ma anche all'interno di uno stesso modello.

liberamente il prezzo – ad un terzo cliente qualificato come «impresa» (c.d. fenomeno dell'«arbitraggio»), l'intera strategia salta.

La discriminazione dei prezzi è praticata dai produttori con il fine di catturare il maggiore surplus possibile ai consumatori. Ma i suoi effetti in termini di benessere collettivo sono discussi. Sull'argomento v., per i primi ragguagli, M. A. LEMLEY, P. S. MENELL, R. P. MERGES, P. SAMUELSON, *Software and Internet Law*, II ed., New York, 2003, 317 ss.; per approfondimenti, v. C. SHAPIRO, H. R. VARIAN, *Information Rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, cit., 51 ss., 92 ss.; nonché H. R. VARIAN, *Concorrenza e potere di mercato*, in VARIAN, FARELL, SHAPIRO, *Introduzione all'economia dell'informazione*, cit., 24 ss.

³⁴ Cfr. FARELL, SHAPIRO, *Proprietà intellettuale, concorrenza e tecnologie dell'informazione*, cit., 105 ss.

Inoltre, le due grandi tipologie di modelli commerciali rappresentano due mondi comunicanti che possono dar vita a forme di contaminazione reciproca.

Il diritto statale è, in ogni caso, chiamato a dirimere controversie in un contesto (in parte) dematerializzato e deterritorializzato³⁵. Si perdono così i principali punti di riferimento per l'efficacia e la deterrenza dell'apparato di tutela del diritto d'autore: la materialità dell'attività di contraffazione ed il territorio sottoposto alla sovranità ed alla forza pubblica.

Il diritto statale vede parzialmente diminuire la sua importanza, mentre cresce la rilevanza degli ordinamenti privati.

La ragione per la quale la rivoluzione delle tecnologie digitali non è paragonabile ai progressi tecnologici che l'hanno preceduta sta anche nel fatto che essa investe il sistema delle fonti del diritto.

La regolamentazione del controllo delle informazioni digitali trova le sue fonti non solo nel diritto statale (ed in particolare, nelle leggi sulla proprietà intellettuale) ma anche (e soprattutto):

- nel contratto;
- nella consuetudine;
- nella tecnologia.

Lo studio di questo sistema delle fonti si presenta assai complesso e necessita ancora di notevoli sforzi ricostruttivi. Tuttavia, alcuni dati minimi si possono dare per acquisiti.

Sia il contratto sia la consuetudine possono assumere nel contesto del diritto dell'era digitale tratti caratteristici differenti dal passato. Il contratto tende a standardizzarsi e ad essere espresso in linguaggi (che rispondono a loro volta a standard tecnologici) destinati alle macchine. Nello stesso tempo esso può sovrapporsi e confondersi con la consuetudine. D'altra parte, la determinazione dei

³⁵ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, II ed., Bologna, 2006.

presupposti della consuetudine si scontra con il carattere frammentario, mutevole ed aterritoriale dei comportamenti tenuti nella dimensione di Internet³⁶.

Ma è la tecnologia a presentare i tratti di maggiore novità.

Le architetture informatiche sono state paragonate a quelle fisiche. Il codice informatico alle regole giuridiche³⁷. Come le architetture fisiche (si pensi ai dossi artificiali per ridurre la velocità dei veicoli sulle strade)³⁸, le architetture digitali recano in sé stesse regole implicite ovvero disegnano lo spazio del comportamento umano. Come le regole giuridiche, il codice binario condiziona il comportamento umano.

Tuttavia, occorre rimarcare le differenze che corrono tra regole informatiche e regole giuridiche³⁹.

³⁶ A proposito della dimensione della Rete si è convincentemente sostenuto (v. M. A. LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1257 (1998)) che le c.d. «Internet norms» sembrano essere mutevoli, frammentarie e pur sempre limitate a piccole ed instabili comunità (e quindi non riferibili alla globalità di Internet); in altri termini, non rispondono ai requisiti che i sistemi giuridici occidentali ritengono necessari per annoverare le consuetudini tra le fonti del diritto (v., per una trattazione critica della consuetudine in riferimento al diritto italiano, R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in G. ALPA, A. GUARNIERI, P. G. MONATERI, G. PASCUZZI, R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano – Vol. 2 – Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1999, 5).

³⁷ Il riferimento è a L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999. Nella letteratura italiana, v. A. ROSSATO, *Diritto ed architettura nello spazio digitale – Il ruolo del software libero*, Padova, 2006.

³⁸ La metafora è di B. LATOUR, *Where Are the Missing Masses? The Sociology of a Few Mundane Artifacts*, in W. E. BIJKER, JOHN LAW (eds.), *Shaping Technology/Building Society: Studies in Sociotechnical Change*, Cambridge (Ma.), 1992, 225, 244.

³⁹ V. R. CASO, *Un 'rapporto di minoranza': elogio dell'insicurezza informatica e della fallibilità del diritto: note a margine del Trusted Computing*, in R. CASO (a cura di), *Sicurezza informatica: regole e prassi - Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 6 maggio 2005*, Trento, 2006, 5, 44-45,

A) Nelle architetture informatiche il codice digitale assomiglia più alle regole implicite incorporate nella materia che alle regole giuridiche verbalizzate da un uomo. Le regole delle architetture digitali sono rigide e predeterminate⁴⁰. Quelle giuridiche sono per loro natura flessibili, cioè soggette ad una formulazione o ad un'interpretazione variabile nel tempo.

B) Inoltre, il processo di produzione delle regole informatiche è differente da quello che è alla base della produzione di regole di diritto. Le regole informatiche sono scritte da tecnici e non da giuristi. Gli obiettivi politici che stanno a ridosso del processo di produzione delle regole non sempre sono trasparenti⁴¹. Spesso, le implicazioni giuridiche degli standard informatici sono trascurate.

C) La forza di una regola giuridica dipende da vari fattori, tra i quali spicca il grado di condivisione che la stessa incontra nella comunità di riferimento. La forza di una regola informatica dipende essenzialmente dalla sua efficacia tecnologica (ad esempio, una barriera crittografica può essere considerata efficace solo se è virtualmente impossibile «rompere» gli algoritmi crittografici sui quali si basa), nonché dal suo grado di diffusione (ad esempio, una determinata architettura informatica potrà dirsi davvero condizionante del comportamento umano solo se e quando assurgerà a standard tecnologico diffuso tra una moltitudine di utenti). La diffusione di uno standard è cosa diversa dalla condivisione di una regola giuridica.

disponibile all'URL: http://www.jus.unitn.it/users/caso/DRM/Libro/rapp_min/download.asp.

⁴⁰ Sulla natura delle regole incorporate in architetture digitali v., da ultimo, D. L. BURK, *Market Regulation and Innovation: Legal and Technical Standards in Digital Rights Management*, 74 *Fordham L. Rev.* 537 (2005).

⁴¹ Cfr. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., 304 ss.

D) La regola informatica – soprattutto quando corrisponde ad uno standard tecnologico – è per sua vocazione globale, mentre quella giuridica spesso è a vocazione locale⁴².

E) La regola informatica è espressa in un linguaggio che deve essere comprensibile anche alle macchine e che in ultima analisi si identifica in una sequenza di 0 e 1. In definitiva, il linguaggio informatico (o meglio la sua forma ultima che è rappresentata dal codice binario) è unico e privo di ambiguità. La regola giuridica (successiva all'epoca del diritto muto) è verbalizzata, cioè espressa nell'ambiguità tipica del linguaggio umano e nella specificità di ciascuna lingua parlata.

Un emergente filone di ricerche interdisciplinari si dedica allo studio dell'incorporazione di valori giuridici condivisi nelle regole informatiche (c.d. *value-centered design*)⁴³. Tuttavia, per le caratteristiche che si sono evidenziate nei punti A) ed E), lo stato attuale delle tecnologie è molto lontano dalla possibilità di tradurre nel codice binario la flessibilità di un principio generale. Al massimo è possibile tradurre in linguaggio informatico regole giuridiche di dettaglio (le quali, peraltro, dovrebbero essere dotate di vocazione globale).

5. Forme di controllo delle informazioni digitali

Facendo leva sulle leggi in materia di proprietà intellettuale, sui contratti, sulle consuetudini e sugli standard tecnologici è possibile ottenere differenti forme di controllo delle informazioni digitali.

⁴² Cfr. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., 273 ss.

⁴³ Cfr. S. BECHTOLD, *Value-centered Design of Digital Rights Management*, *Indicare*, 2004, disponibile all'URL: «http://www.indicare.org/tikiread_article.php?articleId=39»; B. FRIEDMAN, D. C. HOWE, E. FELTEN, *Informed Consent in the Mozilla Browser: Implementing Value-Sensitive Design*, in *Proceedings of the 35th Hawaii International Conference on System Sciences*, 2002.

Attualmente si delineano due forme di controllo che corrispondono ai due modelli di *business* che sono stati sopra illustrati.

Nella prima forma, il controllo si basa sulla chiusura dell'informazione e si presenta rigido ed accentrato. Tale tipologia di controllo prende avvio dal mercato del *software* c.d. proprietario e si fonda su una (prima rudimentale) misura tecnologica di protezione: la secretazione del codice sorgente⁴⁴. Sulla prassi della secretazione del codice sorgente si innestano il riconoscimento della protezione da *copyright* e la diffusione di EULAs finalizzati a rafforzare il controllo sul piano contrattuale.

Questa tipologia evolve nel DRM basato su misure tecnologiche (crittografiche) di protezione. Il controllo si estende da una forma espressiva del *software* (il codice sorgente) ad ogni informazione rappresentabile in codice binario (non solo *software*, ma *file* di testo, audio, video, *etc.*). Si presti attenzione al fatto che mentre la secretazione del codice sorgente è una forma di controllo relativa, in quanto è teoricamente possibile un procedimento di ingegneria inversa che porti dal codice oggetto ad un codice sorgente simile a quello segreto, nella criptazione digitale il controllo è – nel caso in cui l'algoritmo crittografico sia sicuro – assoluto ed esercitabile a distanza. Tuttavia, l'evoluzione non sta solo nel

⁴⁴ Com'è noto, il *software* è rappresentato attraverso due codici: quello «sorgente», espresso in un linguaggio informatico di programmazione comprensibile anche dall'uomo, e quello «oggetto» o «eseguibile», che è interpretabile solo dal *computer*. Il passaggio da sorgente a oggetto è effettuato attraverso altro *software* specifico («interprete» o «compilatore»). Per l'informatico che non conosce il codice sorgente è teoricamente possibile il procedimento inverso – «decompilazione» o «ingegneria inversa» – che porta dal codice oggetto ad un codice sorgente simile a quello originario; ma tale procedimento comporta notevoli costi. La più semplice delle misure tecnologiche di protezione digitale – finalizzata a tutelarsi da potenziali concorrenti in grado di «rubare le idee» – è, dunque, rappresentata dalla secretazione del codice sorgente.

potenziamento del controllo dell'informazione, ma anche nella traduzione degli EULAs in un linguaggio comprensibile alle macchine. L'obiettivo del DRM è infatti che i termini della licenza per l'accesso e l'uso dell'informazione siano riconoscibili dai *software* e dagli apparecchi costruiti (in base agli standard del sistema di DRM) per la fruizione della medesima informazione. Si tratta di un'idea messa a punto alla metà degli anni '90 presso il PARC della Xerox a Palo Alto da Mark Stefik, uno scienziato informatico. Stefik è stato il primo a formalizzare in modo compiuto l'idea dei «Trusted Systems» dalla quale deriva anche il DRM⁴⁵. Sotto il profilo del controllo delle informazioni, le principali componenti dei sistemi di DRM sono:

1) le MTP basate principalmente sulla crittografia digitale, ma anche su altre tecnologie come il *watermarking* (marchiatura) ed il *fingerprinting* (rintracciamento) digitali;

2) i metadati che accompagnano il contenuto che sono in grado di descrivere in un linguaggio che è comprensibile al *computer*:

- il contenuto;
- il titolare del contenuto;
- l'utente;
- le regole per l'utilizzo del contenuto (se esso può essere copiato, stampato, ridistribuito, *etc.*, dove può essere fruito, con quali apparecchi può essere fruito), espresse in linguaggi che vengono denominati Rights Expression Languages (RELs), come l'eXtensible rights Markup Language (XrML) che è uno degli standard di maggiore successo.

⁴⁵ M. STEFIK, *Shifting the Possible: How Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing*, 12 *Berkeley Tech. L.J.* 138 (1997).

Il DRM diviene dunque il paradigma del controllo rigido e accentrato dell'informazione digitale. I suoi tratti caratterizzanti possono essere così sintetizzati.

- La fonte prevalente sta nella tecnologia (e nei suoi standard). Essa prevale sulla fonte legislativa nel senso che il DRM affida la sua forza all'autotutela tecnologica piuttosto che alla tutela statale. La legge, come si vedrà, può tutt'al più svolgere un ruolo ancillare legittimando e proteggendo il ricorso all'autotutela. Prevale anche sul contratto per come inteso nella nostra tradizione giuridica, in quanto i termini per l'accesso e l'uso dell'informazione sono tradotti in RELs (cioè in standard tecnologici) e per il loro tramite in codice binario comprensibile solo dalle macchine. In altre parole, il contratto è totalmente automatizzato. Prevale (o tenta di prevalere) sulla consuetudine, perché il DRM è un meccanismo di predeterminazione accentrata della regola (mentre la consuetudine si sviluppa in modo spontaneo e decentrato) ed incorpora regole rigide (mentre le regole consuetudinarie sono, per natura, elastiche).
- La tecnologia fa assumere al controllo esclusivo una natura differente dal diritto di esclusiva d'autore. Il diritto d'autore, come si è detto, è un diritto di esclusiva, limitato nel tempo e nell'ampiezza, sulla forma espressiva di un'opera originale. I limiti in ampiezza sono verificati mediante clausole generali *ex post* da una corte di giustizia. Il DRM genera un controllo esclusivo dell'informazione digitale (anche un singolo dato, come una parola o una nota, non dotato di alcuna originalità). I limiti del controllo sono predeterminati, in base a regole rigide tradotte in standard tecnologici, da privati. Il controllo esclusivo può

non avere scadenza e può essere applicato ad un'informazione che non presenta i caratteri dell'opera dell'ingegno. A differenza del controllo contrattuale dell'informazione, il controllo esclusivo basato sul DRM si rivolge ad una serie indeterminata di soggetti (assume di fatto una natura «reale», comportandosi come una sorta di «proprietà dell'informazione»). Chiunque vorrà fruire dell'informazione sarà (di fatto) soggetto alle regole incorporate e alla tutela (fondata su ciò che l'analisi economica del diritto definisce una «property rule»⁴⁶, cioè su una tutela inibitoria) nella tecnologia. La tutela del diritto d'autore fa leva sulla materialità dell'attività che integra la violazione del diritto di esclusiva. La tutela del DRM fa leva sull'inalterabilità dell'architettura informatica (ad es., inviolabilità degli algoritmi crittografici, immodificabilità dell'*hardware*, etc.) e dunque in ultima analisi sulla conoscenza (un'entità immateriale). Le opere dell'ingegno sono espresse tradizionalmente in linguaggi aperti che consentono l'accesso e la conservazione (quanto meno quella parziale affidata alla memoria umana) dell'informazione. Se il DRM si basa su standard tecnologici espressi in formati chiusi (cioè segreti), un'eventuale obsolescenza dei formati rende di fatto inaccessibile l'informazione.

Nella seconda forma il controllo si basa sull'apertura dell'informazione e si presenta flessibile e decentrato. Il primo modello compiuto di questa forma di controllo è rappresentato dalla

⁴⁶ V. G. CALABRESI, A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972); in riferimento ai diritti di proprietà intellettuale, R. P. MERGES, *Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property*, 94 *Colum. L. Rev.* 2655 (1994).

GNU General Public License. L'informatica ha mosso alcuni dei suoi più significativi passi fuori dalla logica della secretazione del codice sorgente⁴⁷. Nell'ideale continuazione (o rilancio) della logica opposta a quella della secretazione del codice sorgente si mosse Richard Stallman⁴⁸, un informatico che allora operava nel laboratorio di intelligenza artificiale del Massachusetts Institute of Technology (MIT). Stallman aveva contribuito decisamente allo sviluppo di una serie di programmi che emulavano le funzionalità del sistema operativo UNIX dei Bell Laboratories dell'AT&T. Questi programmi furono etichettati con la formula GNU, una formula che sta a significare che GNU non è UNIX. Ma l'idea rivoluzionaria di Stallman fu quella di far leva sulla proprietà intellettuale (in particolare, sul *copyright*) per garantire, a chi avesse voluto, la libertà di copiare (*copyleft*), distribuire e sviluppare *software* a codice sorgente aperto (*open source*, appunto). Per dare corpo alla sua idea Stallman creò, assieme ad un gruppo di suoi collaboratori, specifiche condizioni generali di contratto, cioè condizioni per 'licenziare' il *software* a codice aperto⁴⁹. Questo particolare tipo di licenza fu denominato GNU General Public License (GPL)⁵⁰. Stallman aveva

⁴⁷ Si pensi allo sviluppo di ciò che era destinato a diventare Internet, cioè al progetto ARPANET, la rete voluta dall'Advanced Research Projects Agency (ARPA) statunitense.

Non è dunque un caso che gli attuali protocolli (TCP/IP) che costituiscono l'architrave di Internet siano standard aperti.

⁴⁸ Notizie su Stallman si rinvengono presso la sua home page all'URL: [«http://www.stallman.org/»](http://www.stallman.org/).

⁴⁹ V. R. STALLMAN, *Software libero - Pensiero libero*, vol. I, Viterbo, 2003, 11 ss.

⁵⁰ La letteratura sulla GNU GPL e sul *software* a codice aperto è oramai alluvionale. V., fra i tanti, A. L. GUADAMUZ, *GNU General Public License v3: A Legal Analysis*, *SCRIPT-ed*, Vol. 3, No. 2, 2006, disponibile su SSRN all'URL: [«http://ssrn.com/abstract=909780»](http://ssrn.com/abstract=909780); S. KUMAR, *Enforcing the Gnu Gpl*, in *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 1, 2006, disponibile su SSRN all'URL: [«http://ssrn.com/abstract=936403»](http://ssrn.com/abstract=936403); B. W. CARVER, *Share and Share Alike: Understanding and Enforcing Open Source and Free Software Licenses*, 20

compreso un risvolto decisivo del *copyright* e cioè che lasciar cadere in pubblico dominio il *software* a codice aperto non avrebbe evitato una sua successiva «appropriazione» (o meglio, non avrebbe evitato ad altri programmatori di rielaborare il codice aperto e di secretarlo, rendendolo un'opera derivata, in quanto tale soggetta al *copyright* e sottratta al pubblico dominio). La GNU GPL nasce, dunque, a tale scopo. In altri termini, gli sviluppatori di *software* a codice aperto avrebbero dovuto contare su alcune «libertà fondamentali»⁵¹:

- a) libertà di eseguire il programma, per qualsiasi scopo (libertà 0);
- b) libertà di studiare come funziona il programma e adattarlo alle proprie necessità (libertà 1); l'accesso al codice sorgente ne è un prerequisito;
- c) la libertà di ridistribuire copie in modo da aiutare il prossimo (libertà 2);
- d) la libertà di migliorare il programma e distribuirne pubblicamente i miglioramenti, in modo che tutta la comunità ne tragga beneficio (libertà 3); l'accesso al codice sorgente ne è un

Berkeley Tech. L.J. 443 (2005); R. W. GOMULKIEWICZ, *General Public License 3.0: Hacking the Free Software Movement's Constitution*, 42 *Hous. L. Rev.* 1015 (2005); Y. BENKLER, *Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm*, 112 *Yale L.J.* 369 (2002); D. MCGOWAN, *Legal Implications of Open Source Software*, 2001 *U. Ill. Rev.* 241 (2001) disponibile su SSRN all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=243237>».

Nella letteratura italiana v. S. BISI, *Brevi considerazioni sulla GPL v.3: profili giuridici, politici e tecnologici*, in *Cyberspazio e dir.*, 2006, 441; M. A. CARUSO, *Diritto d'autore, libertà di fruizione delle informazioni e open source*, in *Dir. autore*, 2006, 20; S. GATTI, *Nuove modalità di fruizione delle opere dell'ingegno. L'open source*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 323, ROSSATO, *Diritto e architettura nello spazio digitale – Il ruolo del software libero*, cit., spec. 165 ss.; M. BERTANI (a cura di), *Open Source*, Atti del Convegno. Foggia, 2-3 luglio 2004, Milano, 2005; AA.VV., *Open Source, software proprietario e concorrenza*, Atti del Convegno. Pavia, 24-25 settembre 2004, in *Annali it. dir. autore*, 2004.

⁵¹ STALLMAN, *Software libero - Pensiero libero*, cit., 59.

prerequisito.

Tali libertà emergono chiaramente dalla lettura della GPL⁵². Dalla stessa lettura si evince anche che la tutela delle libertà si regge sul meccanismo che dichiara il *software* oggetto della licenza protetto dal *copyright* ed obbliga al contempo i destinatari della GPL ad applicare, nel caso di distribuzione dello stesso *software* o di *software* derivati (e dunque modificati), la GPL ai propri (successivi) licenziatari⁵³.

Al modello della GNU GPL si ispirano molte tipologie di licenze. Fra quelle che stanno riscuotendo maggior successo vi sono le Creative Commons (CC) Licenses⁵⁴. Uno degli ideatori del

⁵² V. in particolare i preamboli della versione 2 del giugno 1991 (all'URL: <http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>) e della versione 3 del 29 giugno 2007 (all'URL: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>).

⁵³ V. quanto affermato nel citato preambolo della versione 3 del 29 giugno 2007: «[t]o protect your rights, we need to prevent others from denying you these rights or asking you to surrender the rights. Therefore, you have certain responsibilities if you distribute copies of the software, or if you modify it: responsibilities to respect the freedom of others.

For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must pass on to the recipients the same freedoms that you received. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. And you must show them these terms so they know their rights».

⁵⁴ V. W. M. CARROLL, *Creative Commons as Conversational Copyright*, Villanova Law/Public Policy Research Paper No. 2007-8, disponibile su SSRN all'URL: <http://ssrn.com/abstract=978813>; L. PALLAS LOREN, *Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Copyright*, 14 *George Mason Law Review* 271 (2007), disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=957939>; H. A. HIETANEN, *A License or a Contract, Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*, in corso di pubblicazione su *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (NIR, Nordic Intellectual Property Law Review)*, e disponibile su SSRN all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1029366>; N. ELKIN-KOREN, *Creative Commons: A Skeptical View of a Worthy Pursuit*, in P. B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT (eds.), *The Future of the Public Domain*, 2006, disponibile su SSRN all'URL: <http://ssrn.com/abstract=885466>. Nella letteratura italiana v. M. G. JORI, *Creative Commons: passato, presente e futuro dei beni comuni*, in *Cyberspazio e dir.*, 2007, 83; M. FABIANI, *Creative*

progetto Creative Commons è il giurista statunitense Lawrence Lessig, il quale, ispirandosi all'idea di Richard Stallman, ha trapiantato il modello della GNU GPL, sperimentato con successo per il *software*, nel campo più esteso dei contenuti digitali e delle opere dell'ingegno veicolate sui supporti tradizionali come i libri cartacei⁵⁵. Nel sito del progetto italiano si legge:

«Le licenze Creative Commons offrono un insieme flessibile di protezioni e libertà per autori, artisti e educatori. Partendo dal concetto 'tutti i diritti riservati', tipico del diritto d'autore tradizionale, offriamo a chi è interessato degli strumenti per un approccio 'alcuni diritti riservati'. Creative Commons è un'organizzazione non-profit. Le licenze Creative Commons, come tutti i nostri strumenti, sono utilizzabili gratuitamente».

I tratti caratterizzanti delle licenze c.d. non proprietarie come la GNU GPL e le CC Licenses possono essere così sintetizzati.

- In modo analogo a quanto avviene per il DRM, gli ordinamenti privati sembrano rivestire maggiore importanza del diritto statale. A differenza del DRM, però, la regola tecnologica rimane sullo sfondo (apertura del

Commons. Un nuovo modello di licenza per l'utilizzazione delle opere in Internet, in *Dir. autore*, 2006, 157; M. TRAVOSTINO, *Alcuni recenti sviluppi in tema di licenze Creative Commons*, in *Cyberspazio e dir.*, 2006, 253; M. BERTANI, *Alcune considerazioni sulle licenze Creative Commons a seguito della loro introduzione in Italia*, in *Diritto di autore e nuove tecnologie*, 2005, 35; S. ALIPRANDI, *Copyleft & opencontent, l'altra faccia del copyright*, Piacenza, 2005, 100 ss.

⁵⁵ La categoria «commons» evoca il fenomeno delle proprietà collettive. Nell'ambito delle CC Licenses il riferimento lascia intendere che il contratto [supportato da una consuetudine?] possa generare una forma differente dalla «proprietà intellettuale esclusiva», cioè una «proprietà intellettuale collettiva».

codice sorgente del *software* o apertura del contenuto) e soprattutto la tutela non è affidata (almeno negli archetipi delle licenze non proprietarie) alla tecnologia. La prevalenza è data invece ad un testo contrattuale standardizzato (pur sempre basato sulla legge del *copyright*). La scarsa litigiosità finora riscontrata nell'uso delle licenze non proprietarie può far ritenere che sia all'opera anche una consuetudine la quale riconosce il carattere vincolante dei testi delle licenze di là dalla prospettiva della tutela giudiziale. La cosa non sorprende. Le licenze non proprietarie formalizzano in testi contrattuali prassi che assomigliano alle norme sociali sperimentate da secoli dalle comunità scientifiche al fine di esercitare un controllo elastico sull'informazione prodotta dalla ricerca⁵⁶.

Come i modelli di *business* che sono chiamate a governare, anche le forme di controllo non rappresentano due dimensioni totalmente separate. Esistono infatti forme ibride di controllo che sfruttano caratteristiche di entrambe le tipologie che si sono ora tratteggiate.

Tuttavia, si deve sottolineare la differenza di fondo tra i due paradigmi di controllo dell'informazione. Pur essendo applicato (in questo momento) dagli intermediari tradizionali della creatività, il DRM genera una forma assolutamente innovativa di controllo

⁵⁶ Prassi che assomigliano senza identificarsi nelle norme sociali della comunità scientifica o meglio, delle comunità scientifiche. Cfr. D. L. BURK, *Intellectual Property in the Context of E-Science* (August 18, 2006), Minnesota Legal Studies Research Paper No. 06-47, disponibile su SSRN all'URL: <http://ssrn.com/abstract=929479>; nonché, nella letteratura italiana, R. CASO, *Le regole giuridiche sull'accesso alla conoscenza scientifica espressa in forma digitale*, in Atti del convegno "Diritto e tecnologie digitali per la valorizzazione e l'accessibilità delle conoscenze" tenutosi a Milano il 19 ed il 20 ottobre 2007, in corso di pubblicazione.

dell'informazione. A differenza del diritto d'autore tradizionale che rappresenta un controllo del pensiero creativo («bene immateriale») fondato su una tutela che colpisce attività materiali, il DRM è un controllo sull'informazione scritta in un codice (dematerializzabile) fondato su una tutela che previene attività (materiali: modificazione dell'*hardware* o dematerializzate: modificazione del *software*) di alterazione dell'architettura informatica che sostanzia il medesimo controllo. Invece, le licenze non proprietarie, pur essendo utilizzate (in questo momento) soprattutto da autori e nuovi intermediari della creatività, generano una forma di controllo che tenta di preservare, in un contesto tecnologico che consente la chiusura dell'informazione, il tradizionale diritto di esclusiva d'autore basato sull'apertura dell'informazione veicolata dall'opera dell'ingegno.

6. Il lato oscuro del controllo rigido ed accentrato

Come si è detto, nella concezione tradizionale dell'analisi economica della proprietà intellettuale le informazioni (o se si preferisce, i beni informativi) come le opere dell'ingegno hanno natura di *public goods*, cioè beni che, in quanto non escludibili e non rivali, sono soggetti ad una tipica forma di fallimento del mercato. La creazione di diritti di esclusiva sulle opere dell'ingegno risolve il problema del fallimento del mercato. Tuttavia, anche dopo la creazione di diritti di esclusiva, continua a sussistere una relativa non escludibilità dell'opera dell'ingegno. Più precisamente, i beni oggetto del diritto d'autore sono solo parzialmente escludibili. Il titolare dei diritti sulle opere dell'ingegno, dopo la distribuzione dello strumento materiale che incorpora l'opera, mantiene un controllo imperfetto dell'opera stessa. Il libro acquistato in libreria può essere sfogliato e letto infinite volte, può essere prestato ad un amico, e così via. Si badi che questo passaggio logico riguarda limiti tecnologici, rispetto ai quali i limiti giuridici dell'esclusiva sono una sovrastruttura.

Il DRM che incorpora misure tecnologiche di protezione renderebbe possibile, almeno in via di principio, una perfetta (o quasi perfetta) escludibilità dell'informazione. Al contempo il DRM ridurrebbe gli attriti alla negoziazione, cioè i costi di transazione. Insomma, il DRM trasformerebbe l'informazione in un bene molto più simile ad una cosa materiale, risolvendo (o temperando) il problema della non escludibilità e del conseguente fallimento del mercato. Proprietà esclusiva e contratto celebrerebbero i fasti della loro superiorità rispetto a modelli alternativi. Il mercato porterebbe ad un accrescimento del benessere della società, in quanto gli incentivi alla produzione di informazioni sarebbero maggiori. La torta di beni informativi da spartire sarebbe più grossa⁵⁷.

Su un piano puramente teorico questa ricostruzione sconta l'assunto in base al quale la perfetta escludibilità dell'informazione conduca ad un accrescimento del benessere collettivo. In genere questo assunto è ammantato dalla retorica che identifica proprietà con proprietà intellettuale. Ammesso (e non concesso) che il DRM abiliti una perfetta escludibilità dell'informazione, il punto è comprendere quanto questa perfetta escludibilità costa alla società⁵⁸.

Il problema posto dalla natura pubblica del bene informazione non è risolvibile con il passaggio da una parziale escludibilità ad una totale escludibilità. Rimane, infatti, una pesante conseguenza della non rivalità⁵⁹: il costo marginale dell'informazione – cioè il costo sociale per la produzione di un'unità in più di informazione – è zero. Nessuna impresa privata

⁵⁷ Una ricostruzione di questa linea di pensiero si ritrova in CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., 172 ss., ivi riferimenti.

⁵⁸ Cfr. COHEN, *Lochner in Cyberspace: the New Economic Orthodoxy of «Rights Management»*, cit.

⁵⁹ Sulle conseguenze della non rivalità v. LEMLEY, *Property, Intellectual Property and Free Riding*, cit.

produrrebbe un bene informazionale per venderlo ad un prezzo pari al costo marginale. Se, tuttavia, la tecnologia rende possibile escludere preventivamente tutti i consumatori dalla fruizione del bene, quest'ultimo può essere venduto solo a quei consumatori che lo vogliono comprare ad un prezzo che copra gli investimenti necessari alla produzione dell'informazione, cioè ad un prezzo superiore al costo marginale. Senonché questa conclusione contrasta con il paradigma neoclassico che notoriamente assume essere massima la produzione solo quando il prezzo eguaglia il costo marginale. Perciò una perfetta escludibilità conduce il produttore a guadagnarsi potere di mercato ed il consumatore ad un utilizzo subottimale dell'informazione⁶⁰.

Inoltre, la perfetta escludibilità ottenuta mediante MTP conduce a sostituire un meccanismo imperfetto (quello delle clausole generali dell'originalità e della dicotomia tra idea ed espressione) a causa della sua flessibilità con un meccanismo altrettanto imperfetto a causa della sua rigidità. La scelta tra regole flessibili specificabili *ex post* e regole rigide predeterminate dovrebbe essere frutto di un'analisi comparativa dei costi e benefici associati a ciascuna delle due tipologie di norme. Tuttavia, nel campo della proprietà intellettuale la scelta a favore di regole rigide predeterminate produce sicuramente una categoria assai rilevante di costi, e cioè quella legata alla difficile prevedibilità del valore futuro del bene informazionale. Nel campo delle MTP e del DRM la regola (standard) incorporata nella tecnologia è finalizzata al controllo privato dell'informazione digitale, per esempio allo scopo specifico di presidiare il meccanismo della discriminazione dei prezzi. Il caso più chiaro è quello dei DVD assistiti da MTP le quali fanno in modo che il supporto digitale si autodistrugga dopo l'uso. In questo modo il DVD può essere venduto

⁶⁰ Y. BENKLER, *An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 *Vand. L. Rev.* 2063, 2078 (2000).

per una sola visione (il prezzo sarà molto più contenuto rispetto a quello connesso al DVD che non è soggetto ad immediata autodistruzione). La visione più ottimistica della discriminazione dei prezzi, che guarda a questo modello di *business* come ad un meccanismo efficiente, parte dall'assunto che fornitore ed acquirente del bene siano in grado di internalizzare nel prezzo l'effettivo valore sociale dello stesso bene oggetto dello scambio. Tuttavia, anche in questa visione, vi è una categoria di costi e benefici associati al bene informazionale che non possono essere internalizzati nel meccanismo dei prezzi. Si pensi ad un futuro nel quale i DVD con meccanismo di autodistruzione rappresentano la fetta più consistente del mercato. Un'opera ad alto contenuto culturale veicolata in DVD soggetti ad autodistruzione potrebbe non incontrare il successo del mercato e divenire di fatto indisponibile ed inaccessibile. Ebbene in uno scenario di questo genere si genererebbero costi sociali legati all'indisponibilità di un sufficiente numero di copie dell'opera. Non si tratta solo di costi derivanti dalla cancellazione della memoria collettiva dell'opera, ma anche di perdite legate, ad esempio, all'impossibilità di trarre ispirazione non intenzionale dalla visione del film. L'esempio del DVD può essere applicato con le stesse conclusioni a proposito delle più sofisticate MTP incorporate nei sistemi di DRM⁶¹.

⁶¹ V. BURK, *Market Regulation and Innovation: Legal and Technical Standards in Digital Rights Management*, cit., 550-551, secondo il quale «[d]espite the sophistication of the scripts incorporated into programmable technologies, this rule holds as true for DRM as for self-destructing DVDs or speed bumps. Lacking the deliberative nuance of human agency, DRM lacks the flexibility to accommodate access or usage that is unforeseen, unexpected, or unanticipated. Indeed, there is no incentive for the promulgators of DRM to even attempt to foresee usage with highly diffuse but positive social externalities: Neither the copyright holder nor the purchaser of a copyrighted work are the direct beneficiaries of such external effects, and so have no reason to take them into account. This in turn implies that technical protections will typically be unable to accommodate the many exemptions and

Su un piano di discussione meno teorico e più vicino alla realtà della prassi, le argomentazioni a favore della perfetta escludibilità non colgono a pieno la portata innovativa del potere di controllo rigido ed accentrato dell'informazione generato dal DRM. A ben vedere questo difetto ricostruttivo dipende dallo scarso approfondimento dei profili tecnologici DRM riscontrabile in molte trattazioni di taglio giureconomico (tant'è che spesso si identifica erroneamente il DRM solo con una delle sue componenti: la misura tecnologica di protezione). Come si è ampiamente evidenziato in precedenza, il DRM che incorpora misure tecnologiche di protezione sviluppa un potere di controllo completamente differente da quello derivante dal diritto d'autore⁶². L'enorme potere di controllo sviluppato dal DRM si presta infatti ad una serie di abusi.

- Sul piano contrattuale. Le componenti destinate alla gestione degli EULAs ed alla traduzione di questi ultimi in un codice comprensibile dalle macchine possono peggiorare la situazione informativa e cognitiva dell'utente

exceptions to the Copyright Act, many of which are calibrated to capture just such benefits. In previous work with Julie Cohen, I have shown that technological controls tend to be relatively blunt instruments for control of digital content, unable to accommodate copyright fair use without the re-introduction of human discretion. Our suggestion for re-introducing human discretion into DRM has, with some justification, been criticized as essentially defeating DRM of much of its predictability and so much of its benefit. As I have shown here, it is the deterministic, bright-line predictability of DRM that makes it an attractive cost-saving mechanism to the copyright holder. But as I have also shown, savings to the copyright owner are not the entirety of the social cost-benefit function. Locked into the rigid determinism of ex ante design decisions, DRM will also incur the social costs that would otherwise be minimized by the employment of legal standards. Any cost-benefit balance reflected in the array of rights privileges under the copyright statute is thus lost in technological substitution».

⁶² CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., 69 ss.

finale⁶³.

- Sul piano della riservatezza e della protezione dei dati personali. Il DRM implica sempre il trattamento di una mole enorme di dati personali che riguardano il consumo dei prodotti personali. Questi dati sono necessari per la gestione dei contratti, ma si prestano ad essere abusati a fini di profilazione e di autotutela del controllo delle informazioni⁶⁴.
- Sul piano della disciplina della concorrenza. Il DRM è fatto di differenti componenti tecnologiche (*software* ed *hardware*) standardizzate che per funzionare devono essere interoperabili. Quando le specifiche ed i formati delle componenti tecnologiche sono chiusi (cioè segreti) e magari coperti da proprietà intellettuale (brevetti per invenzione), il DRM interferisce con le dinamiche concorrenziali. La capacità di condizionare il funzionamento della concorrenza tra imprese (dei settori dell'*hardware* e del *software*, nonché della produzione e della distribuzione dei contenuti digitali) è, com'è stato per tempo rilevato da alcuni studiosi, particolarmente evidente quando il DRM è incorporato in una piattaforma

⁶³ CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., 114 ss. Nella letteratura straniera, v. M. J. RADIN, *Regulation by Contract, Regulation by Machine*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 160, pp. 1-15, 2004, disponibile su SSRN all'URL: <http://ssrn.com/abstract=534042>; nonché, della stessa autrice, *Online Standardization and the Integration of Text and Machine*, 70 *Fordham L. Rev.* 1125 (2002); *Humans, Computers, and Binding Commitment*, 75 *Ind. L.J.* 1125 (2000).

⁶⁴ V. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., 98 ss., ivi riferimenti, *cui adde*, con taglio punto sulla disciplina euro-italiana, A. PALMIERI, *DRM e disciplina europea della protezione dei dati personali*, in questo volume. Nella letteratura d'oltreconfine v. J. E. COHEN, *DRM and Privacy*, 13 *Berkeley Tech. L. J.* 575 (2003), disponibile su SSRN all'URL: <http://ssrn.com/abstract=372741>.

informatica (e.g., console per videogame)⁶⁵. L'incorporazione del DRM nella piattaforma proietta effetti sia sul mercato di quest'ultima, sia sul mercato dei beni complementari⁶⁶. Se poi si tratta di piattaforme basilari per il funzionamento di tutte le componenti di un sistema informatico (ad esempio, sistemi operativi), allora tali effetti risultano ulteriormente amplificati⁶⁷.

Il rischio degli abusi non è teorico ma concreto. Lo dimostra la casistica relativa all'uso di misure tecnologiche di protezione. Si pensi ai casi Sony Rootkit, Sony Playstation e Lexmark.

A dispetto dell'enorme potere di controllo e dei molti riflessi che esso proietta su vari piani giuridici, i legislatori occidentali si sono affrettati a dettare una disciplina di legittimazione e tutela (solo) di alcune componenti dei sistemi di DRM collocandola nelle leggi in materia di diritto d'autore. Il *lobbying* di interessi tradizionali (l'industria dell'intrattenimento) ed emergenti (l'industria delle tecnologie DRM) ha fatto premio sull'interesse pubblico alla regolamentazione organica ed alla limitazione del controllo rigido ed accentrato delle informazioni digitali.

⁶⁵ V. BECHTOLD, *The Present and Future of Digital Rights Management. Musings on Emerging Legal Problems*, in E. BECHER, W. BUHSE, D. GÜNNEVIG, N. RUMP (eds.), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlin, 2003, 597, 619 ss. disponibile all'URL: «http://www.jura.uni-tuebingen.de/bechtold/pub/2003/Future_DRM.pdf»; e, con riferimento al Trusted Computing, R. ANDERSON, *Cryptography and Competition Policy – Issues with 'Trusted Computing'*, 2003, disponibile all'URL: «2003, <http://www.cl.cam.ac.uk/ftp/users/rja14/tcpa.pdf>».

⁶⁶ Cfr. M. L. MONTAGNANI, *Misure tecnologiche di protezione, sistemi di DRM e barriere all'entrata*, in questo volume.

⁶⁷ In argomento V. G. MAZZIOTTI, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso ITUNES*, par. 4, in questo volume.

7. La tutela legislativa delle misure tecnologiche di protezione e delle informazioni sul regime dei diritti

La prima rilevante forma di tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione (MTP) si deve ai WIPO Treaties (il WIPO Copyright Treaty e il WIPO Performances and Phonograms Treaty) del 1996⁶⁸. I legislatori statunitense ed europeo hanno dato attuazione al mandato internazionale della WIPO emanando rispettivamente il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 e la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione⁶⁹, trasposta in Italia con d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il quale ha pesantemente novellato la legge 22 aprile, n. 633.

Semplificando, il nucleo comune delle norme nordamericane ed europee sta nel triplice divieto:

- a) di elusione delle misure tecnologiche poste a protezione dei diritti di esclusiva;
- b) di produzione o diffusione di tecnologie «principalmente finalizzate» all'elusione delle MTP;
- c) di rimozione o alterazione delle informazioni sul regime dei diritti.

⁶⁸ V. anche gli art. 2, 3 e 6 della *Convention on Cybercrime* del 2001.

⁶⁹ Sull'attuazione della direttiva negli Stati membri v., da ultimo, G. WESTKAMP, *Part II – The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, in L. GUIBAULT *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 2007, disponibile all'URL: «http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf».

Si tratta di normative assai complesse – o meglio: confuse – ed assistite (in alcuni ordinamenti) anche da severe sanzioni penali. I problemi che esse pongono sono oggetto di una vasta letteratura⁷⁰.

In questa sede è sufficiente rilevare che la fattispecie *sub b*) costituisce un'evoluzione (o meglio, un'involuzione) della logica posta alla base del caso *Sony Betamax* deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1984⁷¹. La pronuncia riguarda la *contributory and vicarious liability*. Semplificando, si può dire che in base a questo istituto di creazione giurisprudenziale, al ricorrere di una serie di presupposti, è possibile imputare una responsabilità indiretta al soggetto che ha concorso con (o che si è avvantaggiato della) violazione diretta del *copyright* da parte di un terzo soggetto. La particolarità del caso Sony Betamax sta nel fatto che gli attori (grandi case cinematografiche titolari di *copyright* su films) chiedevano l'applicazione dell'istituto ad una nuova fattispecie: la produzione di un apparecchio tecnologico (il videoregistratore) il quale dava agli utenti televisivi (anche) la possibilità di riprodurre senza autorizzazione le opere cinematografiche passate in televisione. In particolare la Universal City Studios e gli altri attori ritenevano la Sony responsabile della violazione indiretta del *copyright* per il semplice fatto di aver prodotto l'apparecchio. Nell'argomentare la sua decisione, la corte si rifà alla legge ed alla giurisprudenza sul brevetto per invenzione (*patent*) e sottolinea quanto segue.

«La proibizione contro la violazione per
concorso è confinata alla vendita

⁷⁰ Per riferimenti si veda il sito Web «Diritto e Tecnologia del Digital Rights Management», all'URL: «<http://www.jus.unitn.it/users/caso/DRM/Bibliografia/home.html>».

⁷¹ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), riprodotta in traduzione italiana di G. PASCUIZZI, in *Foro it.*, 1984, IV, 351, con nota di G. PASCUIZZI, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla «Supreme Court»*.

consapevole di un componente specificatamente fatto per l'uso in connessione con un particolare brevetto. Non c'è nessuna traccia nella legge che un detentore di brevetto possa opporsi alla vendita di un prodotto che può essere usato in connessione con altri brevetti. Inoltre la legge espressamente prevede che la vendita di un 'articolo o prodotto in commercio per un uso sostanzialmente non vietato' non costituisce violazione per concorso [...]. Quando un'accusa di violazione per concorso è interamente basata sulla vendita di un articolo commerciale che è usato dall'acquirente per violare un brevetto, l'interesse pubblico all'accesso a tale articolo è necessariamente coinvolto. Naturalmente una sentenza che afferma la violazione del concorso non toglie, contemporaneamente, l'articolo dal mercato; comunque essa attribuisce al titolare del brevetto il controllo effettivo sulla vendita di quell'articolo [...]»⁷².

La Corte Suprema degli Stati Uniti giunge alla conclusione che la violazione per concorso (*contributory infringement*) va esclusa quando una tecnologia è suscettibile di usi sostanzialmente leciti (cioè non in violazione del *copyright*). Nelle parole della corte:

«[p]er risolvere la questione non è necessario esplorare tutti i potenziali [!] usi della macchina e determinare se essi

⁷² *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, cit., 357.

possano o no costituire una trasgressione. Piuttosto bisogna solo considerare se sulla base dei fatti accertati dalla Corte distrettuale un numero significativo di detti usi possa essere non illegale. Inoltre al fine di risolvere questo caso non è necessario dare una precisa quantificazione dell'ammontare dell'uso commercialmente significativo, perché un uso potenziale del Betamax chiaramente soddisfa questo modello, comunque lo si intenda: il time-shifting (TS) domestico per uso privato»⁷³.

Il nuovo divieto di produzione o diffusione di tecnologie «principalmente finalizzate» all'elusione delle MTP dunque tocca un punto molto simile alla regola del caso Sony: la distinzione delicata (se non impossibile) tra tecnologie lecite e tecnologie illecite.

A differenza però del principio Sony Betamax, la nuova norma afferma che è sufficiente la prevalenza della finalità elusiva a far scattare il divieto ed arretra il momento della tutela in quanto prescinde dal requisito, richiesto nell'ambito della *contributory and vicarious liability*, della sussistenza della violazione diretta. In altri termini, si spezza il filo causale che lega la produzione della tecnologia alla violazione del diritto di esclusiva (la quale non deve essere provata dall'attore). Si è chiamati ad un difficile e delicato giudizio prognostico sulle finalità della tecnologia.

L'applicazione giurisprudenziale tanto nordamericana quanto italiana del principio della prevalente finalità elusiva dimostra che la norma si presta ad abusi tesi a distorcere le dinamiche concorrenziali. D'altra parte, alcune tendenze della giurisprudenza americana comprovano il fatto che il *copyright* statunitense può contare su

⁷³ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, cit., 358.

alcuni tratti sistemologici che rendono il giudice d'oltreoceano maggiormente consapevole delle potenzialità anticompetitive dell'applicazione della legge⁷⁴.

In definitiva la tutela legislativa delle MTP e delle informazioni sul regime dei diritti si sovrappone al *copyright* tradizionale alterandone la natura ed integrando una protezione differente.

- Si tratta in buona sostanza di una delega ad ordinamenti privati dell'uso della forza tecnologica a fini di autotutela privata, che si regge su una disciplina di attività tecnologiche che ha pesanti implicazioni sul piano concorrenziale. Per certi versi, dunque, rappresenta un ritorno al passato, assomigliando (sotto questo aspetto) ai privilegi librari⁷⁵.
- A differenza però dei privilegi librari che implicavano divieti netti e riguardavano solo l'attività di stampa, il divieto di produrre tecnologie prevalentemente finalizzate all'elusione delle MTP è una regolamentazione che affida all'incertezza di un criterio come quello della prevalente finalità il governo di più tecnologie poste alla base di mercati connessi ma differenti.
- La legittimazione dell'autotutela privata attuata mediante l'uso della forza tecnologica mira a ripristinare la centralità del diritto di esclusiva basato su una tutela inibitoria

⁷⁴ V. R. CASO, «*Modchips*» e diritto d'autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, in *Cyberspazio e dir.*, 2006, 18, disponibile all'URL: «http://www.jus.unitn.it/users/caso/DRM/Libro/mod_chips/download.asp»; ID., «*Modchips*» e tutela penale delle misure (tecnologiche) di protezione dei diritti d'autore: ritorno al passato?, in corso di pubblicazione su *Diritto dell'Internet*.

⁷⁵ V., nello stesso senso, A. ROSSATO, *I problemi dell'autotutela digitale*, par. 4, in questo volume.

(*property rule*), mentre il diritto d'autore contemporaneo ha fatto crescente ricorso alla degradazione del diritto di esclusiva a diritto ad equo compenso, basato su una tutela risarcitoria (*liability rule*). Nel contesto della copia privata effettuata mediante apparecchi (analogici) per la riproduzione il diritto ad equo compenso si fonda su una *levy* (attribuzione ai titolari del diritto a compenso di una frazione del prezzo ai titolari dei diritti di esclusiva) praticata sulla vendita di apparecchi e supporti per la copia privata. I meccanismi dell'equo compenso e della *levy* sono gestiti collettivamente da appositi organismi (le c.d. società di gestione collettiva)⁷⁶. In particolare, la logica della legittimazione delle misure tecnologiche di protezione pare contrastare la logica delle *levies*⁷⁷. Se infatti le misure tecnologiche (digitali) di protezione consentono di ripristinare l'effettività dell'esclusiva, allora non sembrano giustificati meccanismi alternativi di protezione dei titolari dei diritti⁷⁸. Ad esempio, se il CD musicale viene venduto

⁷⁶ Sul rapporto tra gestione collettiva e DRM v. M. RICOLFI, *Gestione collettiva e gestione individuale in ambiente digitale*, in M. L. MONTAGNANI, M. BORGHI, *Proprietà digitale – Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano, 2006, 183.

⁷⁷ Per alcune discussioni sul punto v. J. F. DEBEER, *Locks & levies*, 84 *Denver University Law Review* 143 (2006), disponibile su SSRN all'URL: «http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=952128»; K. J. KOELMAN, *The Levitation of Copyright: an Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM*, 16 *Entertainment Law Review* 75 (2005), disponibile su SSRN all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=682163>»; J. REINBOTHE, *Private Copying, Levies and DRMs against the Background of the EU Copyright Framework*, 2003, disponibile all'URL: «http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/2003-speech-reinbothe_en.htm».

⁷⁸ Sul punto v. il «considerando» n. 35 della direttiva 29/2001 CE in base al quale «[i]l livello dell'equo compenso deve tener pienamente conto della misura in cui ci si avvale delle misure tecnologiche di protezione contemplate dalla presente direttiva»; nonché la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento

con una misura tecnologica di protezione, non ha senso imporre una *levie* sul prezzo di masterizzatori e CD vergini, in quanto il diritto di copia privata o è impedito dalla MTP o è stato acquistato mediante contratto di licenza o è riconosciuto in base ad una regola di *fair use* ovvero di eccezione al diritto di esclusiva.

- La disciplina delle MTP e delle informazioni sul regime dei diritti si fonda su leggi che incontrano il limite della territorialità. Mentre gli standard delle tecnologie disciplinate sono universali. Ciò innesca dinamiche discorsive del processo di produzione delle tecnologie e rappresenta un'ulteriore barriera alla circolazione internazionale delle informazioni⁷⁹.

8. *Gli scenari attuali*

Come si è già rilevato, vi è una contrapposizione tra modelli di produzione delle informazioni digitali. Da una parte, quelli basati sul controllo rigido ed accentrato. Dall'altra, quelli fondati sul controllo flessibile e decentrato. Ma vi è anche una proliferazione di modelli misti generati dalla contaminazione delle due forme di controllo.

Agli orientamenti riscontrabili nella prassi economica corrispondono le tendenze degli ordinamenti privati.

Si assiste così, sul piano degli ordinamenti che disegnano forme di controllo flessibile e decentrato, all'esplicita

europeo, e al Comitato Economico e Sociale Europeo sulla Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi del 16 aprile 2004 COM(2004) 261 definitivo, nella quale si legge quanto segue: «[o]vviamente, l'utilizzazione diffusa dei sistemi DRM come modalità di equo compenso potrebbe rendere superflui i sistemi di remunerazione esistenti (come il compenso per la copia privata), giustificando così la loro graduale sparizione».

⁷⁹ Cfr. GRANIERI, *DRM vs. diritto d'autore: la prospettiva dell'analisi economica del diritto giustifica una protezione assoluta delle opere dell'ingegno di carattere creativo?*, in questo volume, cit., par. 6.

contrapposizione verso gli ordinamenti che delineano forme di controllo rigido ed accentrato.

Si pensi alla clausola 3 della GNU GPL versione 3 del 29 giugno 2007 (intitolata: «Protecting Users' Legal Rights From Anti-Circumvention Law») che testualmente recita:

«No covered work shall be deemed part of an effective technological measure under any applicable law fulfilling obligations under article 11 of the WIPO copyright treaty adopted on 20 December 1996, or similar laws prohibiting or restricting circumvention of such measures.

When you convey a covered work, you waive any legal power to forbid circumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work, and you disclaim any intention to limit operation or modification of the work as a means of enforcing, against the work's users, your or third parties' legal rights to forbid circumvention of technological measures».

Il senso ultimo della clausola è che se si sceglie la strada della GNU GPL non si può contemporaneamente perseguire quella della tutela legislativa delle MTP. Non è rilevante in questa sede soffermarsi sul tema della validità della clausola, ciò che importa è sottolineare che in questo caso l'ordinamento privato si contrappone esplicitamente agli altri ordinamenti (pubblico: in riferimento alle leggi sulle MTP; privato: in riferimento agli standard delle MTP).

La risposta degli ordinamenti che delineano forme di controllo rigido ed accentrato è più subdola. Il controllo si sposta dalle informazioni alle infrastrutture per la fruizione delle informazioni. Il riferimento è al Trusted Computing.

«Trusted Computing» è una delle molteplici (cangianti) espressioni usate per denominare il coordinamento di alcune iniziative che fanno capo ad imprese *leader* del settore dell'*hardware* e del *software*. Il nucleo iniziale di queste iniziative risiedeva nella Trusted Computing Platform Alliance (TCPA) fondata da Compaq, HP, IBM, Intel e Microsoft. I compiti della TCPA sono stati poi assorbiti ed ampliati dal Trusted Computing Group (TCG), un'organizzazione *no profit* promossa da sette imprese (le cinque fondatrici della TCPA più Sony Corporation e Sun Microsystems, Inc.)⁸⁰.

Nella presentazione sul sito Web di riferimento si legge che:

«il TCG è un'organizzazione *no profit* costituita allo scopo di sviluppare, definire e promuovere [specifiche per] standard aperti di *hardware* con funzioni di Trusted Computing e di tecnologie per la sicurezza, che comprendono componenti *hardware* e interfacce *software* per differenti piattaforme, periferiche e dispositivi [quali *computer*, palmari e cellulari]. Le specifiche TCG sono destinate a creare ambienti informatici più sicuri di quelli attuali senza compromettere l'integrità funzionale [dei sistemi informatici], la *privacy* ed i diritti individuali. Lo scopo principale è quello di aiutare gli utenti a

⁸⁰ V. il sito Web: «<https://www.trustedcomputinggroup.org>».

proteggere il proprio patrimonio di informazioni sia dagli attacchi compiuti mediante *software* sia dagli attacchi fisici»⁸¹.

Il TC si presenta dunque come un approccio innovativo alla sicurezza informatica. L'obiettivo non è quello di produrre nuovi strumenti *software* (come *antivirus*, *antispyware* e *firewall*) di reazione ad attacchi ai sistemi informatici ed utilizzi impropri dei *computer* o delle reti, ma al contrario di promuovere la costruzione di sistemi *hardware* e *software* non abilitati a determinate funzioni potenzialmente in grado di comprometterne la sicurezza, nonché di promuovere il controllo – attraverso Internet – del rispetto delle limitazioni di funzionalità da parte degli utenti dei sistemi.

In altri termini, il TC risponde alla seguente logica⁸². Un sistema è sicuro o affidabile se il suo *hardware* ed il suo *software* sono concepiti e costruiti in modo da essere costretti a funzionare nel modo voluto dai produttori e non dagli utenti finali.

Dunque il primo fondamento di questa logica sta nella limitazione preventiva delle funzionalità del sistema informatico. L'enfasi deve essere posta sul fatto che si tratta di limitazioni non solo logiche, ma anche fisiche, in quanto riguardano l'*hardware*⁸³. Si tratta di uno dei tanti approcci alla sicurezza informatica, che parte dalla constatazione della notevole vulnerabilità dei *computer* attuali pronti di fronte ad attacchi esterni (come i virus) ed utilizzi impropri.

⁸¹ V. l'URL: «<https://www.trustedcomputinggroup.org/about/>».

⁸² La logica di base del TC vien fatta solitamente risalire a W. A. ARBAUGH, D. J. FARBER, J. M. SMITH, *A Secure and Reliable Bootstrap Architecture*, in *Proceedings of the 1997 IEEE Symposium on Security and Privacy*, 1997, 65, disponibile all'URL: «<http://www.cs.umd.edu/~waa/pubs/oakland97.pdf>».

⁸³ S. SCHOEN, *Trusted Computing: Promise and Risk*, 2003, disponibile su EFF all'URL: «http://www.eff.org/Infrastructure/trusted_computing/20031001_tc.php».

Il secondo fondamento della logica TC sta nella dislocazione del controllo del sistema informatico dall'utente finale a chi produce l'*hardware* ed il *software*, nonché a chi è deputato a sorvegliare che siano rispettate le limitazioni di funzionalità imposte dal produttore. Sotto quest'ultimo profilo, il sistema è monitorato (attraverso la rete Internet) e «certificato» allo scopo di verificare che funzioni secondo le «regole» prestabilite dai produttori.

Anche se non dichiarata, si tratta di una contrapposizione frontale allo spirito che permea la GNU GPL⁸⁴.

Nel quadro tracciato da quest'ultima, chi voglia modificare il *software* coperto da GNU GPL è messo in grado di farlo in quanto dispone del codice sorgente. Il limite alla modificabilità è determinato dal rispetto dei termini della licenza. Inoltre, questo tipo di assetto istituzionale, mettendo a disposizione del pubblico il codice sorgente, favorisce l'interoperabilità.

All'opposto il *software* sottoposto all'architettura TC è soggetto alla certificazione sui requisiti di sicurezza. Il *software* che non risponde ai requisiti di sicurezza è escluso dal circuito TC. Un tale assetto istituzionale potrebbe minacciare l'interoperabilità, ed in particolare l'interoperabilità tra *software* proprietario e *software* a codice aperto protetto da GNU GPL⁸⁵.

⁸⁴ V. R. STALLMAN, *Can You Trust Your Computer?*, 2002, disponibile all'URL: [«http://www.gnu.org/philosophy/can-you-trust.htm»](http://www.gnu.org/philosophy/can-you-trust.htm); R. ANDERSONN, *Trusted Computing - Frequently Asked Questions, Issue 1.1*, 2003 (agosto), disponibile all'URL: [«http://www.cl.cam.ac.uk/users/rja14/tcpa%AD%0Afaq.html»](http://www.cl.cam.ac.uk/users/rja14/tcpa%AD%0Afaq.html).

⁸⁵ V. BURK, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management Technology*, cit., 556-557, il quale sottolinea, a proposito del DRM e della disciplina legislativa delle MTP (ma considerazioni analoghe valgono a maggior ragione per il TC) che: «[i]n a secured, rights-managed environment, therefore, interoperation and the ability to produce viable interoperative products depend not only on the standard for technical compatibility, but on the standard for defining and implementing 'trust'. A full discussion of the technical and operational parameters of trust management lies well beyond the scope of this paper, but since security is never absolute, such parameters are not necessarily objective in all dimensions, requiring

Attualmente infatti il titolare di un *software* a codice aperto che intenda rendere il proprio prodotto interoperabile deve procedere alla (legittima) ingegneria inversa delle interfacce di programma del *software* proprietario. Dopodiché, i due *software* possono interagire. Nello scenario di un'architettura TC invece questo secondo passaggio potrebbe non avvenire, in quanto il *software* a codice aperto sarebbe soggetto all'eventualità di una negazione della certificazione di sicurezza⁸⁶.

Si noti che anche in questo caso la contrapposizione non è solo con ordinamenti privati che delineano forme di controllo differenti, ma anche con gli ordinamenti statali. In particolare, gli standard TC pongono problemi di compatibilità con la normativa

at minimum a judgment as to how secure is secure enough. Where interoperation is at issue, the potential for considerable anticompetitive mischief may lie in such judgments; one can well imagine the possessor of a dominant market position protecting that position by excluding rival products from interoperation, ostensibly on security concerns, but clandestinely on strategic criteria. Even if the alleged security concerns leading to exclusion are wholly legitimate, concealing no illegitimate anticompetitive motivation, the practical effect of the exclusion may be the same, barring entry to innovative complementary or competing products. Of course, trust management exclusion is difficult if the technical criteria for interoperation are known; competitors may simply design their products to meet the technical standard and enter the market regardless. This entry can be expected in an open market, and helps serve as a check on many types of exclusive design strategies. DRM may be designed to monitor and enforce its own trust criteria but such safeguards can themselves be designed around. However, if legitimate competitors can design around the technical safeguards against untrusted interoperation, so may technicians with more nefarious goals in mind. By the same token, sheltering or concealing the criteria of a technical security standard stymies not only illegitimate attempts at access, but legitimate ones. This double-edged result of standard suppression threatens normal market corrections that depend upon the accessibility to DRM protocols. In particular, the ability of new entrants or other competitors to gain unconsented access to technical protocols necessary for interoperation has been greatly complicated by a legal regime enacted to reinforce the security of DRM technologies».

⁸⁶ SCHOEN, *Trusted Computing: Promise and Risk*, cit.

europea in materia di trattamento dei dati personali. A questo proposito, il consorzio TCG ha avviato un dialogo con il Gruppo di Lavoro per la Tutela dei Dati Personali⁸⁷. Tuttavia, sussistono numerosi profili degli standard TC che continuano ad apparire in contrasto con il diritto europeo⁸⁸.

Sul piano del controllo rigido ed accentrato non mancano però tentativi di elaborazione di standard tecnologici ed assetti istituzionali puntati ad un maggiore equilibrio tra interessi dei titolari delle informazioni ed interessi dei fruitori delle stesse. La mente corre a «Digital Media in Italia» o «dmin.it» un'iniziativa promossa da un «gruppo di precursori» guidati da Leonardo Chiariglione⁸⁹. A tale iniziativa è dedicata una sezione specifica di questo volume. Nell'ambito di questo mio scritto, intendo svolgere solo alcuni rilievi essenziali.

Il gruppo «dmin.it» – interdisciplinare, aperto a chi ne condivide gli scopi, e senza scopo di lucro – a settembre 2006 ha pubblicato una proposta con «l'obiettivo di definire aree di interventi che consentano all'Italia di acquisire un ruolo primario nello sfruttamento del fenomeno globale 'digital media'»⁹⁰.

Il fine ultimo è rappresentato dalla «massimizzazione della circolazione dei digital media», definiti come 'contenuti espressi in bit, trasportabili su reti digitali, elaborabili e fruibili attraverso dispositivi

⁸⁷ V. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Working Document on Trusted Computing Platforms and in particular on the work done by the Trusted Computing Group (TCG group)*, adottato il 23 gennaio 2004, 11816/03/EN, WP 86, disponibile all'URL: http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp86_en.pdf.

⁸⁸ V. CASO, *Un 'rapporto di minoranza': elogio dell'insicurezza informatica e della fallibilità del diritto: note a margine del Trusted Computing*, cit., 43.

⁸⁹ V. il sito Web: <http://www.dmin.it>.

⁹⁰ La proposta è disponibile all'URL: <http://www.dmin.it/proposta/index.htm>.

programmabili'. Il documento propone di raggiungere l'obiettivo agendo sulle modalità di offerta di contenuti, di accesso alle reti a larga banda e sui servizi di pagamento, ma coniugando due fondamentali, ancorché spesso antitetici, requisiti: libertà di azione per le imprese e libertà di accesso ai contenuti per i consumatori».

Per quanto attiene alle modalità di offerta dei contenuti ed in particolare al DRM la proposta afferma quanto segue.

«La prima «gamba» della proposta dmin.it si concretizza in una specifica di Digital Rights Management «interoperabile» (iDRM) adottata a livello nazionale che è pubblica, realizzata in codice sorgente aperto (Open Source), accessibile a tutti ed aperta a modelli di *business* innovativi che permettono la realizzazione di tutti i ruoli legittimi di intermediazione, in particolare quelli che non fanno uso di misure tecniche di protezione.

Il fornitore di contenuti che utilizza una tecnologia DRM proprietaria (pDRM) per offrire contenuti di cui ha diritti per un dato canale di distribuzione deve anche offrirli su quel canale utilizzando la tecnologia iDRM affinché chi è interessato possa accedervi con un dispositivo disponibile sul mercato. L'offerta deve essere fatta a

condizioni eque e non discriminatorie se confrontate con quella fatta con pDRM».

Un successivo documento – intitolato «Specifiche funzionali, azioni normative e governance per la realizzazione della proposta dmin.it»⁹¹ – fornisce «i requisiti giuridici e tecnici che devono essere soddisfatti, elenca una prima lista delle tecnologie necessarie, delle componenti base del sistema e delle interfacce tra le componenti del sistema. Inoltre il documento delinea il processo mediante il quale saranno scelte le tecnologie per ognuna delle tre proposte indicando le tipologie di interventi normativi che si reputano necessari per realizzare le singole proposte e la struttura di ‘governance’ necessaria per il funzionamento dell’ecosistema».

Sebbene l’iniziativa «dmin.it» soffra del limite di individuare come punto centrale del riequilibrio tra titolari e fruitori delle informazioni (nella terminologia del gruppo: «digital media») l’interoperabilità del DRM (mentre, come si è qui evidenziato, molti dei problemi sollevati dal DRM derivano dalla logica di fondo del controllo rigido ed accentrato delle informazioni digitali), alla medesima iniziativa è necessario riconoscere alcuni sicuri meriti.

Il coinvolgimento di giuristi fin dalle prime fasi dell’elaborazione delle proposte e delle azioni ha condotto ad una metodologia ispirata alla filosofia del *value-centered-design* delle tecnologie. Nelle «Specifiche funzionali, azioni normative e governance per la realizzazione della proposta dmin.it» spiccano i «requisiti giuridici [...] che una proposta di tecnologia o soluzione DRM deve soddisfare per poter essere considerata». Tali requisiti giuridici riguardano:

⁹¹ Il documento è disponibile all’URL: «<http://www.dmin.it/proposta/proposta-operativa.htm>».

- a) Il rispetto delle libertà fondamentali, del diritto alla riservatezza e del diritto alla protezione dei dati personali;
- b) gli atti negoziali;
- c) le misure tecnologiche di protezione;
- d) le funzionalità di disattivazione.

A fronte di una tale dinamicità degli ordinamenti privati e della persistenza di prassi diffuse inclini alla violazione del diritto d'autore (come il *file sharing* illecito), la risposta degli ordinamenti statali continua ad essere limitata ad interventi settoriali collocati – per lo più – nelle leggi nazionali sul diritto d'autore⁹².

Ora però è tempo di abbandonare le premesse introduttive e di addentrarci in una selva oscura di regole. E non è detto che alla fine si riesca a riveder le stelle. Quelle del firmamento hollywoodiano ma soprattutto quelle kantiane che brillano nel cielo.

⁹² Alludo – nemmeno a dirlo – all'ondata di interventi che guardano (finalmente) con maggiore diffidenza alle misure tecnologiche di protezione. Ad esempio la legge francese di attuazione della direttiva 29/2001 (Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, disponibile all'URL: «<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX0300082L>») o i progetti di legge nordamericani puntati alla protezione del consumatore di contenuti digitali protetti da MTP (v. Digital Consumer Right to Know Act - S 692 IS, disponibile all'URL: «<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:S.692>»).

PRIMA SESSIONE

DRM, DIRITTO D'AUTORE E CONTRATTO

DRM VS. DIRITTO D'AUTORE: LA PROSPETTIVA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO GIUSTIFICA UNA PROTEZIONE ASSOLUTA DELLE OPERE DELL'INGEGNO DI CARATTERE CREATIVO?

MASSIMILIANO GRANIERI

SOMMARIO: 1. In che rapporto sono le strategie di DRM e il diritto d'autore nell'ottica dell'analisi economica del diritto - 2. Caratteristiche del diritto d'autore come incentivo all'innovazione a contenuto estetico e relative giustificazioni economiche - 3. L'inadeguatezza dei paradigmi tradizionali di protezione dell'innovazione a contenuto estetico in formato digitale - 4. Le strategie di DRM come scelta di un modello decentralizzato di tutela dell'interesse del titolare del diritto - 5. Una suggestione proprietaria: il raffronto tra misure tecnologiche di protezione e le facoltà di cui all'art. 841 c.c. - 6. Incidenza del DRM e, più in particolare, delle misure tecnologiche di protezione sul diritto d'autore e compromissione di alcuni spazi di libertà - 7. Rischi connessi con il superamento dei limiti di utilizzo del diritto d'autore come proprietà limitata e impraticabilità di soluzioni alternative - 8. Le utilizzazioni libere, la logica economica e i limiti all'uso di DRM - 9. La reale incidenza delle misure tecnologiche di protezione sugli interessi degli autori e dei titolari di diritti.

1. In che rapporto sono le strategie di DRM e il diritto d'autore nell'ottica dell'analisi economica del diritto

Stabilire la relazione tra diritto d'autore e sistemi di gestione dei diritti digitali alla luce dell'analisi economica del diritto presuppone risolta la questione circa la giustificazione in termini efficientistici dell'esclusiva assicurata dal diritto d'autore. La risposta, in quest'ottica, potrebbe apparire scontata; ma un'analisi ravvicinata della materia conduce a conclusioni meno immediate.

La letteratura gius-economica, dopo sporadici ma significativi interventi negli anni Sessanta del secolo appena

trascorso, ha intensificato i propri sforzi nei decenni successivi, fino a produrre comprensive trattazioni di tutti gli istituti che compongono la fitta trama in cui si articolano le legislazioni in materia di diritto d'autore¹. Anche dopo l'avvento dell'economia digitale, si è continuato nello sforzo intellettuale, soprattutto nel tentativo di ricostruire il sistema alla luce di fenomeni nuovi, come le esternalità di rete, la standardizzazione o, più di recente, i mercati *multi-sided*, che l'economia dell'informazione ha progressivamente esplorato e che alterano sensibilmente gli effetti sul mercato e i sistemi di incentivi individuali derivanti dal riconoscimento della privativa².

Il dato che connota l'analisi economica è la riconosciuta funzione di incentivo alla produzione di innovazione a carattere estetico che l'attribuzione di un diritto di esclusiva *ex post* (cioè successivo all'attività creativa) conferisce all'autore. Da questo punto di vista, la ricostruzione dell'esclusiva per quanto riguarda il diritto d'autore non è funzionalmente disomogenea a quella offerta per altri diritti di proprietà intellettuale riguardanti l'innovazione a contenuto tecnologico, il brevetto per primo, sebbene gli investimenti necessari per la produzione di tecnologie evolute sia talora di ordini di grandezza superiori rispetto a quelli sostenuti per le creazioni intellettuali a contenuto estetico, come pure diversi sono i cicli di sviluppo. Rispetto alla prospettiva di una produzione di informazione in quantità sub-ottimali, l'esigenza avvertita dal legislatore è quella di individuare un meccanismo giuridico capace di sconfiggere un

¹ Il contributo più apprezzato in questa luce, in ragione anche della trattazione estensiva dei vari aspetti, è quello di W. M. LANDES, R. A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 *Journal of Legal Studies* 325 (1989).

² Per un'analisi delle implicazioni sul piano delle dinamiche del mercato cfr. R. PARDOLESI, A. RENDA, *Appunti di un viaggio nel capitalismo digitale: reti e retaggi culturali nel diritto antitrust*, in N. LIPARI, I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000, 147 ss.

fallimento del mercato rappresentato dalla natura di bene quasi-pubblico dell'informazione, senza necessariamente e parallelamente deprimere, bensì favorendo, lo sforzo individuale (e quindi decentralizzato) in tal senso, rispetto ad un modello centralizzato di produzione della conoscenza e di remunerazione dell'investimento.

Ancorché sia stata discussa, nell'ottica dell'incentivazione individuale, anche la praticabilità di modelli di tipo contrattuale per assicurare al creatore/innovatore una condizione di rispetto della successiva opera a contenuto creativo/innovativo e, quindi scongiurare *ex ante* il rischio di *free ride* – con ovvie conseguenze dal punto di vista dei costi transattivi e della garanzia di rispetto degli obblighi assunti dai terzi contrattualmente –, e in presenza di suggestioni derivanti dal mondo del *software* libero circa la possibilità di ottenere un livello adeguato di produzione della conoscenza anche al di fuori di una logica di remunerazione di tipo economico, la struttura di incentivo sulla quale tradizionalmente l'analisi economica del diritto appare convergere è quella data dal riconoscimento di un diritto (che somiglia alla proprietà) in capo a colui che si sia fatto carico dello sforzo innovativo, producendo un oggetto intangibile dai pregi corrispondenti a quelli positivamente individuati dalla norma.

Il godimento dell'esclusiva da parte dell'innovatore dovrebbe assicurare un recupero degli investimenti (umani e materiali) effettuati per arrivare alla creazione e un incentivo a reinvestire le proprie capacità per la generazione di ulteriore conoscenza.

2. Caratteristiche del diritto d'autore come incentivo all'innovazione a contenuto estetico e relative giustificazioni economiche

Le caratteristiche del diritto d'autore, come diritto di proprietà intellettuale rispetto a forme di protezione riguardanti certi oggetti, si

spiegano in ragione sia degli incentivi da dare agli autori, sia dell'interesse sociale a che la nuova conoscenza prodotta non sia troppo a lungo sottratta all'accesso da parte di tutti³.

L'intera struttura del diritto d'autore è un tentativo di contemperare interessi contrapposti, favorendo innanzitutto la certezza del diritto a vantaggio sia di chi crea, sia di chi ha bisogno di conoscenze altrui per creare a sua volta o cimentarsi in attività imprenditoriali⁴. Ne consegue, per esempio, la limitazione della protezione alla forma espressiva (piuttosto che anche all'idea ad essa sottesa o alla funzione)⁵. E da siffatta ultima caratteristica derivano due ulteriori tratti distintivi del diritto: l'irrilevanza di formalità costitutive per il sorgere dell'esclusiva – la quale discende dall'atto di creazione da parte dell'autore e non dalla concessione di un ufficio –, e la durata necessariamente circoscritta della protezione perché non si arrestino i processi di innovazione incrementale né la diffusione della conoscenza.

La limitazione temporale dell'esclusiva è riconnessa – con ragionamento che può essere esteso agli altri diritti di proprietà intellettuale che per natura scadono – alla presumibile diminuzione nel tempo del beneficio marginale associato alla posizione di vantaggio, rispetto all'aumento dei costi sociali marginali derivanti dal persistente «divieto d'accesso» a carico del «pubblico dominio pagante»⁶. La durata della protezione deriva dall'integrale delle due

³ LANDES, POSNER, *An Economic Analysis*, cit., 325.

⁴ «Copyright protection [...] trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place»; così ancora LANDES, POSNER, *An Economic Analysis*, cit., 326.

⁵ Cfr., da ultimo, Cass. 27 ottobre 2005, n. 20925, in *Foro it.*, 2006, I, 2080, con nota di G. CASABURI.

⁶ Il riferimento al beneficio marginale individuale può essere fuorviante, poiché l'interesse a godere dell'esclusiva può rimanere in capo al titolare del diritto anche a distanza di molti anni. Basti pensare alla durata dei brevetti sui farmaci (oggetto di note vicende) o, per quanto riguarda il diritto d'autore, alle pressioni che si sono

funzioni di costo e di beneficio, secondo una previsione che è rimessa di volta in volta alla discrezionalità dei legislatori (e alla indiscrezione dei lobbisti⁷)⁸.

Il diritto di esclusiva è un diritto al controllo sull'utilizzo della risorsa protetta. Il controllo presuppone un elemento della realtà costituito da una replica dell'opera protetta, sia essa una copia o una riproduzione o una rappresentazione (a seconda dell'oggetto del diritto).

3. L'inadeguatezza dei paradigmi tradizionali di protezione dell'innovazione a contenuto estetico in formato digitale

Si fa spesso riferimento all'avvento delle tecnologie digitali come all'evento che, nel corso della storia, ha scosso il modello del diritto d'autore facendo sembrare inadeguati, almeno agli occhi dei titolari, gli strumenti di tutela apprestati dalla normativa. In realtà, le minacce al godimento dell'esclusiva sono una conseguenza costante dell'evoluzione tecnologica in genere posto che, dai caratteri a stampa di piombo, la tecnica fino ad oggi ha compiuto evidenti passi in avanti. D'altra parte, il diritto d'autore come sistema normativo ha

avute (talora efficacemente) per estendere il termine di scadenza della protezione. Il beneficio cui deve farsi riferimento è quello connesso con il recupero, in un periodo di tempo definito, degli investimenti effettuati (anche in termini di costi opportunità) e la remunerazione per eventuali ulteriori investimenti che il titolare voglia intraprendere. Sul prolungamento della durata del diritto d'autore come strategia che «would [not] do anything to increase incentives to create», cfr. autorevolmente, L. LESSIG, *Free Culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, New York, 2004, 232, ove anche un ampio resoconto della vicenda *Eldred v. Ashcroft*.

⁷ Si allude alle vicende che hanno portato, negli Stati Uniti, al prolungamento dei termini di durata della protezione da diritto d'autore con il *Sonny Bono Copyright Term Extension Protection Act*, per gli interessi nemmeno nascosti di un certo editore statunitense.

⁸ W. J. GORDON, R. G. BONE, *Copyright*, 1610 *International Encyclopedia of Law and Economics* 189, 198 (1999).

meno di trecento anni, se si fa risalire l'origine allo Statuto di Anna (1710), in parte dei quali il progresso scientifico e tecnologico ha avuto una accelerazione prima inimmaginabile⁹.

Per le strategie di sfruttamento delle risorse da parte della c.d. industria culturale, il salto di qualità nelle forme di aggressione del diritto d'autore si è avuto con la produzione di apparecchiature di ri-produzione (nel senso di possibilità ripetuta di fruizione e possibilità di copiatura) come beni di consumo, disponibili a coloro che, prima di allora, erano stati semplici fruitori passivi delle opere protette.

I sistemi di riproduzione a largo consumo mettono in crisi il controllo dal punto di vista economico, perché il controllo presuppone un'architettura che rende possibile perseguire chi si sia macchiato di contraffazione, quando questa avvenga su larga scala (quindi, come pirateria). Al contrario, una ragionevole prospettiva di *enforcement* richiede che il costo connesso con l'attivazione dei poteri previsti dalla legge in favore del titolare del diritto resti, al margine, inferiore al beneficio atteso. Ciò è possibile ove l'attività di copiatura illegittima avvenga in maniera più o meno centralizzata. Moltiplicatosi il numero dei potenziali 'copiatori', per effetto della diffusione delle predette tecnologie, non esistono rimedi in grado di restituire convenientemente il controllo al titolare del diritto e, dunque, di raggiungere il contraffattore allo stesso livello in cui dovrebbe avvenire il consumo.

È da questo momento in poi – con un inasprimento in corrispondenza dell'affermarsi delle tecnologie digitali¹⁰ – che i

⁹ Vedi U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in G. PASCUZZI, R. CASO (a cura di), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, 43 ss. Una ricostruzione storica si ritrova anche in LESSIG, *Free Culture*, cit., 85 ss.

¹⁰ Il grande salto di qualità delle tecnologie digitali risiede nel fatto, peraltro evidenziato per tempo da G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie*

titolari del diritto d'autore iniziano a perseguire una strategia di *enforcement* a livello intermedio, che cerca sì di dissuadere gli utenti finali dei beni protetti, ma che mira risolutamente a criminalizzare il comportamento di quanti propongano sul mercato tecnologie di riproduzione, nella doppia accezione di cui si è detto¹¹.

Dunque, l'idea di dover arrestare possibili condotte strumentali alla contraffazione, quando sia ancora economicamente possibile, muove da lontano, a partire dalla prima traccia di siffatto tentativo, rappresentata dagli sviluppi di *Sony v. Universal Studios*¹². Il resto è storia nota, proseguita lungo le dorsali telematiche. Si è passati attraverso *Napster* e¹³, sempre nel tentativo di criminalizzare l'intermediario, si è finito per creare un mostro a molte teste che si chiama *peer-to-peer*. Sennonché, dal punto di vista giuridico ed economico, le architetture *end-to-end*, secondo un modello di rete tendenzialmente illimitata, non fanno altro che esacerbare il problema della tutela contro gli usi non autorizzati. La soluzione di colpire gli utenti finali attraverso una responsabilità diretta è apparsa conseguentemente illusoria ed economicamente irrazionale, sebbene le *major* non abbiano mai smesso di perseguire individualmente i presunti contraffattori.

informatiche e regole privatistiche, Bologna, 2002, che l'attività di riproduzione perde il significato di creazione di copie, in quanto nel mondo digitale copia e originale sono indistinguibili. Basta questo per far collassare uno dei presupposti alla base dell'analisi economica classica del diritto d'autore, vale a dire quello della ridotta qualità della copia rispetto all'originale; lo si veda esposto in LANDES, POSNER, *An Economic Analysis*, cit., 329.

¹¹ Strategia descritta da J. LITMAN, *Digital Copyright*, New York, 2001, 167, come l'unica possibile.

¹² Court of Appeals (USA) 19 ottobre 1981, *Universal City Studios Inc. v. Sony Corp. of America*, in *Foro it.*, 1984, IV, 22, con nota di G. PASCUZZI.

¹³ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F.Supp. 2d 896 (ND Cal. 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, 239 F.3d 1004 (CA9 2001).

In *Grokster* – che rappresenta storicamente l'evoluzione di un conflitto iniziato con la digitalizzazione – si celebra il tentativo dei giudici di creare in capo al produttore di tecnologie abilitanti una forma di responsabilità sussidiaria, secondo i canoni della *vicarious liability*¹⁴. Chi fornisce un software che ha un uso potenzialmente contraffattivo è esso stesso responsabile a titolo di responsabilità secondaria (per induzione alla contraffazione) oppure per concorso in contraffazione (*contributory infringement*).

Rispetto alla scelta di arrivare a sanzionare il produttore della tecnologia abilitante, si pone una questione che in questa sede può essere solo accennata, ma che è centrale per la comprensione della complessità della materia: quella di coniugare l'esigenza di tutelare l'innovazione creativa senza penalizzare o deprimere gli incentivi al progresso tecnologico. Come la Corte suprema statunitense ha poi riconosciuto, a conferma della natura complessa di quel sistema normativo: «[t]he more artistic protection is favored, the more technological innovation may be discouraged; the administration of copyright is an exercise in managing the trade-off»¹⁵.

4. Le strategie di DRM come scelta di un modello decentralizzato di tutela dell'interesse del titolare del diritto

Il percorso di utilizzo dei sistemi di DRM per tutelare le opere digitali muove dalla consapevolezza che punire gli intermediari risolve parzialmente il problema, mentre perseguire giudizialmente tutti gli utenti finali delle tecnologie abilitanti rimane impossibile¹⁶.

¹⁴ Come la stessa Corte suprema specifica in *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., et al., v. Grokster Ltd., et al.*, 545 U.S. 913 (2005), i possibili utilizzi della *vicarious liability* sono prodotti delle corti di *common law* (p. 13 dell'originale).

¹⁵ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., v. Grokster*, p. 10 dell'originale.

¹⁶ «Stopping each of them – scrive LITMAN, *Digital Copyright*, cit., 167 – is not the sort of task that litigation does best – especially when the basis for their liability is murky».

A nessuno sfugge l'artificio retorico della Corte suprema statunitense in *Grokster* quando interpreta se stessa nel precedente di *Universal Studios v. Sony*, introducendo una distinzione tra *actual knowledge* e *constructive knowledge* a proposito dell'elemento soggettivo che deve connotare l'azione di chi produce e distribuisce il software per lo scambio di file in modalità *peer-to-peer*. Ai fini del riconoscimento della responsabilità vicaria, non basta la semplice conoscenza da parte del produttore della possibilità di un uso per finalità non consentite (tra le non molte alternative) da parte dell'utente finale. Occorre che ci sia una conoscenza presunta (*constructive*) proprio dell'utilizzo vietato.

La distinzione alla base dell'argomento è talmente sottile da risultare evanescente. L'utilizzo di una tecnologia – che di per sé difficilmente può dirsi buona o cattiva, posto che non è compito del giurista quello di dare giudizi di valore¹⁷ – è il medesimo. Gli elementi differenziali dell'utilizzo sono la finalità e il tipo di contenuto veicolato che, con specifico riguardo ai *software peer-to-peer*, dipende da una scelta che è e resta dell'utente finale, anche se il produttore abbia chiaramente sollecitato l'acquisto del programma per finalità contrarie alla legge oppure «non poteva non sapere» (questo il senso della presunzione) che uno degli usi sarebbe stato contraffattorio¹⁸. Ma se si considera che lo stesso prodotto abilitante

¹⁷ Bontà e cattiveria non sono predicati conosciuti dal lessico giuridico e, come tali, difficilmente possono entrare nel processo di motivazione di una scelta di tipo normativo o giurisdizionale. Sul senso della discriminazione della tecnologia in logica manichea cfr. R. CASO, *Il declino del diritto d'autore nell'era digitale: dalle misure tecnologiche di protezione al «Digital Rights Management»*, in *Foro it.*, 2004, II, 610, nonché ID., *“Modchips” e diritto d'autore, La fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, 185.

¹⁸ «The classical instance of inducement – spiega la corte in *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., v. Grokster* (p. 20 dell'originale) – is by advertisement or solicitation that broadcasts a message designed to stimulate others to commit violations».

può essere utilizzato dal consumatore finale simultaneamente, per finalità consentite e per finalità vietate, il ruolo del produttore della tecnologia diviene irrilevante. Senza considerare quali incertezze e quali disincentivi all'innovazione possa introdurre nel sistema l'affermazione di una responsabilità basata su una presunzione di consapevolezza di fronte ad un fenomeno che è capillare non soltanto per il titolare del diritto d'autore, bensì anche per chi produce tecnologie destinate ad avere un utilizzo assai diffuso e, anche in ragione di ciò, diversificato.

A fronte delle difficoltà di perseguire con successo una strategia di gestione giurisdizionale dei rischi di contraffazione, la scelta del titolare del diritto finisce con il seguire la strada della decentralizzazione della tutela, ma di una tutela che non è più legale, bensì tecnologica. Il controllo a livello di singolo utilizzatore (dunque, la soluzione di gestione del diritto digitale) è ottenuto attraverso la scelta di un espediente tecnologico a monte, il quale rimuove la possibilità fisica che un contenuto venga utilizzato in maniera non conforme al modello di sfruttamento prefigurato dal titolare, a prescindere dal tipo di tecnologia disponibile per la fruizione. In questo senso, sarebbe anche appropriato parlare di gestione digitale del diritto, perché è la tecnologia digitale che si sostituisce al diritto nella tutela di un interesse primario.

Si tratta di una tendenza che, come noto, trova l'avallo dei legislatori, a partire dalla World Intellectual Property Organization, la quale, nel Trattato del 1996, dispone che gli stati riconosceranno rimedi giuridici contro la violazione di misure tecnologiche di protezione efficaci usate dagli autori in connessione con i loro diritti e che restringono atti, relativi alle loro opere, non autorizzati dagli autori stessi «o permessi dalla legge»¹⁹. Si tornerà su questa specifica

¹⁹ In questo modo dispone l'art. 11, al quale fa eco l'art. 18 con riguardo alle esecuzioni o ai fonogrammi.

previsione normativa, non senza registrare come da quel momento in poi la reazione degli ordinamenti è stata pedissequa, dagli Stati Uniti, all'Europa²⁰.

Naturalmente, i legittimati (dalla norma) alla strategia di *self-help* sono un insieme che contiene quello dei soggetti effettivamente interessati all'apposizione di misure tecnologiche di protezione (i titolari dei diritti di sfruttamento) come sistema di gestione dei diritti digitali²¹. È bene che questo aspetto venga posto in luce, perché evidenzia dal punto di vista economico, oltre che il reale punto di incidenza degli interessi, un dato che la dottrina più accorta non ha mancato di sottolineare, vale a dire il collegamento della strategia di DRM con un modello di *business* che assume implicitamente la natura imprenditoriale dei soggetti interessati²².

È quanto meno singolare che il ricorso a un modello decentralizzato di protezione, affidato alla prepotenza della tecnologia – nel presupposto dell'inadeguatezza degli strumenti tradizionali del diritto d'autore –, persegua una finalità uguale e contraria al modello di fruizione della conoscenza basato su requisiti di apertura. Il sistema che fa utilizzo delle licenze *copyleft* per perpetuare la circolazione del codice sorgente in chiaro nella materia del software muove dalla critica alla eccessiva rigidità della normativa sul diritto d'autore e dalla scarsa attenzione verso processi

²⁰ Sull'evoluzione della teoria, con maggiore dettaglio S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritto connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, 2004, 343 ss.

²¹ «[T]ale apposizione – scrive la ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritto connessi*, cit., 333 – potrà essere concordata dai titolari elencati ma sarà decisa e realizzata dal soggetto che controlla il processo industriale di produzione e distribuzione presso il pubblico, normalmente il produttore fonografico o il produttore cinematografico o i loro aventi causa, oppure il produttore del *software* o il costituente della banca dati».

²² In dottrina R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004, 12 ss.

incrementali di produzione della conoscenza. Dunque, una critica diametralmente opposta a quella che anima i sostenitori del DRM.

A voler analizzare dal punto di vista economico le due correnti di insofferenza verso il diritto d'autore, occorrerebbe dire che la prima, vale a dire quella che giustifica il ricorso alle misure tecnologiche di protezione, mira a incorporare il sistema di controllo direttamente nel bene per far sì che non esistano costi transattivi né di *enforcement*²³. Il ruolo del contratto passa in secondo piano, poiché le sue previsioni sono tradotte in oggetti²⁴; ma si tratta probabilmente di una versione più insidiosa del carattere unilaterale che una licenza *end-user* inevitabilmente presenta. Naturalmente, l'obliterazione del consenso non è indolore da altri punti di vista, posto che la manifestazione di volontà è strumento anche di tutela di una parte debole, sia per le condizioni economiche dello scambio sia, tra le altre cose, per l'accettazione del trattamento dei dati personali che è connaturato nell'operazione di fruizione dell'opera protetta²⁵.

L'utilizzo delle licenze *copyleft*, rinviando a quanto altrove più approfonditamente sostenuto, ambisce a correggere gli eccessi che la protezione di natura proprietaria conferisce ai titolari, nell'interesse delle generazioni successive di innovatori²⁶. La

²³ Costatazione presente anche in C. GALLI, *Il dibattito sulla proprietà intellettuale*, in J. DELONG, R. A. EPSTEIN, H. LEPAGE, T. PALMER, *La proprietà (intellettuale) è un furto? Riflessioni su un diritto per il futuro*, Catanzaro, 2006, 18.

²⁴ Da questo punto di vista si capisce quando CASO, *Digital Rights Management*, cit., *passim*, parla di natura reale del DRM.

²⁵ Sulle minacce derivanti alla *privacy* cfr. CASO, *Digital Rights Management*, cit., 112. Senza voler entrare nel dettaglio della discussione, vale la pena di accennare anche alla problematica del rispetto delle norme imperative di protezione. Se la misura tecnologica contraddice nella sostanza alla norma inderogabile, che nella forma resta ossequiata, vi è un evidente problema di rispetto della legge che potrebbe essere elusa attraverso la tecnologia.

²⁶ Sia consentito il rinvio a M. GRANIERI, *Proprietà, contratto e status nell'industria dell'informazione. Per una visione criticamente relazionale dell'economia digitale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 111.

strategia di controllo dei costi transattivi si basa, in questo caso, sulla scelta di standardizzazione degli strumenti contrattuali con i quali si fanno circolare le risorse protette sin dal momento della loro creazione. I fenomeni delle licenze GPL, LGPL (e, per quanto riguarda più da presso l'innovazione a contenuto creativo), delle licenze Creative Commons poggiano sull'accettazione di un modello contrattuale e sulla possibilità di assoggettare l'opera creata direttamente ad un regime circolatorio che non è quello assoluto dal titolare del diritto d'autore tradizionalmente inteso.

5. Una suggestione proprietaria: il raffronto tra misure tecnologiche di protezione e le facoltà di cui all'art. 841 c.c.

Il DRM, si è detto, è una strategia di conformazione dell'uso di un bene protetto alle esigenze del titolare del diritto d'autore (o del creatore, nell'ipotesi di non coincidenza)²⁷. La strategia si attua anche attraverso l'impiego di 'palizzate' tecnologiche, rappresentate dalle misure tecnologiche di protezione e, nelle versioni più recenti e insidiose, da sistemi di *mandatory access control*, come il noto *trusted computing*²⁸.

L'accento sul carattere escludente della proprietà intellettuale – non condivisibile, per molti versi, come distintivo²⁹ – porta a chiedersi se l'esercizio del diritto di apposizione di misure tecnologiche di protezione non possa assimilarsi alla facoltà del proprietario di recingere il fondo, positivamente prevista dall'art. 841

²⁷ Di conformazione all'uso dell'informazione parla CASO, *Il (declino del) diritto d'autore*, cit., 612.

²⁸ Non pare risolta la questione della corrispondenza tra DRM e misure tecnologiche di protezione, ritenendosi, da parte di alcuni, che il DRM può essere una strategia che prescinde dal ricorso a misure di protezione. Se, tuttavia, ci si pone nell'ottica economica sin qui privilegiata, si comprende che non altra funzione richiedono i titolari dei diritti da strategie di DRM che quella di un controllo all'accesso.

²⁹ Cfr. R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e «liaisons dangereuses»*, in *Foro it.*, 2003, V, 193.

c.c. e, come recita ruvidamente la formula stessa, esercitabile in qualsiasi momento. La disposizione fa riferimento all'appartenenza di cose fisiche e soprattutto di quella risorsa (immobiliare) che ha ispirato storicamente l'idea stessa di proprietà come ci è stata tramandata nelle codificazioni. L'accostamento è forzato, ma lo si dia per accettabile per un istante, almeno a livello di formante legislativo³⁰.

Occorre andare alla produzione giurisprudenziale per rendersi conto di come questa facoltà connessa con il «terribile diritto» incontri, nonostante l'assolutezza delle prerogative dominicali, almeno una limitazione. Da sempre la giurisprudenza di legittimità ripete che la facoltà prevista nell'art. 841 c.c. deve essere attuata in modo tale che l'eventuale esercizio di servitù gravanti sul fondo non deve essere impedito, né reso scomodo³¹. Si devono contemperare le esigenze del proprietario con quelle di eventuali terzi che sul bene vantano posizioni di vantaggio, ancorché di intensità minore.

Se la logica fosse importata nel dominio del diritto d'autore e se l'apposizione delle misure tecnologiche di protezione fosse il modo di recingere una proprietà che non si vede, occorrerebbe concludere che la strategia di DRM non può essere incondizionata, come invece minaccia di essere e come in effetti molti paventano.

Invero, proprietà e mezzi di recinzione non sono punto la stessa cosa; il riconoscimento della proprietà è un valore superiore a

³⁰ Eppure, autorevolmente R. A. EPSTEIN, *La libertà contro la proprietà?*, in *La proprietà (intellettuale) è un furto?*, cit., 171, ha utilizzato il paragone per far risaltare il contrasto tra diritto d'autore e libertà d'espressione, allo stesso modo di come la proprietà incide sulla libertà di movimento.

³¹ Tra le molte cfr., da ultimo, Cass. 11 novembre 2002, n. 15796, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Servitù*, n. 22, per esteso in *Riv. not.*, 2003, 1014.

quello della mera affermazione di una facoltà di recingere³². Quest'ultima, per lo meno nella materia dei diritti digitali, risponde alla scelta di controllo a livello decentrato dal quale muoveva la presente riflessione. Eppure, sembrerebbe che i legislatori abbiano postulato un'omogeneità di valori, addirittura al punto di criminalizzare il comportamento di chi rimuove le misure tecnologiche di protezione, così come risponde di danneggiamento chi, a mente dell'art. 635 c.p., distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui e, tra queste, sicuramente eventuali opere di recinzione. Sembra un'esagerazione quella di voler utilizzare la sanzione addirittura penale per tutelare non già la proprietà, ma uno strumento di tutela della proprietà, al punto che taluni ritengono trattarsi di una forma di autotutela di per sé illegittima, in quanto adottata a prescindere da una deroga positivamente prevista al divieto generale sussistente nell'ordinamento³³.

La stessa pretesa omogeneità tra diritto di proprietà sui beni tangibili e proprietà intellettuale non viene, però, condivisa (dal legislatore) quando si tratta di riconoscere, come fa la giurisprudenza a proposito dell'art. 841 c.c., che anche una facoltà intimamente connessa ad una situazione proprietaria può subire limitazioni³⁴.

³² È ovvio che la facoltà è concepibile soltanto ove (pre-)esista il diritto, mentre non è logicamente pensabile il contrario.

³³ ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, cit., 326, sostiene che il modello di tutela giuridica adottato dal legislatore statunitense nel DMCA per le misure tecnologiche di protezione è quello contrattuale.

³⁴ In altri formanti, è del tutto pacifica l'assimilazione delle due proprietà. Dice Justice Breyer in *Grokster* (p. 13 della *concurring opinion*), che «deliberate unlawful copying is no less an unlawful taking 'of property' than garden-variety theft» (apici aggiunti). Del resto, lo stesso Steve Jobs, *Thoughts on Music*, all'URL: <<http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic>>, ultima visita il 1° aprile 2007, utilizza l'espressione «stolen music» o «theft».

6. Incidenza del DRM e, più in particolare, delle misure tecnologiche di protezione sul diritto d'autore e compromissione di alcuni spazi di libertà

Invero, i sistemi di DRM, nella versione più virulenta di cui sono capaci i titolari dei diritti (e, dunque, quando sono operative misure tecnologiche di protezione), sono strumenti di conformazione dell'utilizzo del bene che non solo arrivano a comprimere fortemente le possibilità di accesso, ma tendono a rimuovere i limiti congeniti allo stesso diritto d'autore, fino a sostituirsi prepotentemente al diritto stesso.

A prescindere dalla qualificazione della privativa come limite ad un regime di libera appropriazione dei beni intangibili o, alternativamente, come principio generale di allocazione delle risorse, il riconoscimento dell'esclusiva non è mai assoluto³⁵. Convenzionalmente, si può riconoscere che la proprietà intellettuale in genere (e il diritto d'autore nello specifico) soggiace a tre limitazioni.

Primo, e forse più evidente, limite del diritto d'autore è quello temporale. A fronte dell'eternità di ciò che viene creato, la relativa forma di protezione è soggetta a scadenza³⁶. Una misura tecnologica di protezione che sopravvivesse alla scadenza della protezione avrebbe inevitabilmente l'effetto di precludere l'ingresso incondizionato della conoscenza nel pubblico dominio e,

³⁵ «Anche un fermo sostenitore dei diritti di proprietà intellettuale – scrive J. DELONG, *In difesa della proprietà intellettuale*, in *La proprietà (intellettuale) è un furto?*, cit., 22 s. – può credere che essi debbano essere subordinati ad altri valori, in particolari contesti».

³⁶ La ragione economica del limite temporale risiede nell'inutilità che si avrebbe nell'assicurare, dopo molto tempo, la titolarità a qualcuno: «no benefits (yet potentially substantial costs) in perpetuating ownership beyond the period necessary to enable the author or publisher to recoup the fixed costs of creating the work»; LANDES, POSNER, *An Economic Analysis*, cit., 362.

probabilmente, di perpetuare la posizione di controllo dell'originario titolare³⁷.

Il secondo ordine di limiti è quello che discende dalla natura territoriale dell'esclusiva, più accentuata nel diritto nascente dal brevetto, ma non del tutto assente, quanto meno *quoad effectum*, nel diritto d'autore. L'operare delle misure tecnologiche di protezione potrebbe incidere sull'esaurimento del diritto, che è limite interno della proprietà intellettuale, e potrebbe favorire una compartimentazione artificiale di mercati.

Il terzo limite che caratterizza il diritto d'autore è quello connesso con i possibili utilizzi del bene intangibile protetto. Con riguardo ad essi, la tematica è più complessa perché concerne tanto il titolare del diritto, quanto i terzi. Invero, l'esclusiva è caratterizzata da diverse facoltà, la cui somma vale a ricostruire la posizione complessiva del titolare³⁸. Siffatte facoltà consentono al titolare molteplici usi e rappresentano anche i limiti all'interno dei quali il titolare stesso può disporre della risorsa, esercitando l'autonomia privata. La concessione di una licenza a terzi (anche utilizzatori finali) può, dunque, contenere restrizioni e limitazioni d'uso. Anzi, è proprio conformando la fruizione da parte di terzi che chi dispone dei diritti di sfruttamento economico del diritto d'autore organizza l'impresa culturale.

La misura tecnologica di protezione può sottrarre all'utente per mezzo della tecnologia ciò che il titolare stesso ha conferito

³⁷ Non si può rendere il ragionamento più complesso di quello che appare, ma per rendersi conto del pericolo che una prospettiva come quella delineata nel testo reca basterà riflettere sulla possibilità che la risorsa protetta sia divenuta uno standard, ovvero che sussistano costi di commutazione già di per sé rilevanti connessi con la scelta, da parte dei consumatori, di utilizzare beni diversi.

³⁸ Se il novero delle facoltà interne al diritto sia in numero chiuso o illimitata è questione ancora dibattuta in dottrina; cfr., specificamente sul punto, DELONG, *In difesa della proprietà intellettuale*, cit., 44.

contrattualmente. L'immissione in commercio di un bene digitale protetto fa sì che l'utilizzatore finale sia controllato nell'utilizzo, senza che, paradossalmente, sia l'autore o il distributore ad esercitare in prima persona il controllo. L'alienazione del bene da parte del titolare del diritto significa perdita del controllo, affidata ormai alla misura tecnologica di protezione, e dunque perdita della possibilità di adattare la fruizione del bene a eventuali cambiamenti nel contenuto del regolamento contrattuale tra titolare del diritto e utilizzatore finale.

Riguardo ai terzi, la struttura stessa delle fonti del diritto prefigura una serie di facoltà che il pubblico può esercitare al riparo da responsabilità per interferenza con il diritto del titolare.

Con la consueta chiarezza, Lessig ha distinto tre diverse ipotesi di uso all'interno della legislazione federale statunitense in materia di diritto d'autore da parte di soggetti diversi dai titolari³⁹. La prima forma di utilizzo è quella che non comporta in alcun modo l'applicazione della legge (*free use*). L'utilizzo può essere libero sia perché in nessun modo collegato alle prerogative del titolare del diritto (per esempio, leggere un libro in biblioteca), sia perché ormai svincolato dai poteri del titolare (per esempio, perché il libro che si legge è stato acquistato pagando un prezzo). Esistono poi una serie di usi regolati; si tratta di tutti i casi in cui un determinato utilizzo dell'opera è positivamente disciplinato dalla legge (per esempio, la traduzione della stessa a fini di pubblicazione).

Infine, vi è un complesso di utilizzazioni che la legislazione statunitense accomuna sotto la categoria del *fair use* e che soltanto parzialmente è omologabile alle utilizzazioni libere previste nel diritto italiano. La particolarità del *fair use* e, per quanto più da presso concerne l'aspetto comparativo, la non omologabilità a concetti più familiari al giurista continentale, discende dalla natura di

³⁹ LESSIG, *Free culture*, cit., 139 ss.

eccezione degli utilizzi considerati *fair*. Tutto ciò si riassume dicendo che la *fair use doctrine* altro non è se non una difesa contro l'accusa di contraffazione⁴⁰.

La conclusione cui perviene Lessig è che l'avvento della tecnologia digitale ha sostanzialmente ridotto l'ambito degli utilizzi liberi (prima tipologia). Poiché sulla Rete e, in generale, nell'economia digitale, l'utilizzo di una risorsa protetta implica sempre la creazione di una copia (per giunta indistinguibile dall'originale), cioè la riproduzione, e quest'ultima è l'attività che determina l'applicazione della legge, i pregressi spazi di libertà si sono ridotti. Le utilizzazioni libere dovrebbero compensare questa perdita di spazi di libertà, che appare paradossale quanto più si pensa a Internet come ad un'area di accresciuta libertà. Le prospettive di un rinnovato ruolo del *fair use* sono, invece, a loro volta compresse dalle misure tecnologiche di protezione.

Dunque, l'eccesso nel diritto di recingere la proprietà intellettuale ha effetti su tutti i limiti intrinseci della medesima, ma la combinazione del DRM con le conseguenze della digitalizzazione del sapere incidono particolarmente su quegli spazi di libertà che non erano mai stati invasi dalla logica della privativa.

7. Rischi connessi con il superamento dei limiti di utilizzo del diritto d'autore come proprietà limitata e impraticabilità di soluzioni alternative

È evidente che la compressione della libertà, inizialmente riconosciuta dalla stessa norma, di utilizzare la conoscenza umana per produrne di ulteriore è tanto più intollerabile quanto più intrinsecamente il bene digitale protetto si presta ad un ri-uso. La

⁴⁰ Sull'estensione del *fair use* come limite esterno della proprietà intellettuale cfr. *Leiber v. Napster*, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Diritto comparato*, n. 386, per esteso in *Dir. ind.*, 2001, 26.

letteratura gius-economica aveva riconosciuto che uno dei costi connessi al riconoscimento dell'esclusiva in capo al creatore era legato alla necessità di ottenere il consenso dai titolari originari anche se l'obiettivo del potenziale utilizzato fosse stato quello, sempre nobile, di accrescere la conoscenza⁴¹. Dinamica nota e ricondotta al fenomeno della *tragedy of the anticommons*, come scenario caratterizzato da una superfetazione di vincoli proprietari i quali, alla lunga, avrebbero finito per contraddire la stessa logica che ne aveva raccomandato l'adozione, posto che situazioni di blocco reciproco paralizzano i cicli di produzione. Siffatte circostanze dissuaderebbero i più dall'intrapresa, per l'ovvio rischio di incorrere nell'*hold up* monopolistico o per quello, più serio, di incorrere in contraffazione.

Ancorché i *derivative works* siano comuni rispetto ad ogni forma di diritto d'autore, il pregiudizio maggiore derivante dalla situazione descritta è più forte, come noto, nel campo del *software*, il quale, tuttavia, merita un discorso a parte⁴². Se, infatti, l'inadeguatezza del modello proprietario di riferimento impone un suo ripensamento e un riequilibrio, tenuto conto dei ridotti spazi di libertà concessi dalle norme e dai fenomeni della digitalizzazione, è bene cominciare proprio da quelle vicende che hanno portato non allo squilibrio, ma allo snaturamento del diritto d'autore. Tra queste, l'inclusione dei programmi per computer tra gli oggetti tutelabili e la nascita di quello che è noto come *copyright* tecnologico⁴³.

⁴¹ Sul punto cfr. GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 195, ove opportuni riferimenti di letteratura.

⁴² Come giustamente riconoscono GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 201, dal punto di vista economico è necessaria maggiore indagine empirica per stabilire quanto e se sia importante l'innovazione incrementale nei settori dell'innovazione a contenuto creativo.

⁴³ Per una ricostruzione delle vicende statunitensi ed europee sia consentito rinviare a M. GRANIERI, *Evoluzione del diritto statunitense sulla tutela brevettuale e profili di contrasto con le dinamiche concorrenziali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 29 ss.

Di forzatura storicamente si è trattato, che non ha tenuto conto delle specificità ontologiche del *software* e delle conseguenze che sarebbero derivate per effetto dell'uso di una forma di protezione chiaramente pensata per tecnologie analogiche. Dunque, nell'ambito tecnologico (dove è più odiosa la restrizione all'utilizzo della risorsa coperta dal diritto d'autore) si registra anche l'inadeguatezza originaria del modello di protezione, peraltro oggi fortemente adeguato alle esigenze degli sviluppatori attraverso le licenze *copyleft*. Il modello alternativo che qui si afferma è relazionale e si impernia sul ruolo del contratto, portando la proprietà sullo sfondo⁴⁴.

Come si diceva in apertura, l'analisi economica ha in passato tentato di argomentare in favore del contratto come strumento di incentivazione *ex ante* della produzione di conoscenza; «[i]n theory, a prospective author might try to contract with free riders in advance of creation». Tuttavia, senza l'attribuzione di un titolo, «in the real world, high transaction costs and free-riding often frustrate pre-committment strategies». Che spesso succeda non significa, però, che la violazione degli obblighi e il collasso dell'opzione contrattuale siano la regola. Il modello è destinato a fallire soltanto in quelle situazioni (che nessuno sa statisticamente se essere molte) in cui non vi è condizione di reciprocità tra innovatore e utilizzatore. Nel mondo del *software open source* tutti sono al tempo stesso utilizzatori e creatori; la reciprocità è connaturale al modello di relazione e ciò, con qualche accorgimento (per esempio, le clausole virali delle licenze GPL o assimilabili) è sufficiente a rendere il contratto (la licenza) lo strumento migliore per assicurare incentivi alla produzione⁴⁵.

⁴⁴ GRANIERI, *Proprietà, contratto e status*, cit., 125.

⁴⁵ Sull'affermazione di un modello soggettivo in cui il produttore e il consumatore coincidono nella materia del *software* cfr. A. R. MEO, M. BERRA, *Informatica solidale. Storia e prospettive del software libero*, Torino, 2001, 234. Si tratta di una di quelle situazioni in cui le *community norms* sono più efficienti della regolazione

Che quella della continuità soggettiva tra creazione e uso del *software* libero sia una constatazione di tipo sociologico non toglie valenza esplicativa alla vincolatività dello strumento contrattuale, sul piano sociale prima ancora che sul piano giuridico. Il medesimo modello contrattuale sarebbe astrattamente possibile con riguardo alle innovazioni a contenuto estetico; ciò presupporrebbe una trasparenza nella strategia di DRM e l'attuazione di misure tecnologiche di protezione «volontarie»⁴⁶, ma, per ragioni di effettività, anche una comunanza di valori tra *major* cinematografica (per quanto riguarda la musica, per esempio) e ascoltatore. L'inadeguatezza dei rimedi contro l'inadempimento e i rischi che si corrono con la perdita di controllo dell'opera su Internet sconsigliano, e nei fatti prevengono, l'uso dello strumento contrattuale.

8. Le utilizzazioni libere, la logica economica e i limiti all'uso di DRM

Tolto, soltanto idealmente, dal giro il *software*, il problema del rapporto tra diritto d'autore e misure tecnologiche di protezione diviene quello di comprendere se l'avvento delle tecnologie digitali debba importare una rinuncia agli spazi delle utilizzazioni libere.

L'analisi economica del diritto ha da sempre ricostruito il *fair use* (più in generale, la categoria di usi che determinano una deroga nell'applicazione della legge sul diritto d'autore) sulla base di considerazioni di costo transattivo. In alcune ipotesi positivamente disciplinate, i costi transattivi sono maggiori non soltanto del costo vivo di utilizzo di una risorsa – quale può essere il prezzo del

statale; osservazione che risale a R. D. COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1643 (1996).

⁴⁶ Sul punto ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, cit., 331.

consenso del titolare del diritto d'autore – bensì addirittura dell'intero *surplus* cooperativo che deriverebbe dalla transazione. In queste ipotesi, pur avvenendo uno scambio, non si crea valore e, come effetto retro-indotto, la risorsa non circola⁴⁷. La motivazione che giustifica il *fair use* non risiede nel fatto che l'interesse dell'utilizzatore può essere soddisfatto ad un costo più basso del sacrificio imposto al titolare del diritto, anche se vi sarebbe spazio per giustificazioni di efficienza Kaldor-Hicks quando il beneficio derivante all'utente compensa in maniera non lineare il costo imposto al titolare.

Vero è che ogni qual volta lo scambio non avviene per ragioni di costo transattivo e l'utilizzo della risorsa sarebbe tale da non pregiudicare il suo titolare, il mancato sfruttamento della risorsa rappresenta una situazione sub-ottimale dal punto di vista paretiano. Si è in presenza di uno dei casi che, secondo il paradigma di Calabresi e Melamed, giustificano il ricorso alla appropriazione non consensuale della risorsa (il *taking*)⁴⁸.

Nella prospettiva, sin qui privilegiata, di ricostruzione del DRM come una facoltà connessa alla posizione del titolare del diritto d'autore, ancorché sottoposta a limiti, non si può non convenire sul fatto che là dove la misura tecnologica limiti la propria applicazione a ciò che già la norma (prima ancora che la tecnologia) preclude, non possono porsi convincenti eccezioni al suo utilizzo. Ovviamente, su ciò che sia preferibile da altri punti di vista, è questione di valori sulla quale non ci si può dilungare in questa sede. Quando, però,

⁴⁷ Riassuntivamente, LANDES, POSNER, *An Economic Analysis*, cit., 357 ss.

⁴⁸ È contro l'obiezione all'uso non autorizzato dell'opera protetta da parte del titolare del diritto d'autore che si può argomentare in termini di costo; ciò spiega la natura di eccezione del *fair use*. In realtà, LANDES, POSNER, *An Economic Analysis*, cit., 358, non sembrano persuasi dall'idea di usare il *taking* come giustificazione perché ciò, in relazione all'elevato numero di potenziali *tortfeasors*, farebbe lievitare i costi connessi con la persecuzione dei contraffattori.

l'uso della misura di protezione diviene abuso del diritto di recingere, in quanto si eccede rispetto a ciò che la norma consente, la logica economica potrebbe non essere più in sintonia con le ragioni proprietarie.

Il discorso dovrebbe essere condotto secondo due linee di argomentazione: l'una riguardante il DRM, cioè la strategia di difesa, l'altra il diritto vero e proprio, inteso come contenuto che viene delimitato. Il vero problema risiede nella definizione della proprietà o, se si preferisce, nel delineare i confini impalpabili in corrispondenza dei quali andranno poi poste segnalazioni o recinzioni⁴⁹. Per ragioni morfologiche, il discorso può essere più chiaro negli ordinamenti di *common law*, dove l'enfasi è deliberatamente posta sull'attività di copiatura e, di riflesso, su coloro che si pongono come intermediari nella distribuzione di contenuti. La ragione economica dell'esclusiva è chiara; se si pensa ad un libro, il maggior costo non è la stampa (almeno, non nel presente momento storico), ma il complesso delle attività che danno visibilità all'opera e credibilità alla casa editrice. In altre parole, l'attività più dispendiosa è rappresentata dal mantenimento di una rete distributiva. Da questo punto di vista, ogni argomento che voglia ridiscutere le basi di un'architettura siffatta e, in definitiva, imputare al diritto d'autore i costi di accesso degli esordienti nei circuiti culturali, non può non confrontarsi con la constatazione per cui l'autoreferenzialità dei mercati può essere vinta soltanto sfruttando,

⁴⁹ Non a caso si fa riferimento alle segnalazioni perché la strategia di DRM può anche presupporre la fornitura di informazioni agli utenti, come è quella dell'etichetta virtuale, oppure di altre 'istruzioni di uso' che conformano lo sfruttamento della risorsa (cfr., indicativamente, H. LEPAGE, *Proprietà industriale, proprietà intellettuale e teoria della proprietà*, in *La proprietà (intellettuale) è un furto?*, cit., 70). Sull'obbligo di apposizione del contrassegno c.d. virtuale sulle opere protette si vedano le vicende del decreto legge 22 marzo 2004, n. 72 (c.d. Decreto Urbani), convertito poi nella legge 21 maggio 2004, n. 128.

ad un certo e inevitabile livello di costo, canali distributivi già ampiamente conosciuti e collaudati⁵⁰.

Nel mondo digitale tutto cambia, perché i costi di produzione tendono a confondersi col costo di distribuzione e, quest'ultimo, ad essere pressoché nullo. Sarebbe facile argomentare che, se i costi dell'impresa culturale scendono drammaticamente, forse il diritto d'autore non ha più ragione di esistere – per lo meno nella misura in cui continua a tutelare gli interessi dell'intermediario e non (anche) quelli del creatore; quest'ultimo, infatti, non perché vive nel mondo digitale fatica meno a produrre opere originali e rilevanti per l'interesse della collettività. Anzi, probabilmente lo sforzo intellettuale richiesto è superiore perché la facilità di accesso da parte di altri richiede maggiore qualità, secondo una logica virtuosa di un processo concorrenziale.

Il ragionamento appena svolto assume implicitamente che la distribuzione sia un'attività diretta a trasferire supporti (cioè le copie) realizzati dal (o con il consenso del) titolare di un diritto d'autore. Circostanza non più vera per un verso, perché il mutamento di architettura ha disgregato la distribuzione e ha fatto sì che una delle modalità di fruizione dell'opera digitale sia la copia. Si è detto, infatti, che «riprodurre» sulla Rete può voler dire «fruire nuovamente» dell'opera, ma anche «produrre ulteriormente» nel senso di copiare nell'accezione tradizionale⁵¹. Per altro verso, tuttavia, la diversa natura dell'attività di copiatura non muta i

⁵⁰ A meno di non disporre di contenuti *premium*; ma ciò presuppone vinto il circolo dell'autoreferenzialità e, quindi, riporta al problema indicato nel testo.

⁵¹ La LITMAN, *Digital Copyright*, cit., 177, ha sostenuto che l'attività di copiatura non è essenziale alla struttura del *copyright*. La concentrazione delle leggi sul diritto d'autore deriva non dall'intrinseca invasività dell'attività di copiatura, ma perché al tempo del loro concepimento «copies were easy to find and easy to count, so they were a useful benchmark for deciding when a copyright owner's rights had been unlawfully invaded».

presupposti di applicabilità della legge, la quale, proprio nel momento in cui la distribuzione prescinde dal supporto come prova della copia, vede aumentato il proprio ambito precettivo in ragione della pervasività dei presupposti di applicazione, vale a dire le attività di fruizione. La copia, comunque intesa, continua ad essere il fattore che determina l'applicazione del diritto d'autore.

Dunque, l'intera architettura è cambiata e ciò ha concorso a modificare le strutture di incentivo individuale alla produzione, alla distribuzione e alla fruizione dell'innovazione estetica, senza un mutamento parallelo nella normativa, la quale poggiava, tra l'altro, sulla logica dell'incentivo. A dire il vero, la norma è cambiata, ma in senso peggiorativo, continuando a giustificarsi sulla base di una artificiosa distinzione tra distribuzione e copiatura, divenute concettualmente indistinguibili nel dominio del digitale. Così, l'aumento delle capacità di fruizione viene ricostruito dagli utenti come un accresciuto spazio di libertà (i formati digitali permettono attività prima impensabili), mentre dai distributori come un'intollerabile moltiplicazione di transiti su una proprietà privata che, di conseguenza, deve essere custodita a ogni costo.

Ovviamente, l'analisi economica, mentre difende il concetto di proprietà, non arriva – e in questo la logica economica è meno opinabile – a giustificare fino in fondo un innalzamento dei limiti alla proprietà intellettuale, perché non vi è un costo corrispondente che cresce a carico di chi si trovi nella titolarità del diritto.

Quando inizialmente si è detto che i limiti alla proprietà intellettuale derivano da un'integrale dei costi marginali sociali, non si è voluto anche assumere che siffatte grandezze sono destinate a rimanere immutate; storicamente, non lo sono mai state e non soltanto perché sono aumentate le forme di compromissione del diritto d'autore, ma anche e soprattutto perché sono cambiati radicalmente la natura dei beni e i rispettivi cicli di consumo (oltre

che, in rapporto alla durata della protezione, i tassi di obsolescenza). Se i cicli di consumo si riducono, se scattano esternalità di rete, se i tassi di obsolescenza dei prodotti aumentano, vuol dire quanto meno che l'estensione temporale del diritto, oppure l'impiego dell'esclusiva in settori diversi (si pensi alle banche dati) si giustificano con qualche maggiore difficoltà in termini di benefici che ne dovrebbero discendere.

Allo stesso modo, se il costo sociale aumenta in dipendenza di ridotti spazi per utilizzazioni libere e, tra queste, quelle che consentono un'innovazione incrementale, vuol dire che anche l'altro termine dell'integrale non sorregge più gli argomenti originari. Come dovrebbe risultare chiaro da quanto detto in precedenza, restringere un'utilizzazione libera per ragioni di costi transattivi (magari semplicemente perché si vuole vietare qualche altro comportamento) non produce vantaggi individuali al titolare del diritto d'autore, ma causa un'inattività del potenziale utilizzatore che si riflette in un costo sociale. La conclusione è difficilmente controvertibile: non esistono argomenti economici per giustificare una situazione che, economicamente, non è di equilibrio paretiano.

Soltanto in parte i legislatori hanno condiviso la logica economica fino alle conseguenze da ultimo raggiunte. Come si ricorderà, il trattato WIPO del 1996 ammetteva l'uso delle misure tecnologiche di protezione per la restrizione di comportamenti che non fossero autorizzati dagli autori oppure «permessi dalla legge». Vi è stato, dunque, un momento in cui la legislazione dettava un criterio di equilibrio tra esigenza del titolare e pubblico dominio. A livello di legislazioni nazionali le soluzioni sono divenute di nuovo autoreferenziali⁵²: non soltanto è lo stesso legislatore, di volta in

⁵² Per l'Italia, cfr. art. 102-*quater*, l.d.a., che fa riferimento esclusivamente a tecnologie, dispositivi e componenti che, «nel normale corso del loro

volta, a decidere quali siano le utilizzazioni libere – in assenza di una clausola generale di *fair use* – e, dunque, rispetto a quali comportamenti la rimozione dei limiti al diritto d'autore è illegittima, bensì la stessa facoltà di utilizzo delle misure tecnologiche di protezione pare essere divenuta gerarchicamente preferita ai diritti dei terzi. Tutto ciò è tanto più manifestamente esagerato se si pensa che la facoltà di apporre misure tecnologiche di protezione deriva da un diritto concesso dall'ordinamento al minimo delle formalità di controllo e, si potrebbe dire, quasi auto-attribuito dall'autore a se stesso⁵³.

9. La reale incidenza delle misure tecnologiche di protezione sugli interessi degli autori e dei titolari di diritti

Rimane da considerare un'ultima questione, alla quale si è fatto riferimento in precedenza, vale a dire quella del punto di reale incidenza delle misure tecnologiche di protezione sui vari interessi in gioco. Finora si è parlato di titolare dei diritti o di autore o di creatore, ma dal punto di vista soggettivo il diritto d'autore contempla una pluralità di entità che non avvertono allo stesso modo i mutamenti imposti dalle tecnologie digitali. Opportunità e inconvenienti incidono secondo intensità e in maniera diversificate.

Tipicamente l'interesse alla recinzione è di colui che deve trarre profitti dallo sfruttamento dell'innovazione culturale, per compensare l'attività di impresa e remunerare gli autori⁵⁴. Anche

funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti».

⁵³ Ne discende che i costi sociali connessi ad un *copyright* «easily-granted, long-lived» non sono così bassi come si crede o ci si aspetta; la conclusione è di GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 203.

⁵⁴ Cfr., per esempio, LEPAGE, *Proprietà industriale, proprietà intellettuale e teoria della proprietà*, in *La proprietà (intellettuale) è un furto?*, cit., 66, secondo il quale il «sistema del *copyright* legale è una disposizione che funziona essenzialmente a

rispetto a questa semplice constatazione, tuttavia, il discorso è meno scontato di quanto non appaia, perché i ruoli sono talora sovrapposti e perché i mercati di riferimento stanno cambiando. Pubblicare un libro e far sì che non venga copiato è un interesse decisivo della casa editrice. L'autore, come persona fisica, può essere, al contrario, persino felice della pirateria, perché questa aumenta la notorietà.

In contesti più complessi, è però lo stesso autore ad avvertire l'incertezza e, per certi versi, l'ingiustizia nella diffusione non autorizzata dei suoi contenuti e ad avere un interesse al rispetto dei propri diritti. Di recente, alcuni mezzi di stampa hanno riportato la notizia di un quotidiano cinese che ha intentato un'azione contro il sito Web Tom.com perché riutilizzava articoli tratti dalla testata per arricchire il proprio portale⁵⁵. Il diritto d'autore e, prima ancora, la possibilità di rispetto dei diritti dei giornalisti sono, in questi casi, garanti di architetture complesse e di mercati *multi-sided* nei quali la sopravvivenza dei mezzi di comunicazione, all'insegna del pluralismo informativo, dipende da equilibri complessi. La letteratura economica non è ancora sufficientemente sofisticata nella ricostruzione delle leggi che disciplinano domanda e offerta dei beni piattaforma; è ragionevole azzardare però che, nel settore della carta stampata, la qualità dei contenuti sia la determinante delle scelte dei consumatori e degli inserzionisti che si convincono all'acquisto. Il diritto d'autore è ancora, fino a dimostrazione del contrario, lo strumento attraverso il quale chi gestisce la testata mette d'accordo i molti lati del mercato. Per ragioni economiche, si dirà; e forse meno nobili dell'esigenza del portale di turno di offrire contenuti ai navigatori della rete, ma assicurando anche uno standard di qualità e

beneficio della professione degli editori, migliorando il loro potere di monopolio presso gli autori. Questa è la sua vera funzione» (nota omessa).

⁵⁵ Cfr. l'articolo dal titolo *Copyright suit in China fires opening salvo in media war*, apparso sul Khaleej Times del 7 gennaio 2007. La testata cinese cui si fa riferimento è il Beijing News.

MASSIMILIANO GRANIERI

un pluralismo che non ammettono discriminazioni né preferenze sul piano dei mezzi di comunicazione.

CIRCOLAZIONE DELLA CONOSCENZA, DRM E LIMITI DEL DIRITTO D'AUTORE

CLAUDIO DI COCCO

SOMMARIO: *1. Introduzione: la tensione fra progresso tecnologico e tutela della proprietà intellettuale - 2. I limiti del diritto d'autore - 3. Il digital copyright e le misure tecnologiche di protezione - 4. DRM, misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni - 5. Conclusioni.*

1. Introduzione: la tensione fra progresso tecnologico e tutela della proprietà intellettuale

L'analisi del delicato rapporto fra sistemi di Digital Rights Management (DRM)¹ e limiti del diritto d'autore nel contesto normativo vigente offre l'opportunità di riflettere su uno dei temi centrali nell'attuale dibattito sulla tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione.

¹ Sui profili e le caratteristiche generali dei cc.dd. Digital Rights Management Systems fra i molti v. *infra*, R. CASO, *Forme di controllo delle informazioni digitali: il Digital Rights Management*; ID., *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004; S. ERCOLANI, *L'Europa e i sistemi di Digital Rights Management*, in *Boll. SIAE*, 3, 2002, 83; WIPO, *Digital Rights Management*, in *Intellectual Property on the Internet: a Survey of Issues*, WIPO/INT/02, Geneva, 2002, reperibile sul sito <<http://ecommerce.wipo.int>>, 60 e ss.; P. SAMUELSON, *Digital Rights Management {and, or, vs.} the Law*, in *Communications of the ACM*, 46, 4, 2003, 41; Commissione della Comunità europea, *Digital Rights. Background, Systems, Assessment*, 14 febbraio 2002 (SEC(2002) 197), in cui si compie una ricognizione sullo stato dell'arte in materia e si analizzano i principali sistemi di DRM presenti sul mercato; P. B. HUGENHOLTZ (ed.), *Copyright and Electronic Commerce: Legal Aspects of Electronic Copyright Management*, The Hague, 2000; J. E. COHEN, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, in 12 *Berkeley Tech. L.J.*, 161 (1997); per un'analisi delle caratteristiche tecniche dei DRM v. E. BECKER, W. BUSHE, D. GUNNEWIG, N. RUMP, *Digital Rights Management*, Berlino, 2003.

La necessità di un temperamento fra esigenze di tutela (ivi compresi i relativi strumenti atti a garantirla) e interessi dei singoli fruitori e della collettività alla circolazione delle opere dell'ingegno (e dunque, in ultima analisi, della conoscenza) è infatti oggi quanto mai sentito nel contesto digitale.

Da un lato, vanno registrati gli sforzi dei titolari dei diritti d'autore di rimpadronirsi del controllo sulla circolazione delle opere dell'ingegno attraverso l'adozione di strumenti in grado di risultare efficaci anche nel nuovo ambiente telematico, attualmente contraddistinto (inutile negarlo) da una illegalità diffusa².

² Secondo una ricerca recentemente pubblicata dalla Insight Research, nel 2007 sarà investito un miliardo di dollari in sistemi DRM a livello mondiale, mentre nel 2012 si attende una spesa globale di 9 miliardi di dollari. V. l'URL: «<http://www.itweek.co.uk/vnnet/news/2185545/drm-spending-reach-9bn-2012>». Il rapporto completo, intitolato *Streaming Media, IP TV, and Broadband Transport: Telecommunications Carriers and Entertainment Services 2006-2011: a market research report*, è disponibile sul sito della Insight Research Corporation: «<http://www.insight-corp.com/reports/IPTV06.asp>».

In merito alle dimensioni del fenomeno della pirateria delle opere digitali (*on-line* e *off-line*) sono numerose le statistiche elaborate in particolare nel campo musicale: fra queste v. *The recording industry 2006 Piracy Report*, redatto annualmente dalla International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), reperibile all'indirizzo URL: «www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006.pdf»; N. J. MICHEL, *The Impact of Digital File Sharing on the Music Industry: An Empirical Analysis*, in *Topics in Economic Analysis & Policy*, Vol. 6, 1, 2006, Article 18, disponibile all'URL: «<http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=bejeap>»; A. ZENTNER, *File Sharing and International Sales of Copyrighted Music: An Empirical Analysis with a Panel of Countries*, in *Topics in Economic Analysis & Policy*, Vol. 5, 2005, 1, Article 21, disponibile all'indirizzo Web «<http://www.bepress.com/bejeap/topics/vol5/iss1/art21>». Anche dalle statistiche che interessano il settore dei programmi per elaboratore in ambito europeo emerge un dato significativo: secondo lo studio pubblicato nel 2007 dalla IDC («www.idc.com»), commissionato dalla *Business Software Alliance* (BSA), il tasso di pirateria nell'Unione europea è stato del 36% nel 2006, mentre in riferimento al mercato italiano è al 51% sempre nel 2006, in riduzione di 2 punti percentuali rispetto al 2005. L'Italia resta così, anche per il 2007, nella c.d. «Watch List» del Ministero per il Commercio USA che censisce i Paesi in cui la proprietà intellettuale dei prodotti

Dall'altro, emerge contemporaneamente l'insofferenza degli utenti e, più in generale, del mercato all'adozione di strumenti di controllo sempre più pervasivi e costrittivi³.

non è considerata dal governo americano sufficientemente tutelata; v. il sito Web [«http://w3.bsa.org/eupolicy/press/newsreleases/2007-global-piracy-study.cfm»](http://w3.bsa.org/eupolicy/press/newsreleases/2007-global-piracy-study.cfm).

³ In Europa, uno dei principali distributori di opere musicali *on-line*, la tedesca Musicload (appartenente al gruppo Deutsche Telekom), ha recentemente rivelato come il 75% dei propri clienti abbia dichiarato di aver avuto «problemi» con i sistemi di DRM adottati dalla piattaforma di distribuzione. V. il sito Web: [«http://punto-informatico.it/p.aspx?i=1929946»](http://punto-informatico.it/p.aspx?i=1929946).

In tal senso, hanno destato non poche perplessità le caratteristiche del nuovo DRM integrato nel sistema operativo Microsoft Windows Vista. Si veda in particolare la relazione pubblicata dal prof. Peter Guttman, dell'Università di Auckland, *A Cost Analysis of Windows Vista Content Protection*, reperibile all'indirizzo: [«http://www.cs.auckland.ac.nz/~pgut001/pubs/vista_cost.html»](http://www.cs.auckland.ac.nz/~pgut001/pubs/vista_cost.html).

Peraltro, il Commissario europeo per i diritti dei consumatori Meglena Kuneva ha rilasciato nel mese di marzo 2007 una dichiarazione nella quale critica apertamente prodotti quali iTunes, in quanto comportanti una ingiustificata limitazione nelle possibilità di fruizione dei contenuti da parte dei consumatori, vincolati ad una specifica tecnologia hardware.

Negli stessi giorni, una posizione analoga è stata formalmente assunta in Norvegia dal difensore civico dei consumatori. Il Norwegian Consumer Ombudsman, su denuncia dell'associazione di consumatori norvegesi Forbrukerradet, ha infatti decretato l'illegalità del sistema iTunes, ordinando ad Apple di liberalizzare il suo sistema di *download* musicale entro il primo ottobre 2007, pena l'avvio di una procedura legale. V. il sito Web: [«http://www.repubblica.it/2005/b/sezioni/scienza_e_tecnologia/mondomac/ueapple/ue-apple.html»](http://www.repubblica.it/2005/b/sezioni/scienza_e_tecnologia/mondomac/ueapple/ue-apple.html). Su questo caso, ma più in generale sul (difficile) rapporto fra consumatori e DRM, in particolare nei rapporti contrattuali con i titolari dei diritti, si veda *infra*, N. LUCCHI, *DRM, contratto e protezione dei consumatori*.

Di analoghe iniziative legali si ha notizia in Germania, Francia e Finlandia. V. il sito Web: [«http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1863637»](http://punto-informatico.it/p.aspx?id=1863637).

Lo stesso Steve Jobs, del resto, poco tempo prima del caso norvegese sopra ricordato aveva pubblicato una dichiarazione nella quale si schierava a favore dell'eliminazione dei sistemi di DRM ed anzi invitava anche le case discografiche a rinunciarvi (v. il sito Web: [«http://www.apple.com/it/hotnews/thoughtsonmusic/»](http://www.apple.com/it/hotnews/thoughtsonmusic/)) ed alcune di queste lo hanno effettivamente fatto o stanno considerando l'opportunità di farlo (v. il sito Web: <http://www.emigroup.com/Press/2007/press18.htm>). Resta il fatto che il sistema di distribuzione adottato da iTunes Music

Le cronache recenti non hanno poi mancato di portare alla ribalta casi in cui le tecnologie adottate per la protezione dei contenuti digitali hanno esposto gli utenti a rischi potenzialmente anche gravi (ricordiamo, in particolare, il clamoroso caso Sony/BMG del 2005)⁴.

In questo scenario prosegue lo sforzo del legislatore, molto attivo nell'ultimo decennio, per approntare un comparto normativo realmente efficace ai fini della tutela della proprietà intellettuale (sforzo i cui esiti sono però in larga parte ancora da verificare)⁵.

Store si presta a critiche sotto più profili: v. *infra*, G. MAZZOTTI, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso iTunes*.

⁴ V. T. MARGONI, *Il conflitto tra Digital Rights Management e privacy nel caso Sony-rootkit*, in *Dir. Internet*, 2006, 519; *infra*, N. LUCCHI, *DRM, contratto e protezione dei consumatori*.

Per i possibili profili di rilievo penale in tale caso e, più in generale, nell'utilizzo di sistemi di DRM v. S. BISI, *Diritto d'autore e libertà dell'utente legittimo: profili di illiceità penale dei sistemi di DRMS*, in *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, S. BISI, C. DI COCCO (a cura di), Bologna, 2006, 245 e ss.

⁵ Proprio in questi giorni è in corso di approvazione la proposta di direttiva europea dedicata alla tutela penale della proprietà intellettuale, iniziativa legislativa volta ad armonizzare il sistema sanzionatorio europeo in materia; v. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2006) 168 definitivo, 2005/0127 (COD). Il testo della proposta è reperibile all'URL: «[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0168/_com_com\(2006\)0168_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0168/_com_com(2006)0168_it.pdf)».

La suddetta proposta di direttiva dedicata alla tutela penale della proprietà intellettuale non ha mancato di sollevare perplessità, in particolare per il venir meno della punibilità delle violazioni commesse per «fini di profitto». Nello stabilire che gli Stati membri devono provvedere «a qualificare come reato qualsiasi violazione intenzionale del diritto di proprietà intellettuale commessa su scala commerciale, la complicità e l'istigazione della violazione stessa» (art. 3), l'art. 2 del testo approvato dal Parlamento europeo il 25 aprile 2007 prevede, infatti, che per «violazione su scala commerciale» si debba intendere «la violazione di un diritto di proprietà intellettuale commesso per ottenere un vantaggio commerciale; ciò esclude atti compiuti da un utilizzatore privato per fini personali e non di lucro». Sul tema

Il tema del bilanciamento fra interessi individuali dei titolari dei diritti d'autore e fruitori delle opere, e quindi della tensione fra esigenze di tutela e interesse alla circolazione dell'opera dell'ingegno è del resto da sempre fortemente avvertito. Ma è certamente vero che in relazione al contesto tecnologico emergono questioni del tutto peculiari, *in primis* a motivo delle caratteristiche dei nuovi strumenti e metodi di protezione introdotti a salvaguardia in particolare delle opere digitali destinate a circolare via Internet. Questa tensione va così assumendo una fisionomia inedita e si presenta quale snodo centrale nell'attuale dibattito internazionale.

2. I limiti del diritto d'autore

Nel nostro ordinamento nazionale la tutela del diritto d'autore, come noto, si ritiene affondi le sue radici in valori riconosciuti a livello costituzionale (in particolare lo sviluppo della persona umana, art. 2; lo sviluppo e la libertà dell'arte e della scienza, artt. 9 e 33; il diritto al e la tutela del lavoro, artt. 4 e 35; la libertà di espressione e manifestazione del pensiero, art. 21; la tutela della proprietà privata, art. 42), ma deve convivere con interessi (spesso) contrastanti, a loro volta di rango costituzionale, riconosciuti in capo ai singoli fruitori delle opere dell'ingegno e/o alla collettività (si pensi al diritto alla riservatezza, allo sviluppo culturale, ancora al diritto di libertà di espressione e manifestazione del pensiero, *etc.*)⁶.

v. G. CORASANITI, *Sanzioni penali e diritto d'autore: proposte di riforma e tendenze normative europee*, in *Dir. autore*, 2006, 1-13.

⁶ Sul fondamento costituzionale del diritto d'autore ed i suoi limiti v. L. C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. 6, Torino, 1989, 370; ID., *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, Milano, 2003, 10 e ss., 279 e ss.; D. SARTI, *Introduzione l.a.*, in P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997, 1783 e ss., con ampi richiami alla dottrina sul tema; sulle sentenze della Corte costituzionale in argomento v. V. M. DE SANCTIS, *La Corte costituzionale e il diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 1995, 428 e ss. In merito alla natura stessa del diritto d'autore

A salvaguardia di questo equilibrio, delicato ma di fondamentale importanza, sono previsti dall'ordinamento alcuni limiti al diritto d'autore. Limiti che possono avere origine diversa: innanzitutto interna alla stessa disciplina d'autore, limiti attraverso i quali si manifesta la *ratio* stessa del riconoscimento della tutela d'autore, quale strumento per la promozione del progresso culturale della collettività; esterna alla disciplina d'autore, quali i diritti previsti a vantaggio dei singoli e della collettività da altre fonti dell'ordinamento, diritti a volte ritenuti di valore equivalente, a volte sovraordinato, a quello d'autore (quale, ad esempio, il diritto alla riservatezza)⁷; infine, limiti più generalmente posti a salvaguardia del corretto funzionamento del sistema giuridico (il generale limite del c.d. abuso del diritto).

Orbene, attraverso l'introduzione dei sistemi di DRM il timone di questo rapporto fra prerogative dell'autore ed interessi concorrenti pare essere stato (almeno al momento) decisamente indirizzato a favore dei titolari dei diritti d'autore.

Gli attuali sistemi DRM presenti sul mercato, infatti, prevedono quale elemento caratteristico (anche se teoricamente non imprescindibile) l'utilizzo di strumenti di protezione tecnologica dei diritti d'autore⁸. Queste misure, per le loro peculiarità e per la

v. E. PIOLA-CASELLI, A. ARIENZO, F. BILE, *Diritti d'autore*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. 1, Torino, 1960, 675 e ss.

⁷ Sull'argomento v. *infra*, A. PALMIERI, *DRM e disciplina della protezione dei dati personali*; J. MONDUCCI, *DRM e privacy*, in BISI, DI COCCO (a cura di), *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, cit., 287 e ss.; R. LATTANZI, *Protezione dei dati personali e diritti di proprietà intellettuale: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Jus*, 2005, 233.

⁸ Il DRM è cosa diversa e distinta dalle misure tecnologiche che (eventualmente) ingloba e non va identificato con esse; è ben vero che la maggior parte degli attuali sistemi di DRM utilizzati nel mercato includono misure tecnologiche di protezione, ma queste restano componenti eventuali di un sistema più complesso di governo dei diritti sull'opera dell'ingegno. In merito alla distinzione fra DRM e misure

disciplina oggi vigente ad esse dedicata, in molti casi possono incidere, anche in modo significativo, sul corretto funzionamento in primo luogo proprio dei limiti interni previsti dalla stessa disciplina a tutela del diritto d'autore, riducendone di fatto (e oggi anche di diritto) la funzionalità. Ci si riferisce in particolare ai casi di c.d. libera utilizzazione (oggi «eccezioni e limitazioni» nella nostra legge sul diritto d'autore)⁹, ma anche al generale limite della durata stessa delle privative patrimoniali d'autore, che possono subire una sostanziale compressione od anche una totale compromissione¹⁰.

3. *Il digital copyright e le misure tecnologiche di protezione*

Le ragioni di tale fenomeno vanno ricercate innanzitutto nell'impostazione dell'attuale disciplina a tutela del diritto d'autore

tecnologiche di protezione, v. R. CASO, *Il «Signore degli Anelli» nel cibernazio: controllo delle informazioni e Digital Rights Management*, in M. BORGHI, M. L. MONTAGNANI (a cura di), *Proprietà digitale*, Milano, 2006, 109; *infra*, E. PROSPERETTI, *Il Digital Rights Management come via per la creazione di regole certe nel rapporto tra consumatore e titolare dei diritti nella circolazione dei contenuti audiovisivi*.

⁹ V. Capo V, l. 22 aprile 1941, n. 633, protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, pubblicata in G.U. 16 luglio 1941, n. 166.

¹⁰ Sul tema, in ambito nazionale, v. G. MAZZIOTTI, *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario*, in *Dir. autore*, 2004, 150; G. ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *Annali it. dir. autore*, 2005, 569; L. NIVARRA, *La proprietà intellettuale tra «mercato» e «non mercato»*, in *Riv. critica dir. privato*, 2004, 517; P. DI FABIO, *La nuova normativa sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale dell'opera dell'ingegno*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 413; A. M. CASELLATI, *Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'art. 6.4 della direttiva europea e sua attuazione in Italia*, in *Dir. autore*, 2003, 360; V. M. DE SANCTIS, *Misure tecniche di protezione e libere utilizzazioni*, in *Dir. autore*, 2003, 1; M. FABIANI, *Le eccezioni e limitazioni ai diritti degli autori nella Direttiva 2001/29/CE e nella sua attuazione nei Paesi della Comunità*, in *Dir. autore*, 2005, 137; S. STABILE, *Il diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Dir. ind.*, 2004, 88. Sul tema, con particolare riferimento al delicato rapporto fra DRM e dominio pubblico, v. *infra*, A. GLORIOSO, *DRM e pubblico domino*.

voluta dal legislatore, prima a livello internazionale e poi nazionale, che vale la pena richiamare brevemente.

Ad operare l'adeguamento della disciplina internazionale alle tecnologie digitali e telematiche (introducendo il c.d. *digital copyright*) sono stati in particolare i trattati elaborati in seno alla WIPO¹¹: il WIPO Copyright Treaty (WCT) e il WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), approvati all'unanimità il 20 dicembre 1996 dai 127 paesi aderenti all'organizzazione¹². Ai principi contenuti nei suddetti trattati si è data attuazione prima negli Stati Uniti d'America, con il Digital Millennium Copyright Act (DMCA, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 1998) e quindi in Europa con la direttiva 2001/29/CE su taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (in G.U.C.E. 22 giugno 2001, L 167/10). La direttiva è stata a sua volta attuata nel nostro ordinamento nazionale con il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68 (in G.U. 14 aprile 2003, n. 87).

Oltre al principio generale che impone di riconoscere all'autore sostanzialmente le medesime prerogative valide per il «mondo fisico» anche nel mondo digitale di Internet e la previsione

¹¹ World Intellectual Property Organization-WIPO (o Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale-OMPI).

¹² Il WCT e il WPPT sono stati approvati dal Consiglio dell'Unione europea a nome della Comunità europea con la Decisione del Consiglio del 16 marzo 2000 (relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del trattato WIPO sul diritto d'autore e del trattato WIPO sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, 2000/278/CE, G.U.C.E. 11 aprile 2000, L 89/6).

Sul tema v. P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies: il digital copyright nei trattati OMPI, nel DMCA e nella normativa comunitaria*, Milano, 2005; M. FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford, 2002; M. L. MONTAGNANI, *Dal peer-to-peer ai sistemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione on line*, in *Dir. autore*, 2007, 1.

del c.d. «making available right»¹³, due sono gli elementi qui di specifico interesse: l'introduzione di una disciplina di tutela delle misure tecnologiche di protezione e il nuovo quadro complessivo delle libere utilizzazioni¹⁴.

¹³ V. art. 8 e 10 rispettivamente del WCT e del WPPT. Nell'ordinamento italiano v. l'art. 16 della l. 633/1941, così come modificato dal d. lgs. 68/2003 di attuazione della direttiva 2001/29/CE: «Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico [Omissis] comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente», specificando poi come tale diritto «non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico».

¹⁴ Quale forma di «limitazione interna» al diritto d'autore rileva naturalmente anche il c.d. principio dell'esaurimento che, per economicità espositiva, non si può qui analizzare approfonditamente.

Basti ricordare come proprio in relazione alle nuove tecnologie telematiche sia stato introdotto, prima a livello comunitario e quindi nazionale, uno specifico regime per quanto attiene al principio dell'esaurimento delle opere dell'ingegno distribuite per via telematica.

Ricalcando quanto già statuito in materia di banche di dati (cfr. «considerando» n. 33 direttiva 96/9/CE) e dopo aver ribadito la validità del principio dell'esaurimento in caso di vendita nella Comunità dell'originale o di una copia dell'opera, il legislatore comunitario ha indicato come «La questione dell'esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto di servizi 'on-line'. Ciò vale anche per una copia tangibile di un'opera o di altri materiali protetti realizzata da un utente di tale servizio con il consenso del titolare del diritto. Perciò lo stesso vale per il noleggio e il prestito dell'originale e delle copie di opere o altri materiali protetti che sono prestazioni in natura. Diversamente dal caso dei CD-ROM o dei CD-I, nel quale la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, cioè in un bene, ogni servizio 'on-line' è di fatto un atto che dovrà essere sottoposto ad autorizzazione, se il diritto d'autore o i diritti connessi lo prevedono» («considerando» n. 29, direttiva 2001/29/CE).

Il principio è stato poi fissato nell'articolato della direttiva sia in relazione al diritto di comunicazione al pubblico (art. 3, comma 3, direttiva 2001/29/CE), sia in merito al diritto di distribuzione (art. 4 direttiva 2001/29/CE). Nel dare attuazione al dettato comunitario il legislatore nazionale si è scrupolosamente attenuto a quanto contenuto nella direttiva 2001/29/CE, statuendo come il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico non si esaurisce con alcun atto di comunicazione al pubblico, ivi compresi gli atti di messa a disposizione del pubblico (art. 16, comma 2 l. 633/1941). Il diritto di distribuzione, invece, rimane di norma soggetto al

In merito al primo di questi aspetti, il testo del WCT, pur senza definire le misure tecnologiche (come invece avviene nella direttiva 2001/29/CE), ne sanziona l'alterazione all'art. 11. Disposizione analoga è contenuta nell'art. 18 del WPPT.

Il successivo art. 12 del WTC disciplina gli obblighi in materia di informazioni sulla gestione dei diritti ed analoga disposizione è contenuta nell'art. 19 del WPPT.

I trattati WIPO stabiliscono in sostanza l'obbligo di prevedere un'adeguata tutela giuridica dei diritti d'autore, preconstituendo mezzi di ricorso efficaci contro l'elusione delle misure tecnologiche, allo scopo di impedire che:

a) vengano commessi atti non autorizzati dagli autori o vietati per legge;

b) sia rimossa o alterata, senza previa autorizzazione, qualsiasi informazione elettronica sulla gestione dei diritti;

c) le opere siano distribuite, importate a fini di distribuzione,

principio dell'esaurimento, sempre che la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità dell'originale o di copie dell'opera sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso. Tuttavia, il principio dell'esaurimento non si applicherà laddove l'opera sia stata distribuita attraverso la messa a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente e ciò anche nel caso in cui sia stata consentita la realizzazione di copie dell'opera (art. 17, comma 3 l. 633/1941).

Sulla natura ed il contenuto del principio dell'esaurimento v. D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, 1996, 55 e ss.

Del resto, anche il Trattato WIPO sul diritto d'autore del 1996 distingue nettamente tra le ipotesi di distribuzione delle opere o delle loro copie su supporti tangibili e quelle nelle quali le opere sono fornite *on-line*. Nelle dichiarazioni comuni adottate circa l'interpretazione degli artt. 6 e 7 del Trattato, rispettivamente in materia di diritto di distribuzione e di noleggio, si legge: «the expressions 'copies' and 'original and copies', being subject to the right of distribution and the right of rental under said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects» (cfr. *Agreed statements concerning Articles 6 and 7, WIPO Copyright Treaty and the agreed statements of the Diplomatic Conference that adopted the Treaty*, Ginevra, 20 Dicembre 1996). Sull'argomento v. E.T.T. TAI, *Exhaustion and online delivery of digital works*, in *EIPR* 2003, 207 e ss.

diffuse e comunicate al pubblico, senza previo consenso, nella consapevolezza che sulle stesse sono stati compiuti gli atti di rimozione o alterazione delle informazioni elettroniche di cui sopra.

Le modalità di attuazione di questi principi, come noto, sono state tuttavia differenti negli Stati Uniti ed in Europa¹⁵.

¹⁵ Quanto mai ampia la letteratura dedicata alle misure tecnologiche a difesa del diritto d'autore. Fra i tanti v. P. SAMUELSON, *Technological Protection for Copyrighted Works*, in *Communications of the ACM*, 7, 1996, 17; B. CUNEGATTI, C. DI COCCO, *The Evolution of European and National Norms Towards the Implementation of Copyright Protection Technologies*, in V. CAPPELLINI, J. HEMSLEY (eds.), *Proceedings of EVA 2001 Florence*, Bologna, 2001; E. MORELATO, *Strumenti informatici per la protezione dei diritti d'autore*, in *Contratto e imp. Europa*, 2001, 731; S. DUSOLLIER, *La protection légale des systèmes techniques: analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparatiste*, in *Propriétés Intellectuelles*, 2001, 10; M. T. SCASELLATI SFORZOLINI, *La Direttiva comunitaria del 22 maggio 2001 n. 29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Dir. autore*, 2003, 65 e ss.; P. MARZANO, *Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità on-line: il diritto d'autore risponde alle sfide di Internet*, in *Dir. autore*, 1998, 149; G. ZICCARDI, *Il diritto d'autore nell'era digitale*, Milano, 2001, 173 e ss.; G. DAVIES, *Technical solutions to controlling copyright on the Internet*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *TV, Internet e new trends di diritti d'autore e connessi*, Milano, 2003, 72 e ss.; P. CERINA, *La protezione tecnologica delle opere e sistemi di gestione dei diritti d'autore nell'era digitale: domande e risposte*, in *Dir. ind.*, 2002, 85; J. LITMAN, *Digital copyright: protecting intellectual property on the Internet*, New York, 2001; G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002; F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo, statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, in G. PASCUZZI, R. CASO (a cura di), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, 313-314; S. DUSOLLIER, *Electrifying the Fence: the Legal Protection of Technological Measures for Protecting Copyright*, in *EIPR* 1999, 285; P. B. HUGENHOLTZ (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, The Hague, 2002; M. ORLANDI, *Diritto di proprietà, riproduzione informatica e dispositivi anticopia*, in *Annali it. dir. autore*, 1999, 82; P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 635; K. J. KOELMAN, *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*, in *EIPR* 2000, 272; V. M. DE SANCTIS, *L'identificazione e l'autenticazione delle opere dell'ingegno e delle loro copie*, in *Annali it. dir. autore*, 2000, 5; ID., *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere*

Oltreoceano, in base alle indicazioni contenute nel WCT, come detto alla fine degli anni '90 è stato adottato il DMCA, a seguito del quale è stato introdotto un nuovo capo (*chapter* 12) al Titolo 17 dello United States Code (U.S.C.), capo che si compone di cinque articoli (*sec.* 1201-1205) volti a tutelare le misure tecnologiche antiaccesso e anticopia (purché efficaci) e l'integrità dei sistemi di gestione delle informazioni sul *copyright*, prevedendo apposite sanzioni civili e penali in caso di violazione¹⁶.

Per quanto concerne in modo specifico le misure tecnologiche di protezione dei diritti d'autore, si contemplano due diversi nuclei di norme fondamentali, rispettivamente dedicati alla disciplina delle misure cc.dd. antiaccesso (*sec.* 1201 (a) U.S.C.) e delle misure tecnologiche cc.dd. anticopia (*sec.* 1201 (b) U.S.C.), alle quali sono state affiancate disposizioni in materia di protezione delle informazioni di *copyright management*¹⁷.

letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche, vol. 2, Milano, 273 e ss.; J. BING, *Copymarks: a suggestion for simple management of copyrighted material*, Oslo, 2002, reperibile all'indirizzo: «<http://efn.no/copyright/copymarks.pdf>»; G. FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, in *Annali it. dir. autore*, 2002, 280; A. M. CASELLATI, *Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'articolo 6.4 della Direttiva europea e sua attuazione in Italia*, in *Dir. autore*, 2003, 360.

¹⁶ Per un'analisi del DMCA ed una sua comparazione con i contenuti dei trattati WIPO e della direttiva 2001/29/CE v. J. LIPTON, *Copyright in the Digital Age: a Comparative Survey*, 27 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 333 (2001). Per l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali nordamericani che hanno visto l'applicazione del DMCA v. P. MARZANO, *Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità on-line: il diritto d'autore risponde alle sfide di Internet*, in *Dir. autore*, 1998, 149; FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, cit., 293 e ss.

¹⁷ Per misure antiaccesso si intendono quelle che permettono di controllare l'accesso stesso all'opera protetta e cioè quelle misure che «in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work» (*sec.* 1201 (a), (3), (B) U.S.C.); le misure anticopia sono invece quelle che limitano o inibiscono, nel

Nel DMCA il regime di protezione delle misure antiaccesso è tuttavia differente da quello dedicato alle misure anticopia: le prime, infatti, sono tutelate sia contro gli atti elusivi, sia contro la fabbricazione, commercializzazione e promozione di dispositivi principalmente finalizzati alla loro elusione, mentre le misure anticopia sono tutelate unicamente in relazione alla seconda ipotesi. Ciò comporta un divieto sostanzialmente assoluto di elusione delle misure antiaccesso, indipendentemente dalla circostanza che tale aggiramento concreti anche una violazione del *copyright*, mentre invece tale violazione sarà necessaria perché la semplice elusione di una misura anticopia costituisca illecito¹⁸.

In Europa, al contrario, il legislatore non ha operato una tale distinzione di disciplina fra le due categorie di misure tecnologiche, limitandosi a richiedere agli Stati membri di prevedere un'adeguata protezione giuridica contro: l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano

corso del loro normale funzionamento, l'esercizio dei diritti riconosciuti al titolare delle privative. In questo secondo caso, il termine «anticopia», infatti, «is used in this context as a short-hand for the exercise of any of the exclusive rights of an author under section 106 of the Copyright Act». Cfr. *The Digital Millennium Copyright Act of 1998 - U.S. Copyright Office Summary*, p. 4, reperibile sul sito del *United State Copyright Office*: «<http://www.copyright.gov>»; cfr. anche *sec. 1201 (b), (2), (B) U.S.C.*

¹⁸ V. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo, statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 310 e ss.; D. NIMMER, *Back from the future: a proleptic review of the Digital Millennium Copyright Act*, 16 *Berkeley Tech. L.J.* 855 (2001); ID., *Puzzles of the Digital Millennium Copyright Act*, 46 *Journal Copyright Soc.* 401 (1999); DE SANCTIS, *L'identificazione e l'autenticazione delle opere dell'ingegno e delle loro copie*, cit., 14 e ss.; F. MORRI, *s.v. Art. 23 D. Lgs. 68/2003*, in G. SENA, P. A. E. FRASSI, G. D'AMMASSA, S. GIUDICI, D. MINOTTI, F. MORRI, *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68 in attuazione della Direttiva 2001/29/CE*, Milano, 2003, 110 e ss.; MONTAGNANI, *Dal peer-to-peer ai sistemi di digital rights management: primi appunti sul melting pot della distribuzione on line*, cit., 17-18.

ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo; la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che:

a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o

b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o

c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche (art. 6 direttiva 2001/29/CE).

Un'adeguata protezione giuridica deve inoltre essere garantita contro chiunque consapevolmente senza averne diritto:

a) rimuova o alteri qualsiasi informazione elettronica sul regime dei diritti;

b) distribuisca, importi a fini di distribuzione, diffonda, comunichi o metta a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti, dalle quali siano state rimosse o alterate senza averne diritto le informazioni elettroniche sul regime dei diritti;

ove chi compie tali atti sia consapevole, o si possa ragionevolmente presumere che sia consapevole, che con essi induce, rende possibile, agevola o dissimula una violazione di diritti d'autore o connessi (art. 7 direttiva 2001/29/CE)¹⁹.

¹⁹ In merito alle disposizioni ora richiamate va rilevato come la loro formulazione abbia sollevato non poche critiche proprio in ordine all'introduzione di fattispecie presuntive. In particolare, con riferimento specifico agli artt. 6 e 7 della direttiva 2001/29/CE, si è fatto notare come la direttiva sia andata ben oltre la mera implementazione delle corrispondenti disposizioni del WIPO Copyright Treaty prevedendo una tutela anche contro le c.d. attività preparatorie al vero e proprio aggiramento delle protezioni tecnologiche; così RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo, statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, cit., 310; sul tema v. anche C. COLSTON, *Challenges to information*

In ambito nazionale, le disposizioni della direttiva 2001/29/CE sono state trasposte dal d. lgs. 68/2003 negli artt. 102-*quater* e 102-*quinquies* della l. 633/1941, che rispettivamente legittimano espressamente i titolari di diritti d'autore e di diritti connessi ad apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci nell'impedire o limitare atti non autorizzati e informazioni elettroniche sul regime dei diritti che possono essere altresì fatte apparire nella eventuale comunicazione al pubblico delle opere stesse o del materiale protetto²⁰.

retrieval – A global solution?, in 10 *International journal of law and information technology* 294 (2002); M. RICOLFI, *A copyright for cyberspace? The European dilemmas*, in *Annali it. dir. autore*, 2000, 457. Per un confronto fra le caratteristiche del DMCA e la direttiva 2001/29/CE v. F. MORRI, *s.v. art. 23 D.Lgs. 68/2003*, in SENA, FRASSI, D'AMMASSA, GIUDICI, MINOTTI, MORRI, *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68 in attuazione della Direttiva 2001/29/CE*, cit., 110 e ss. Il rischio di instaurare, attraverso le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore, una «pay-per-view» o una «pay-per-use society» è affrontato da: D. NIMMER, *A riff on fair use in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 *University of Pennsylvania Law Rev.* 712 (2000); G. MERUZZI, *I limiti delle utilizzazioni libere in Internet: alcuni dati comparatistici*, in L. NIVARRA, V. RICCIUTO (a cura di), *Internet e il diritto dei privati*, Torino, 2002, 178 e ss.

²⁰ Cfr. art. 7, comma 2 della direttiva 2001/29/CE, dove, circa le informazioni sul regime dei diritti (a differenza di quanto ora previsto nella l. 633/1941), si stabilisce che l'illecito si potrà configurare unicamente qualora le informazioni compaiano su una copia dell'opera o del materiale protetto, o nella sua comunicazione al pubblico. In merito all'assenza, nell'attuazione italiana della direttiva 2001/29/CE del riferimento agli elementi soggettivi della consapevolezza o dell'intento dell'utilizzatore, invece presenti nel testo comunitario (artt. 6 e 7), v. G. FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, cit., 299; MORRI, *s.v. art. 23 D.Lgs. 68/2003*, in SENA, FRASSI, D'AMMASSA, GIUDICI, MINOTTI, MORRI, *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68 in attuazione della Direttiva 2001/29/CE*, cit., 116, che rileva anche (pp. 101 e 115) la mancata previsione, nel d.lgs. 68/2003, di un autonomo illecito costituito dal compimento di «atti elusivi», previsto invece dall'art. 6 della direttiva 2001/29/CE.

Corrispondentemente a tali facoltà, riservate ai titolari dei diritti, sono state introdotte all'art. 171-*ter* della l. 633/1941 specifiche sanzioni penali ed amministrative a salvaguardia delle misure tecnologiche di protezione e delle informazioni elettroniche sul regime dei diritti²¹.

4. DRM, misure tecnologiche di protezione e libere utilizzazioni

All'introduzione delle disposizioni sopra richiamate dedicate alle misure tecnologiche di protezione si è affiancata una contemporanea rimodellazione del sistema delle cc.dd. libere

²¹ In particolare è punito, se il fatto è commesso per uso non personale, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinque a trenta milioni di lire, chiunque a fini di lucro:

a) fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure;

b) abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche, ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse.

Cfr. art. 171-*ter*, comma 1, l. 633/1941, lett. f)-*bis* e h), così come introdotte dal d. lgs. 68/2003.

Inoltre è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento su un giornale quotidiano a diffusione nazionale chiunque abusivamente utilizza, anche via etere o via cavo, duplica, riproduce, in tutto o in parte, con qualsiasi procedimento, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche (art. 174-*ter*, comma 1 l. 633/1941). Si noti come in detto articolo non si faccia riferimento alle misure tecnologiche «efficaci» e, pertanto, la disposizione si dovrà applicare in ogni caso, laddove misure tecnologiche (di qualunque genere) siano presenti.

utilizzazioni, cioè di quei casi in cui, in buona sostanza, un'opera dell'ingegno, sebbene oggetto delle esclusive riservate all'autore, può essere utilizzata senza l'autorizzazione di quest'ultimo.

Ai fini della presente trattazione, proprio dall'intreccio fra la disciplina di protezione delle opere distribuite via rete telematica, la tutela delle misure tecnologiche di protezione e il riformato regime delle libere utilizzazioni scaturiscono i profili di maggior interesse.

Al di là dei singoli casi di libera utilizzazione oggi previsti, che non possono qui essere singolarmente analizzati²², ciò che più rileva ai nostri fini è come alle opere messe a disposizione *on-line*, ed in particolare se protette con misure tecnologiche, sia oggi dedicata a livello nazionale e comunitario una disciplina *ad hoc* in materia diversa rispetto alle opere tradizionali.

Sull'argomento, in realtà, i trattati internazionali sopra citati

²² In argomento, fra i molti, v. S. GIUDICI, *s.v. art. 9 d. lgs. 68/2003*, e MORRI, *s.v. art. 9 d. lgs. 68/2003*, in SENA, FRASSI, D'AMMASSA, GIUDICI, MINOTTI, MORRI, *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 68 in attuazione della Direttiva 2001/29/CE*, cit., 33 e ss.; P. DI FABIO, *La nuova normativa sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale dell'opera dell'ingegno*, in *Giust. civ.*, 2003, 413; DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno. Le opere letterarie e scientifiche, le opere musicali e le opere informatiche*, cit., 202 ss.

Sul tema delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore nella direttiva 2001/29/CE v. P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, 591; N. ABRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in *Annali it. dir. autore*, 2002, 98; A. M. GAMBINO, *Le utilizzazioni libere: cronaca, critica e parodia*, *ibid.*, 127; C. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, *ibid.*, 135 e ss.; D. GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, *ibid.*, 146; M. DI RIENZO, *Le utilizzazioni libere: non profit*, *ibid.*, 235.

Per un'analisi degli aspetti relativi alle libere utilizzazioni in Internet v. S. STABILE, *La tutela della proprietà intellettuale ed industriale in Internet*, in *Dir. ind.*, 1999, 371; S. ERCOLANI, *Limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore nella legislazione italiana*, in *Dir. autore*, 1999, 273; M. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 115; P. AUTERI, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, *ibid.*, 1996, 83; MERUZZI, *I limiti delle utilizzazioni libere in Internet: alcuni dati comparatistici*, cit., 169 e ss.

(WCT e WPPT) non prevedono disposizioni specifiche, lasciando ai singoli Stati la facoltà di prevedere nella propria legislazione limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi degli autori «in taluni casi speciali» purché «non siano in conflitto con la normale utilizzazione economica dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi dell'autore» (art. 10 WCT)²³. Parimenti in merito alle opere distribuite via rete telematica, dove l'indicazione contenuta nelle dichiarazioni comuni adottate circa l'interpretazione dei trattati WIPO è di lasciare libero ogni Stato di eventualmente prevedere limitazioni ed eccezioni adeguate a tale contesto.

La scelta del legislatore americano, che per primo ha dato attuazione ai trattati WIPO con il citato DMCA, è stata quella di differenziare il regime delle libere utilizzazioni a seconda del regime di protezione adottato per la singola opera ed in particolare della eventuale utilizzazione di una misura tecnologica, indipendentemente invece dalla natura tangibile o intangibile dell'opera stessa. Così, nel caso all'opera sia associata una misura c.d. anticopia si applicherà il tradizionale *fair use*, come previsto nella sec. 107 del US Copyright Act, sebbene l'opera godrà di una protezione del *copyright* rafforzata rispetto alla stessa opera priva di

²³ L'art. 10 del WCT (così come l'art. 16 del WPPT) contiene il c.d. *three-step test*, già presente nel testo della Convenzione di Berna del 1967 all'art. 9 comma 2 (sebbene riferito al solo diritto di riproduzione), e poi ripreso (assumendo invece portata generale per tutte le eccezioni e limitazioni) dagli accordi GATT/TRIPS del 1994 (art. 13; v. l. 29/12/1994, n. 747, in G.U. 10 gennaio 1995, n. 7). Come noto, secondo tale principio ogni limitazione o eccezione del diritto d'autore deve soddisfare tre diversi requisiti per risultare legittima: si deve trattare di un caso speciale; non deve risultare in contrasto con l'utilizzo normale dell'opera; non deve tradursi in un ingiustificato pregiudizio dei legittimi interessi del titolare dei diritti (così l'art. 13 del TRIPS e, come si vedrà, l'art. 5 della direttiva 2001/29/CE, mentre all'«interesse dell'autore» si riferiscono la Convenzione di Berna e i trattati WIPO). Sul tema v. M. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, The Hauge, 2004; ABRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, cit.

misura tecnologica²⁴. Mentre, al contrario, nel caso sia adottata una misura antiaccesso, oltre ad una protezione del *copyright* rafforzata, le libere utilizzazioni non saranno quelle previste in via generale dal *fair use*, bensì unicamente quelle tassativamente e specificatamente previste per tale ipotesi²⁵.

Ben diversa, invece, è stata la scelta del legislatore europeo nella direttiva 2001/29/CE.

Quale unica ipotesi obbligatoria di libera utilizzazione l'art. 5 della direttiva in parola prevede il caso degli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che siano transitori o accessori e parte integrante e essenziale di un

²⁴ Sul punto si tenga però conto di quanto riferito *supra* in merito al divieto di fabbricazione, commercializzazione e promozione di dispositivi principalmente finalizzati alla elusione delle misure di protezione tecnologica, che va a limitare «di fatto» la concreta operatività dei casi di *fair use*.

²⁵ L'adozione del DMCA ha suscitato forti critiche nella dottrina nordamericana, la quale, nel denunciare il mancato bilanciamento tra interessi degli autori ed interessi degli utilizzatori, ha sollevato la questione della sopravvivenza stessa della dottrina del *fair use*: cfr. J. E. COHEN, *WIPO WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?*, in *EIPR* 1999, 236; K. J. KOELMAN, *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*, *id.*, 2000, 272; COLSTON, *Challenges to Information Retrieval – A global Solution?*, *cit.*, 294 e ss.; LIPTON, *Copyright in the Digital Age: a Comparative Survey*, *cit.*, 348 e ss.; P. SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anticircumvention regulations Needs to Be Revised*, 14 *Berkeley Tech. L.J.* 519 (1999); precedentemente allo stesso DMCA, la stessa autrice aveva già affrontato l'argomento ed individuato i potenziali rischi indotti dall'adozione di misure tecnologiche di protezione in *Copyright, Digital Data, and Fair Use in Digital Networked Environments*, in E. MACKAY, D. POULIN, P. TRUDEL (eds.), *The Electronic Superhighway: the Shape of Technology and Law to Come*, The Hauge 1995, reperibile all'indirizzo: «www.lexum.umontreal.ca/conf/ae/en/samuels.html»; così anche B. A. LEHMAN, *Royalties, Fair Use & Copyright in the Electronic Age*, in 30 *Educom Review* 30 (1995); P. LYMAN, *Copyright and Fair Use in the Digital Age*, *ibid.*, 32. Sul regime specifico delle libere utilizzazioni alla luce del DMCA v. M. FALLENBOCK, *On the Technical Protection of Copyright: the Digital Millennium Copyright Act, the European Community Copyright Directive and their Anticircumvention Provisions*, 7 *Int. J. of Comm. Law & Pol.*, 1 (2003).

procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo di un'opera o i altri materiali.

Tale disposizione è poi seguita da una lunga elencazione di «eccezioni e limitazioni» facoltative che ciascuno Stato membro è libero di adottare o meno, impostazione che tradisce l'evidente obiettivo di consentire di salvaguardare – senza eccessive difficoltà – le eventuali eccezioni già previste nei vari ordinamenti interni. L'art. 5 della direttiva si chiude, in conformità all'art. 10 comma 2 del WCT, con lo stabilire che le eccezioni e limitazioni previste devono essere applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare²⁶.

In merito all'eventuale adozione di misure tecnologiche di protezione (di qualunque tipo), il legislatore europeo ha quindi introdotto un complesso meccanismo in base al quale, sebbene un'opera sia tecnologicamente protetta e laddove manchino misure volontarie prese dai titolari dei diritti (compresi accordi fra titolari e altre parti interessate), gli Stati membri devono provvedere a garantire (attraverso «provvedimenti adeguati») che i titolari dei diritti mettano effettivamente il beneficiario di un'eccezione o limitazione prevista dalla normativa nazionale in condizione di goderne. L'adozione di tali «provvedimenti adeguati» è però obbligatoria per gli Stati membri solo in relazione ad alcune delle «eccezioni e limitazioni» previste (art. 5, comma 2, lett. a), c), d), e)

²⁶ Il comma 5 dell'art. 5 della direttiva 2001/29/CE contiene, quindi, il c.d. *three-step test* (cfr. *supra*, nota n. 23) e ne conferma la portata generale: tale principio diviene pertanto fondamentale sistema di controllo per l'applicazione di tutti i casi di limitazione ed eccezione previsti nei precedenti commi dello stesso art. 5 della direttiva; cfr. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, cit., p. 255.

e comma 3, lett. a), b), e), della direttiva 2001/29/CE), facoltativa in altre ipotesi (art. 5, comma 2, lett. b), ed in alcuni casi del tutto non richiesta (art. 5, comma 3, lett. f)-o)).

Quando, però, le opere o altri materiali tecnologicamente protetti siano messi a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali, conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelti individualmente (cioè in rete), detto intervento degli Stati membri non è richiesto in alcuna delle ipotesi di eccezioni e limitazioni previste dal ricordato art. 5 (v. art. 6, comma 4, della direttiva 2001/29/CE).

In attuazione delle richiamate (e criticate)²⁷ disposizioni della direttiva 2001/29/CE, il legislatore nazionale ha provveduto alla intera sostituzione del capo V della l. 633/1941 dedicato alle libere utilizzazioni (ora rubricato «Eccezioni e limitazioni» dal d. lgs. 68/2003 e comprendente gli art. 65-71-*decies*)²⁸. Le modifiche apportate (in molti casi di natura non sostanziale) riguardano in particolare l'introduzione all'art. 68-*bis* l. 633/1941 della eccezione obbligatoria di cui all'art. 5 della direttiva 2001/29/CE²⁹, e, per quanto qui di specifico interesse, il recepimento del principio degli «adeguati provvedimenti» di cui all'art. 6 della direttiva 2001/29/CE all'articolo 71-*quinquies* l. 633/1941.

In base a quest'ultima disposizione, laddove un'opera sia protetta da una misura tecnologica, questa dovrà essere rimossa dal titolare dei diritti dietro richiesta dell'autorità competente, per

²⁷ Per alcuni primi riferimenti bibliografici in materia v. *supra*, note 10 e 22.

²⁸ Altra eccezione novellata dal d. lgs. 68/2003 è quella prevista all'art. 55 l. 633/1941.

²⁹ «[...] sono esentati dal diritto di riproduzione gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario, o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali», art. 68-*bis* l. 633/1941.

consentire l'utilizzo di detta opera o materiale protetto per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario.

In tutte le restanti ipotesi in cui è prevista l'adozione di un «adeguato provvedimento», questo consiste non in un obbligo di rimozione della misura tecnologica, bensì nella necessità per i titolari dei diritti di adottare idonee soluzioni – su espressa richiesta dei beneficiari ed anche mediante la stipula di appositi accordi con le associazioni di categoria rappresentative dei beneficiari – per consentire l'esercizio delle eccezioni di cui agli artt. 55, 68, commi 1 e 2, 69, comma 2, 70, comma 1, 71-*bis* e 71-*quater* l. 633/1941. Ciò sempre che i beneficiari stessi abbiano acquisito il possesso legittimo degli esemplari dell'opera o del materiale protetto, o vi abbiano avuto accesso legittimo ai fini del loro utilizzo, nel rispetto e nei limiti delle disposizioni di cui ai citati articoli, ivi compresa la corresponsione dell'equo compenso, ove previsto.

Tali idonee soluzioni possono essere individuate anche grazie alla stipula di appositi accordi tra le associazioni di categoria rappresentative dei beneficiari e dei titolari dei diritti; in mancanza di accordo, ciascuna delle parti potrà rivolgersi al comitato consultivo permanente istituito presso la Presidenza del Consiglio (ex art. 190 l. 633/1941) perché esperisca un tentativo obbligatorio di conciliazione.

Tuttavia, i titolari dei diritti non sono tenuti ad adottare alcuna «idonea soluzione» in relazione alle opere o ai materiali messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente (cioè disponibili in rete), quando l'accesso avvenga sulla base di accordi contrattuali (art. 71-*quinquies*, comma 3, l. 633/1941)³⁰. In

³⁰ Nessuna «idonea soluzione» è prevista nemmeno nell'ipotesi della copia privata di fonogrammi e videogrammi, laddove tecnologicamente protetti, di cui all'art. 71-

quest'ultimo caso, per altro, non risulterà possibile esperire nemmeno il tentativo di conciliazione presso il citato comitato consultivo permanente, in quanto non richiamato nella relativa disposizione (art. 71-*quinquies*, comma 4, l. 633/1941).

Infine, riprendendo quanto stabilito prima dall'art. 10 WCT e poi dall'art. 5 della direttiva 2001/29/CE, l'art. 71-*nonies* l. 633/1941 prevede come le eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore, quando siano applicate ad opere o ad altri materiali messi a disposizione in rete, non dovranno comunque risultare in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari.

Nel solco tracciato dal legislatore comunitario, l'impostazione adottata a livello nazionale in materia di «eccezioni e limitazioni» prevede pertanto oggi una distinzione netta ed una differenziazione a livello di disciplina a seconda, in particolare, dell'eventuale adozione di una misura tecnologica di protezione e della concreta modalità di comunicazione al pubblico. Nel caso dell'adozione di una misura tecnologica di protezione, l'operatività delle libere (?) utilizzazioni viene fondamentalmente rimessa agli accordi fra titolari dei diritti e beneficiari delle eccezioni, per altro dietro pagamento di un equo compenso laddove previsto (con le conseguenze che è facile immaginare). Nell'ipotesi in cui l'opera tecnologicamente protetta sia altresì messa a disposizione del pubblico in modo che ciascuno vi possa avere accesso dal luogo o nel momento scelto individualmente (cioè distribuita *on-line*), salvo un accordo fra titolare dei diritti e beneficiario, le possibilità di una qualunque utilizzazione libera vengono sostanzialmente meno.

saxes l. 633/1941. Sull'argomento v. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, cit., 590 e ss.; GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, cit., 146 e ss.

5. Conclusioni

Se questa è l'attuale cornice disciplinare, non può sfuggire come il ricorso a sistemi di DRM per la distribuzione di opere dell'ingegno, laddove questi sistemi prevedano l'utilizzo di misure tecnologiche di protezione, e ancor più quando le stesse opere siano messe a disposizione via rete telematica, comporti una immediata limitazione delle possibilità di uso legittimo dell'opera stessa ed una sostanziale inoperatività dei casi di libera utilizzazione. Ma vi è di più: in prospettiva, spesso la limitazione operata per via tecnologica rischia di travalicare «nei fatti» gli stessi (angusti) confini di utilizzo libero posti dalla normativa vigente: si pensi ad un'opera protetta a cui sia associata una misura tecnologica anticopia, incorporata nel medesimo supporto, che risulterà impossibile duplicare, ammesso che ve ne sia l'interesse, anche una volta spirato il termine di protezione dei diritti patrimoniali, cioè quando l'opera risulterà di pubblico dominio³¹.

Purtuttavia non va tralasciato di considerare come i sistemi di DRM (e le relative misure tecnologiche di protezione), di per sé, nella loro natura tecnica e al pari di qualunque tecnologia, si presentino come strumenti fondamentalmente neutri³². Per questo motivo, chi scrive non vede in linea teoria un insanabile contrasto fra il loro utilizzo e un diritto d'autore equilibrato e rispettoso delle esigenze dei singoli utenti e della collettività, purché si governi lo sviluppo di questi strumenti verso forme maggiormente compatibili

³¹ Sul delicato rapporto fra DRM e pubblico dominio v. *infra*, A. GLORIOSO, *DRM e pubblico dominio*.

³² Mi rifaccio qui al ben noto principio (più volte poi disatteso) degli usi leciti sancito nell'ormai lontano caso Sony-Betamax del 1984. Cfr. *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984), January 17, 1984, reperibile all'indirizzo: «<http://supreme.justia.com/us/464/417/>».

con i legittimi interessi di questi ultimi³³.

In altre parole, il (tormentato) rapporto fra diritto d'autore ed evoluzione tecnologica conosce oggi un nuovo passaggio critico, non diversamente da quanto avvenuto in passato di fronte all'avvento di altre tecnologie e prodotti innovativi (fotocopiatrici, videoregistratori, *etc.*). Ricomporre il rapporto è certamente possibile ed anzi è facile immaginare che possa portare già nel breve periodo a concreti vantaggi per tutti i soggetti coinvolti, creando nuove possibilità di sfruttamento delle opere per l'industria culturale, facilità di accesso e costi più contenuti per gli utenti finali, e quindi in ultima istanza progresso per l'intera collettività³⁴.

Con ciò non si vuole sostenere che l'attuale impiego di sistemi di DRM non ponga con forza di considerare la deriva che l'utilizzo indiscriminato e pervasivo di tali strumenti può innescare: al contrario, stiamo in effetti assistendo ad una pericolosa «privatizzazione» del diritto d'autore (nel senso di un controllo sempre più privato dei contenuti) e ad una contemporanea (arbitraria)

³³ In questa direzione mi pare voglia muoversi l'interessante iniziativa Digital Media in Italia coordinata da Leonardo Chiariglione, dove «libertà di azione per le imprese e libertà di accesso ai contenuti per i consumatori» dovrebbero essere garantite proprio attraverso il ricorso innanzitutto ad un DRM interoperabile in grado di garantire «due diritti, ai fornitori di servizi di adottare le soluzioni tecnologiche loro convenienti ed ai consumatori di ottenere la possibilità di accedere ai contenuti con il dispositivo di loro scelta»; attraverso tale strumento si otterrebbe così una «disincentivazione dell'uso di contenuti ottenuti in modo improprio perché il rispetto dei diritti è esercitato in maniera flessibile ed equa, ancorché rigorosa». V. *infra*, L. CHIARIGLIONE, *Digital Media in Italia*.

³⁴ Per fare un esempio di come si possa sfruttare proficuamente la tecnologica e la sua flessibilità, si pensi ai sistemi DRM allo studio per consentire il «prestito *on-line*» da parte delle biblioteche nel pieno rispetto della normativa vigente. Diverse ad oggi le sperimentazioni in corso: tra queste, un esempio è quello realizzato da Biblioteca Digitale: si veda il sito Web: «<http://www.bibliotecadigitale.com/biblio3/index.php?cmd=pag&item=drm>».

erosione delle libere utilizzazioni e dei relativi spazi³⁵.

La preoccupazione per un diritto d'autore che pare affidarsi a temibili forme di autotutela privata è dunque oggi certamente giustificata³⁶.

Ma il problema, più che allo strumento tecnologico, è forse da imputare alla risposta affrettata, un poco in affanno e non del tutto «indipendente» del legislatore (in particolare europeo) di fronte alla sfida posta dalle tecnologie informatiche e telematiche, che ha legittimato una possibilità di sovra-protezione delle prerogative dell'autore proprio attraverso il ricorso a misure tecnologiche di protezione. Per tale via, si è finito per rimettere la stessa operatività di meccanismi di fondamentale importanza (leggi le libere utilizzazioni) per il corretto bilanciamento degli interessi in gioco alla volontà del singolo titolare dei diritti; il legislatore ha però così abdicato al compito che gli è proprio di ricercare e garantire tale

³⁵ Tale rischio è chiaramente messo in luce CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., *passim*.

³⁶ Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore concretano strumenti di autotutela (*in primis* di interessi di natura patrimoniale) che, proprio perché tali, dovrebbero ritenersi legittimi solo a valle di un rigoroso giudizio in merito al pieno rispetto dei limiti imposti dalla tutela di interessi gerarchicamente paritari o sovraordinati, come, per esempio, quelli a tutela della persona. Fra questi, indubbiamente è da annoverarsi il c.d. diritto alla *privacy*, spesso messo a repentaglio dai meccanismi di funzionamento dei DRM e nei cui confronti il diritto d'autore pare invece dover soccombere, trovando il primo il proprio fondamento costituzionale innanzitutto nel principio di pari dignità sociale (art. 3 Cost.) ed oggi essendo previsto espressamente quale libertà fondamentale anche nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2001, 362 e ss. Sul necessario bilanciamento fra autonomia privata e intervento del legislatore nel campo delle misure tecnologiche di protezione v. DE SANCTIS, *L'identificazione e l'autenticazione delle opere dell'ingegno e delle loro copie*, cit., 16. In merito al potenziale impatto delle misure tecnologiche e dei DRM anche sul diritto della concorrenza v., *infra*, M. L. MONTAGNANI, *Misure tecnologiche di protezione, sistemi di Digital Rights Management e barriere all'entrata*; e G. MAZZOTTI, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso iTunes*.

bilanciamento³⁷.

Il risultato, come emerge dalla sommaria ricostruzione effettuata della disciplina vigente, è il sostanziale venir meno delle libere utilizzazioni per le opere protette con misure tecnologiche distribuite in rete.

Le possibilità riservate al titolare dei diritti di adottare misure di protezione tecnologica ed il rapporto fra il loro regime di tutela ed il riformato assetto delle cc.dd. libere utilizzazioni si concreta, allora, in un sistema evidentemente lesivo degli interessi degli utenti e della collettiva in generale³⁸. Le libere utilizzazioni, infatti, proprio in relazione al contesto digitale, dove il controllo della tecnologia sempre più mostra la sua capacità di divenire fattore determinante per la regolamentazione dei rapporti, si rivelano quali elementi coesenziali ad un corretto funzionamento del sistema della protezione del diritto d'autore e ad un suo equilibrato assetto; non più ipotesi eccezionali di compressione di un diritto onnicomprensivo, si delineano invece quale parti integranti della stessa disciplina di tutela e dell'efficienza del suo funzionamento complessivo³⁹.

³⁷ In merito al graduale spostamento del regime delle libere utilizzazioni all'ambiente privato si veda ancora R. CASO, *Digital Rights Management. Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., *passim*.

³⁸ L'inadeguatezza dell'attuale regime delle libere utilizzazioni (o «eccezioni e limitazioni»), in particolare relativamente alle opere tecnologicamente protette, a garantire una corretta dialettica fra interesse individuale all'utilizzazione in esclusiva dell'opera e interesse generale alla diffusione delle conoscenze è circostanza ampiamente stigmatizzata dalla dottrina; per alcuni primi riferimenti cfr. *supra*, in particolare nota n. 10.

³⁹ In ambito nazionale si è recentemente riproposta la distinzione fra «limitazioni» e «limiti» al diritto d'autore (che pare trovare riscontro nella nuova rubrica del capo V della l. 633/1941), dove le prime avrebbero carattere effettivamente eccezionale, mentre i secondi risulterebbero quali elementi intrinseci e coesenziali all'oggetto e al contenuto del diritto d'autore, in quanto tali suscettibili (contrariamente ad un tradizionale orientamento in materia) di interpretazione estensiva, se non anche analogica. Cfr. P. AUTERI in AA.VV., *Diritto industriale*, Torino, 2005, 569 e ss. Per

Alcuni segnali positivi, tuttavia, mi pare siano riscontrabili: gli stessi sistemi di DRM in alcuni casi stanno tentando di evolversi verso forme effettivamente più rispettose dei diritti e delle esigenze degli utenti, di pari passo all'evoluzione del mercato e dei sistemi distributivi. Su questo fronte sembra però necessario attendere un ulteriore significativo progresso tecnologico che consenta di arrivare a DRM in grado, ad esempio, di riconoscere il tipo di utente ed il contesto di utilizzo dell'opera stessa.

Nello stesso tempo i legislatori vanno faticosamente maturando il loro approccio al nuovo contesto tecnologico ed emergono così spinte verso una revisione di alcune delle scelte operate nel recente passato. L'operazione è certamente complessa e di non facile realizzazione, ma il suo positivo esito costituisce uno dei requisiti indispensabili perché il diritto d'autore possa contribuire al concreto affermarsi di una «società dell'informazione» improntata al rispetto di un equo bilanciamento fra interesse individuale e collettivo.

una rassegna delle posizioni della dottrina nazionale sull'argomento v. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2005, 1384 e ss.

DRM, CONTRATTO E PROTEZIONE DEI CONSUMATORI

NICOLA LUCCHI

SOMMARIO: 1. *Introduzione* - 2. *DRM technologies e contratto* - 3. *Gli effetti collaterali dei sistemi di DRM* - 4. *DRM technologies, contratto e protezione del consumatore* - 5. *Quali prerogative possono vantare i consumatori quando comprano contenuti digitali?* - 6. *Le prerogative del consumatore nell'ambito del diritto d'autore* - 7. *Quando i DRMs e le condizioni contrattuali compromettono i diritti del consumatore* - 8. *Conclusioni*.

1. *Introduzione*

Il mio intervento ha come oggetto i possibili effetti collaterali per i consumatori e le possibili soluzioni legate alla diffusione e all'utilizzo dei Digital Rights Management Systems (DRMs), ovvero al *business model* utilizzato per distribuire in modo sicuro i contenuti digitali.

Queste «recinzioni tecnologiche» rappresentano l'elemento fondamentale sul quale si basano molti degli innovativi servizi di diffusione dei contenuti digitali come gli *on-line music* e *video stores*, i servizi di *pay-per-view* o di *video on demand*.

I sistemi di DRM possono essere utilizzati per varie finalità ed in modi assai diversi, alcuni dei quali possono essere vantaggiosi o svantaggiosi per i consumatori a seconda di specifiche circostanze. Tali sistemi, infatti, sono stati lo strumento attraverso il quale si sono realizzati innovativi modelli di distribuzione e produzione culturale che hanno permesso la nascita di nuove tipologie di fruizione e di vendita dei prodotti digitali, nonché nuovi comportamenti di consumo.

Sfortunatamente, alcuni standard e formati utilizzati

incorporano tecnologie in grado di limitare la fruizione dei contenuti digitali e, per questa via, riducono le scelte del consumatore generando, tra l'altro, problemi di interoperabilità. Per esempio, l'utilizzo di un contenuto digitale può essere limitato ad un determinato periodo di tempo, ad un determinato *device* o *computer*, oppure può essere richiesta una *password* di accesso o una connessione attiva alla rete Internet. Un sistema di DRM può inoltre essere in grado di controllare il comportamento dell'utente generando una serie di preoccupanti minacce per la libertà d'espressione e la *privacy*.

È, dunque, abbastanza evidente come si possano facilmente realizzare situazioni di conflitto con diritti o privilegi tradizionalmente riconosciuti ai consumatori.

Poiché i consumatori hanno diritto di operare scelte consapevoli traendo beneficio dalle innovazioni tecnologiche senza dover essere costretti a subire improprie restrizioni, il mio intervento è rivolto a considerare la disciplina generale a tutela del consumatore quale possibile strumento per ridurre lo squilibrio di poteri e la mancanza di informazioni che spesso lo penalizzano.

Per riequilibrare le posizioni contrattuali, possono essere seguiti differenti approcci. Il problema può essere affrontato, anche se non necessariamente risolto, attraverso lo spettro del diritto d'autore, del diritto della concorrenza o del diritto dei contratti.

In questa mia relazione prenderò in considerazione la sola prospettiva del diritto dei contratti e specificatamente gli aspetti di compatibilità dei sistemi di *management* dei diritti con le diverse regole di diritto comune dei contratti a protezione del consumatore.

Inizierò con l'offrire tre concreti esempi circa i potenziali effetti collaterali derivanti dall'uso di sistemi di DRM nei prodotti destinati ai consumatori.

Proseguirò illustrando come il controllo sull'informazione,

essenzialmente basato sull'uso del contratto, della tecnologia e del diritto d'autore, sia stato trasformato e rimodellato dalla rivoluzione digitale. Contratto e tecnologia, infatti, hanno stabilmente preso il sopravvento sul diritto.

Concluderò con una breve disamina del panorama normativo europeo e statunitense in materia di modelli contrattuali in uso, individuando alcuni tra i principali problemi in campo che attengono, tra l'altro, alla formazione del consenso delle parti dell'eventuale contratto di licenza, alla validità delle diverse clausole contenute nei modelli maggiormente in uso, nonché alla loro compatibilità con le diverse regole di diritto comune dei contratti a protezione del consumatore.

2. *DRM technologies e contratto*

Il termine Digital Rights Management (DRM) è un'espressione generica spesso utilizzata per indicare quelle tecnologie e quegli strumenti specificatamente sviluppati per gestire informazioni e diritti digitali¹. Tali tecnologie hanno la capacità di controllare l'accesso e l'uso dei contenuti digitali², e si sono evolute nel tempo da semplici strumenti anti-copia a sofisticati sistemi tecnologico-giuridici. In un moderno sistema di DRM, infatti, i *content providers* trovano un efficace strumento di protezione non solo attraverso l'utilizzo di strumenti tecnologici e di norme giuridiche che ne

¹ La letteratura su tale argomento è alquanto estesa. Per un'esauriente raccolta di scritti relativi ai problemi connessi all'uso dei sistemi di DRM, si veda, e.g. E. BECKER *et al.*, *Digital Rights Management: Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlin, 2003. Si veda, inoltre, W. ROSENBLATT *et al.*, *Digital rights management: business and technology*, New York, 2002; C. J. A. CHEN, A. BURSTEIN, *Foreword to Symposium, The Law & Technology of Digital Rights Management*, 18 *Berkeley Tech. L.J.* 487 (2003).

² V. S. BECHTOLD, *From Copyright to Information Law: Implications of Digital Rights Management*, in T. SANDER (a cura di), *Security and Privacy in Digital Rights Management*, Berlin, 2002, 213, 214-215.

proteggono l'aggiramento, ma anche attraverso l'utilizzo di contratti che disciplinano dettagliatamente l'utilizzo che può essere fatto dei contenuti così protetti. A loro volta i termini di utilizzo stabiliti contrattualmente possono essere supportati e consolidati da misure tecnologiche di protezione che rendono praticamente impossibile la trasgressione delle condizioni imposte contrattualmente.

È stato osservato che un sistema di DRM è molto più che un semplice sistema tecnologico di protezione perché si compone di diversi livelli di protezione: una protezione tecnologica rinforzata da una protezione normativa volta a tutelarne lo stesso aggiramento; una protezione attraverso l'impiego di un contratto che disciplina i termini di utilizzo, a sua volta resi cogenti da strumenti tecnologici e dalle norme contro il loro aggiramento; infine, un livello di protezione attraverso licenze d'uso sulle singole misure tecnologiche utilizzate dai *content providers*³.

L'effetto sinergico ottenuto attraverso l'utilizzo di questi diversi strumenti di protezione giuridica e tecnologica permette ai sistemi di DRM di creare un efficace *business model* coerente con le esigenze dei titolari dei diritti⁴. Rimangono invece dubbi sul fatto che i sistemi di DRM non pregiudichino soltanto certe possibilità di utilizzo dei contenuti digitali così protetti, ma anche certe prerogative e certi privilegi tradizionalmente riconosciuti ai consumatori di beni sottoposti a privativa intellettuale.

3. *Gli effetti collaterali dei sistemi di DRM*

Tre concreti esempi sugli effetti dell'uso di sistemi di DRM in prodotti di massa destinati ai consumatori aiuteranno meglio a comprendere i problemi di fondo connessi al loro utilizzo e le

³ BECHTOLD, *From Copyright to Information Law: Implications of Digital Rights Management*, cit., 214-215.

⁴ V. S. BECHTOLD, *Governance in Namespaces*, 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 1239, 1252 (2003).

possibili strategie per ristabilire l'equilibrio tra diritti, caratteristico dell'era pre-digitale.

Qui di seguito cercherò di illustrare brevemente le posizioni di alcuni organi giudiziari e di garanzia di fronte a casi di mancata informazione sulle limitazioni imposte dall'uso di DRM, nonché a pratiche contrarie agli interessi degli utenti e del mercato.

3.1 Il caso iTunes-Norvegia

Il primo caso che intendo illustrare è quello che ha visto coinvolto iTunes, uno dei più famosi *on-line music store*. Si tratta, per chi ancora non lo conoscesse, di uno dei più famosi e frequentati negozi virtuali di musica dove è possibile acquistare, attraverso il *download*, sia interi album musicali che singoli brani⁵.

Questo servizio di musica *on-line* ha, tra le sue caratteristiche peculiari, quella di proteggere le proprie condizioni generali di contratto attraverso un sistema di DRM chiamato «FairPlay». Secondo i termini di utilizzo del servizio, il *provider* si riserva il diritto di modificare, sostituire o correggere discrezionalmente le condizioni e i termini relativi all'utilizzo dei *files* scaricati dagli utenti⁶:

«iTunes si riserva il diritto, in ogni momento e di quando in quando, di aggiornare, rivedere, aggiungere, o in ogni modo modificare il presente Contratto e imporre disposizioni nuove o aggiuntive, politiche, termini o condizioni relative all'utilizzo del Servizio da parte sua. Tali aggiornamenti, revisioni, aggiunte,

⁵ V. Apple's iTunes Music Store, «<http://www.apple.com/itunes/store/>».

⁶ V. L. GRØNDAL, *DRM and contract terms*, in *Indicare*, Feb. 23, 2006, all'URL: «http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=177».

modifiche e le regole, politiche, termini o condizioni aggiuntivi (collettivamente, «Condizioni Addizionali») avranno effetto immediato e saranno inclusi nel presente Contratto. L'utilizzo continuato da parte sua di iTunes Store sarà considerato come accettazione da parte sua di tutte le Condizioni Addizionali. Tutte le Condizioni Addizionali qui richiamate sono da considerarsi incluse nel presente Contratto»⁷.

Tale meccanismo di modifica contrattuale unilaterale delle condizioni d'uso dei *files*, già legittimamente acquistati dagli utenti del servizio, può essere di fatto imposto e reso efficace attraverso una semplice modifica dei sistemi di Digital Rights Management che sovrintendono alla corretta gestione delle licenze di utilizzo ed accesso ai contenuti protetti.

All'interno del mercato europeo, tale comportamento è contrario alle regole stabilite dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Tale direttiva ha avvicinato le disposizioni degli Stati membri sulla presenza di clausole che, nei contratti stipulati fra un libero professionista ed un consumatore, stabiliscono condizioni particolarmente favorevoli per chi li predispone, e particolarmente sfavorevoli per il consumatore che vi aderisce.

La clausola presente nel contratto standard di iTunes, non soggetto a negoziazione, è, verosimilmente, da ritenersi abusiva, in

⁷ V. iTunes Music Store Terms of Service, Articolo 20 all'URL: <<http://www.apple.com/legal/itunes/it/service.html>>.

quanto comporta a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Secondo la direttiva 93/13/CEE, un tale comportamento è, infatti, riconducibile ad alcune delle fattispecie contemplate nell'allegato contenente l'elenco indicativo e non tassativo di clausole che possono essere dichiarate abusive⁸.

Specificatamente, la direttiva fa riferimento a quelle clausole che hanno per oggetto o per effetto quello di «autorizzare il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso»⁹, oppure di «autorizzare il professionista a modificare unilateralmente, senza valido motivo, alcune caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire»¹⁰.

Sulla base di tali argomenti, il 25 gennaio 2006, l'associazione norvegese a tutela dei consumatori ha presentato un esposto all'autorità garante norvegese per i consumatori (*Forbrukerombudet*: Mr. Bjørn Erik Thon) lamentando una violazione di fondamentali diritti dei consumatori da parte del servizio iTunes Music Store Norvegia¹¹. Benché la Norvegia non sia parte dell'Unione ma soltanto del c.d. Spazio Economico Europeo (EEA), il suo quadro normativo interno in materia di diritto d'autore e di protezione dei consumatori è perfettamente conforme a quello dei ventisette paesi appartenenti all'Unione.

Per questo motivo l'Ombudsman norvegese ha potuto riscontrare che alcune delle condizioni contrattuali presenti nel

⁸ V. direttiva 93/13/CEE, art. 3.

⁹ V. direttiva 93/13/CEE, annex lettera j).

¹⁰ V. direttiva 93/13/CEE, annex lettera k).

¹¹ J. SINGSTAD, *iTunes' questionable terms and conditions*, Jan. 25, 2006 all'URL: <<http://forbrukerportalen.no/Artikler/2006/1138119849.71>>. Il testo integrale del reclamo presentato dall'Ente norvegese per la tutela dei consumatori è reperibile all'URL: <<http://forbrukerportalen.no/filearchive/Complaint%20against%20iTunes%20Music%20Store>>.

servizio di Apple iTunes sono palesemente in contrasto con il paragrafo 9a del Marketing Control Act norvegese¹². Tale provvedimento normativo implementa nell'ordinamento del paese scandinavo la direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori.

Il paragrafo 9a prevede che:

«I termini e le condizioni che sono applicate o che si intendono applicare in una pratica commerciale avente come controparte un consumatore possono essere proibite se i termini e le condizioni sono considerati ingiusti per i consumatori e se le considerazioni generali richiedono una tale proibizione. Nel determinare se i termini e le condizioni di un contratto siano ingiusti, sarà messo in evidenza l'equilibrio fra i diritti e gli obblighi delle parti e se il rapporto contrattuale è ben definito oppure no».

Sulla base di tale provvedimento normativo, il garante norvegese, su richiesta di un'associazione di consumatori o di un'altra autorità, può intervenire e proibire l'uso di condizioni inique in contratti con consumatori¹³.

Nel caso in discussione, l'Ombudsman ha ritenuto di poter considerare irragionevoli alcune delle condizioni contrattuali stabilite da iTunes. In particolare, ha considerato inique le clausole nelle quali Apple si riserva il diritto di modificare senza alcun avviso i termini

¹² V. Act No. 47 del 16 giugno 1972 relativo al controllo del mercato e delle condizioni e dei termini contrattuali reperibile all'URL: «<http://www.forbrukerombudet.no/index.gan?id=706&subid=0>».

¹³ V. M. VALIMAKI, V. OKSANEN, *DRM Interoperability and Intellectual Property Policy in Europe*, 28 *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 562, 566 (2006).

di utilizzo del servizio, nonché l'esclusione di responsabilità per virus o altri danni ai sistemi *hardware* derivanti dall'attività di *download* di brani musicali dal proprio servizio¹⁴. Entrambe le previsioni, infatti, violerebbero, a detta del garante, i principi fondamentali in materia di diritto dei contratti. Infine, l'Ombudsman ha sottolineato come il sistema di DRM utilizzato da iTunes sia tale da limitare l'interoperabilità con altri formati ed altri apparati di riproduzione causando, per questo motivo, un isolamento dei consumatori all'interno del sistema proprietario di Apple¹⁵.

Tale decisione, anche se il caso è ancora aperto, rappresenta uno dei più significativi esempi in ambito europeo di utilizzo delle norme in materia di tutela dei consumatori come strumento di controllo nel mercato dei digital media protetti da sistemi di DRM¹⁶. Non è un caso che l'azione norvegese sia stata affiancata da altre simili in altri paesi europei aventi principalmente al centro della questione proprio la mancanza di interoperabilità del sistema FairPlay¹⁷.

¹⁴ V. *Norwegian Consumer Ombudsman's letter to iTunes* all'URL http://www.forbrukerombudet.no/asset/2406/1/2406_1.pdf.

¹⁵ V. *Norwegian Consumer Ombudsman's letter to iTunes*, cit., «For forbrukerne kan den DRM som iTunes Music Store benytter føre til en rekke uheldige konsekvenser. For det første begrenses forbrukernes valgfrihet ved at de nedlastede filene låses til visse avspillere, hovedsakelig Apples egne avspillere».

¹⁶ VALIMAKI, OKSANEN, *DRM Interoperability and Intellectual Property Policy in Europe*, cit., 566-567: «the case could have European-wide consequences since European consumer protection laws are harmonised to a large extent. It must be noted, however, that consumer authorities only protect consumers. Thus the consumer law approach may fall short of forcing Apple to open up its DRM format to competitors».

¹⁷ Apple sta affrontando diverse azioni legali in merito al sistema proprietario di distribuzione dei contenuti digitali. Le autorità svedesi e danesi a tutela dei consumatori stanno per altro considerando di seguire le tracce segnate dal caso norvegese. Su un diverso fronte, iTunes sembra avere problemi relativamente alla mancanza di interoperabilità con gli altri dispositivi. Si veda al riguardo la decisione del Conseil de la Concurrence, n° 04-D-54 du 9 Novembre 2004 relative à des

3.2 Sony-BMG rootkit

Anche il caso conosciuto come Sony-BMG *rootkit* è un esempio di come, nell'impiego di contenuti digitali, il consumatore possa trovare forme di tutela e riconoscimento di diritti anche fuori dal diritto d'autore¹⁸. Il caso si riferisce all'uso nei CD musicali commercializzati da Sony-BMG di un sistema tecnologico anti-copia chiamato XCP (i.e. Extended Copyright Protection)¹⁹. Tale sistema di protezione ha come effetto quello di installare un particolare *software* sui *computers* degli utenti che intendono ascoltare tali CD attraverso i propri lettori.

Uno dei problemi principali relativi a tale protezione, è essenzialmente legato al fatto che l'installazione di tale *software*, seppur dichiarata nell'End Users License Agreement (EULA), difetta sia di un'adeguata identificazione che di uno strumento di rimozione. Inoltre, tale programma è in grado di interferire con il normale

pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, reperibile all'URL: <http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/04d54.pdf>.

¹⁸ Il termine «rootkit» nasce dall'unione dei due termini *root* e *kit*. Il primo indica quello che nei sistemi operativi Unix è l'utente *administrator*. Il secondo termine indica un insieme di strumenti adibiti allo svolgimento di un determinato scopo. Un *rootkit*, dunque, è un insieme di strumenti *software* attraverso i quali è possibile acquisire i privilegi di amministratore del computer infettato. Per raggiungere tale obiettivo, il *rootkit* è solitamente in grado di nascondere la propria presenza e le proprie tracce anche ai software anti-virus.

¹⁹ Per un approfondimento dal punto di vista tecnico e giuridico sul caso *rootkit* si veda M. M. LABELLE, *The «Rootkit Debacle»: The Latest Chapter in the Story of the Recording Industry and the War on Music Piracy*, 84 *Denv. U.L. Rev.* 79 (2006); J. A. HALDERMAN, E. W. FELTEN, *Lessons from the Sony DRM Episode*, Ctr. for Info. Tech., Princeton Univ., Dep't of Computer Sci., Working Paper, 2006 all'URL: <http://itpolicy.princeton.edu/pub/sonydrm-ext.pdf>; J. F. DEBEER, *How Restrictive Terms and Technologies Backfired on Sony BMG Music* (Part 1), 6 *Internet & E-com. L. In Can.* 93 (2006); ID., *How Restrictive Terms and Technologies Backfired on Sony BMG Music* (Part 2), 7 *Internet & E-com. L. In Can.* 1 (2006).

funzionamento del sistema operativo Microsoft Windows, nonché con la lettura degli stessi CD musicali. Soprattutto, si è riscontrato che l'installazione di tale software ha come effetto collaterale quello di aprire delle «falle di sicurezza». In altri termini esso produrrebbe una breccia nel sistema operativo utilizzabile per accedere al computer e quindi alle informazioni ivi contenute. Il computer infetto è, pertanto, potenzialmente vulnerabile, consentendo l'accesso a qualsiasi informazione, comprese quelle di carattere confidenziale, all'invio di informazioni riservate, nonché all'attacco di virus.

L'EULA di Sony BMG non dichiarava la reale natura del *software* installato né i rischi di sicurezza e *privacy* creati e neppure la pratica impossibilità di rimozione oltre agli altri potenziali problemi per il sistema operativo ed il *computer* dell'utente. Al contrario l'EULA travisava la reale natura del *software* includendo condizioni ambigue ed alquanto restrittive.

Non appena gli utenti e le associazioni dei consumatori sono venute a conoscenza della questione, sono state intentate più di venti cause contro Sony BMG in Canada, negli Stati Uniti ed in Europa²⁰.

In seguito alla scoperta dell'uso di tale surrettizio e discutibile strumento anti-copia, nel novembre del 2005, il procuratore generale dello stato del Texas ha promosso un'azione collettiva contro Sony-BMG²¹ sulla base del Texas' Consumer Protection Against Computer Spyware Act of 2005 («Texas Spyware

²⁰ V. J. E. SHARP, *There Oughta Be a Law: Crafting Effective Weapons in the War Against Spyware*, 43 *Hous. L. Rev.* 879, 885 (2006). Nel caso in esame può essere richiamata anche la normativa prevista dalla direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi. Si veda direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

²¹ *Texas v. Sony BMG Music Entm't, Dist. Ct., Travis Co, Texas* all'URL: <http://www.sonymsuit.com/classactions/texas/complaint.pdf>.

Act»)²². Nel resto degli Stati Uniti altre azioni collettive sono state consolidate e conciliate²³. Molte di queste *class actions* sono state promosse in California dall'Electronic Frontier Foundation sulla base di un'asserita violazione del California's Consumer Protection Against Computer Spyware Act²⁴.

Il punto che qui preme sottolineare è che, stando a ciò che mi risulta, ci troviamo di fronte ad alcuni primissimi casi nei quali vengono richiamate delle norme a tutela del consumatore per difendere gli utenti da un uso non corretto di sistemi di DRM. In particolare, è interessante notare un'apertura verso tale approccio anche negli Stati Uniti, dove l'orientamento prevalente è stato sempre incline ad affrontare il problema, almeno sino ad ora, attraverso lo spettro della *copyright law*²⁵.

3.3 EMI Music France

L'ultimo esempio che intendo illustrare è il caso francese conosciuto come *CLCV v. EMI Music France*. L'associazione di consumatori

²² Tex. Bus. & Com. Code, § 48.001 et seq. Tale provvedimento contempla una serie di illeciti di carattere penale nei seguenti casi: «(1) unauthorized collection or culling of personally identifiable information; (2) unauthorized access to or modifications of computer settings; (3) unauthorized interference with installation or disabling of computer software; (4) inducement of computer user to install unnecessary software; and (5) copying and execution of software to a computer with deceptive intent. It also allows civil remedies».

²³ Settlement Agreement P I.A-B, In re Sony BMG CD Techs. Litig., No. 1:05-cv-09575-NRB (S.D.N.Y. 2005), all'URL: «<http://www.sonybmgcdtechsettlement.com/pdfs/SettlementAgreement.pdf>».

²⁴ Cal. Bus. & Prof. Code § 22947-22947.6. For details on the complaint see Electronic Frontier Foundation, Sony BMG Litigation Info, all'URL: «<http://www.eff.org/IP/DRM/Sony-BMG>».

²⁵ V. N. HELBERGER, *The Sony BMG Rootkit Scandal, Indicare*, Jan. 9, 2006, all'URL: «http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=165». Si veda inoltre J. E. COHEN, *The Place of the User in Copyright Law*, 74 *Fordham L. Rev.* 347 (2005); J. P. LIU, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 *B.C. L. Rev.* 397 (2003).

Consommation, Logement et Cadre de Vie (CLCV) ha promosso una causa nei confronti della succursale francese della casa discografica EMI Music, lamentando la mancanza di sufficienti e corrette informazioni fornite ai consumatori di CD musicali dotati di tecnologie anti-copia. In particolare, il giudice della corte di prima istanza ha considerato che la mancata informazione nei confronti dei consumatori circa il fatto che un *medium* digitale, come il *compact disc*, possa non funzionare correttamente su alcuni lettori multimediali, può effettivamente rappresentare una «*tromperie sur les qualités substantielles des CD*», ovvero un inganno sulle qualità sostanziali del supporto digitale²⁶. Per questa ragione, l'assenza di informazioni tanto rilevanti può costituire un comportamento ingannevole circa la natura e le qualità sostanziali del prodotto così come riconosciuto dall'articolo L213-1 del Code de la Consommation²⁷. In seguito, la Corte d'appello di Versailles ha confermato la decisione del Tribunale de Grande Instance di Nanterre, rigettando gli argomenti richiamati a propria difesa da EMI Music France. In questo caso il tribunale ha ordinato alla casa discografica di provvedere affinché i propri prodotti fossero

²⁶ V. Association CLCV v. EMI Music France, Tribunal de Grande Instance de Nanterre 6eme Chambre jugement du 24 Juin 2003, all'URL: «http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=34#».

²⁷ Article L213-1 Code de la Consommation (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 art. 322 Journal Officiel du 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994): «Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 250 000 F au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen en procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers: 1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises; 2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat; 3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre».

opportunamente etichettati con l'indicazione delle eventuali limitazioni all'utilizzo connesse con la presenza di sistemi di protezione²⁸.

4. DRM technologies, contratto e protezione del consumatore

Questi tre esempi offrono, a mio modesto avviso, una chiara testimonianza di come l'attuale sistema economico transnazionale sia spesso in contrasto con gli ordinamenti giuridici nazionali, incapaci di conformarsi rapidamente ai cambiamenti in atto nella società.

Tali casi, inoltre, sono esemplificativi della deriva in atto all'interno del diritto d'autore che sembra, sempre più, perdere la sua essenza evidenziando, invece, l'inadeguatezza ad occuparsi efficacemente delle sfide introdotte dalla globalizzazione.

Al contrario, lo strumento contrattuale è stato da sempre capace di adattarsi ai cambiamenti della società, dapprima con la rivoluzione industriale, ed oggi a seguito della rivoluzione introdotta dai prodotti del mondo digitale²⁹. Questa è la ragione per la quale il contratto è di fatto diventato il principale strumento di innovazione normativa e di standardizzazione³⁰.

In tale contesto, la combinazione di uno schema contrattuale e di una misura tecnologica di protezione può rappresentare una potente miscela per un sistema completamente automatizzato di distribuzione e gestione dei diritti di proprietà intellettuale, nonché per il controllo ed il pagamento di contenuti così protetti.

²⁸ *S.A. EMI Music France v. Association CLCV*, Cour d'Appel de Versailles 1ère chambre, 1ère section, 30 Septembre 2004, all'URL: <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/ca-vers20040930.pdf>.

²⁹ V. G. W. GOBLE, *The Nature of Private Contract*, 14 *Stan. L. Rev.* 631, 634 (1962) (book review).

³⁰ F. GALGANO, *La Globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 93-94. Sul rapporto tra normalizzazione giuridica e tecnologica si veda M. J. RADIN, *Online Standardization and the Integration of Text and Machine*, 70 *Fordham L. Rev.* 1125, 1138 (2002).

Pertanto, quando un utente accede ad un contenuto tutelato attraverso un tale schema, si trova di fronte ad un meccanismo contrattuale imposto dal *content provider* attraverso un *click-through* o *click-wrap agreement*. In particolare, nel mercato *on-line* dei media digitali, i sistemi di DRM operano normalmente in combinazione con schemi contrattuali, sì da farne applicare in modo effettivo i termini e le condizioni.

È, dunque, evidente come il flusso ed il controllo delle informazioni sia essenzialmente basato sui seguenti strumenti: contratto, tecnologia e diritto d'autore³¹. Come è stato già correttamente osservato, la rivoluzione ha rimodellato tale gerarchia mettendo da parte la legge e promuovendo il contratto e la tecnologia. Il diritto d'autore si è trasformato in un mero strumento per rinforzare il controllo basato sul contratto e sulla tecnologia³².

Effettivamente a ciò hanno contribuito non poco le cc.dd. legislazioni *anti-circumvention*, promulgate negli Stati Uniti³³ ed in Europa³⁴. Queste, unite all'uso dei sistemi di DRM ed alle misure tecnologiche di protezione, hanno avuto l'effetto di spostare forzatamente la questione dal diritto d'autore al diritto dei contratti.

Di conseguenza, se i contenuti digitali sono protetti dai sistemi di DRM e tali sistemi sono a loro volta protetti da strumenti

³¹ V. S. BECHTOLD, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, 52 *Am. J. Comp. L.* 323, 352 (2004); R. CASO, *Modchip e diritto d'autore. La fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale*, in *Cyberspazio e dir.*, 2006, 183, 216.

³² CASO, *Modchip e diritto d'autore. La fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale*, cit. Sul punto si veda diffusamente anche L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

³³ Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998), codified as amended in a new chapter 12 to Title 17 of the U.S.C. §§ 1201-1205 (2000).

³⁴ 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.

tecnologici e giuridici, la capacità del consumatore di esercitare i legittimi privilegi ed usufruire delle eccezioni garantite dal diritto d'autore potrebbe essere compromessa. I proprietari dei contenuti, infatti, possono determinare e dettare unilateralmente i termini e le condizioni che limitano e pregiudicano determinate possibilità d'impiego dei contenuti digitali da parte dei consumatori.

Inoltre, nel mercato digitale, i consumatori sono sempre più spesso sottoposti a vincoli derivanti da contratti di licenza iniqui, scorretti ed oscuri, all'abuso nella gestione dei propri dati personali, nonché ad avere a che fare con dispositivi e contenuti digitali che spesso non comunicano tra di loro stante l'utilizzo di diversi standard. Malgrado esistano precise norme al riguardo, i consumatori continuano ad avere scarse, o addirittura fuorvianti, informazioni sui prodotti e sui servizi loro offerti³⁵.

Per cercare di riequilibrare questa situazione desidero concentrarmi sugli aspetti generali della tutela del consumatore, sulle condizioni contrattuali eque e corrette, sulla trasparenza e le pratiche commerciali ingannevoli.

Le applicazioni monitorate attraverso un sistema di DRM hanno la capacità di formulare regole³⁶, e di far rispettare in maniera cogente le condizioni contrattuali³⁷. Possono bloccare l'accesso all'informazione ed ai contenuti anche oltre il periodo stabilito dalle norme sul diritto d'autore. Possono, altresì, comprimere le attuali

³⁵ V. Bureau Européen des Unions Des Consommateurs, BEUC Memorandum for the EU German Presidency, BEUC/X/066/2006, Nov. 2006, all'URL: <<http://www.beuc.org/BEUCNoFrame/Common/GetFile.asp?ID=21523&mfd=off>> [in seguito: BEUC Memorandum].

³⁶ Sul potere normative della tecnologia si veda LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, cit.; J. R. REIDENBERG, *Lex informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 *Tex. L. Rev.* 553 (1998).

³⁷ Si veda diffusamente L. M. C. R. GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, The Hague, 2002.

eccezioni sui diritti dei titolari di privativa, come l'eccezione di copia privata, quella per scopi scientifici o di istruzione, per fini di citazione o parodia³⁸.

Inoltre, un contratto monitorato da un sistema di DRM è spesso concluso senza che il predisponente, secondo il principio della buona fede, rispetti la necessaria trasparenza sulle condizioni relative all'uso di misure tecnologiche di protezione ed ai limiti da queste imposti.

In altri termini, le restrizioni imposte da un sistema di DRM sono frequentemente non chiare al consumatore. Tale ignoranza, risultato di indicazioni molto spesso sommarie se non addirittura erronee, può portare il consumatore a scelte non consapevoli

In altre parole, se in linea generale l'utilizzo dei sistemi di DRM ha avuto effetti positivi (ottimizzazione e diversificazione del mercato dei contenuti – nuovi investimenti in innovazione tecnologica – maggior scelta per gli utenti con differenziazione di prezzi e servizi) il meccanismo che ha preso piede nel mercato dei *media* digitali rischia di avere anche significative conseguenze negative. Il perverso effetto di un contratto controllato tecnologicamente è quello di non riuscire a mettere in conto il tradizionale equilibrio tra utenti e titolari di privativa, equilibrio che sta alla base del diritto d'autore e che è parte sia della dottrina anglo-americana del *fair use* che di quella delle eccezioni propria dell'Europa continentale. Se la tendenza è quella di aggirare contrattualmente tali eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, diventa giocoforza necessario agire sullo stesso terreno e garantire i consumatori rispetto a termini contrattuali, eventualmente vessatori, inseriti in transazioni elettroniche o altre forme di contratti al pubblico. In proposito, potrebbe risultare necessaria una specifica

³⁸ V. A. OTTOLIA, D. WIELSCH, *Mapping the Information Environment: Legal Aspects of Modularization and Digitization*, 6 *Yale J. L. & Tech.* 174 (2003).

regolamentazione di tali contratti che tenga conto delle necessità di informare e proteggere il destinatario del servizio.

Nel frattempo, come evidenziato nei sopraccitati esempi, possiamo immediatamente raggiungere alcuni buoni risultati applicando le norme generali a tutela del consumatore ed in particolare i rimedi offerti per proteggere il contraente debole.

5. Quali prerogative possono vantare i consumatori quando comprano contenuti digitali?

Anche il consumatore di contenuti digitali può vantare alcune prerogative che devono essere rispettate e considerate dai *content providers*. Purtroppo la maggior parte dei sistemi di distribuzione di contenuti digitali fanno uso di tecnologie DRM ed è spesso difficile stabilirne o riconoscerne la tipologia o, addirittura, la loro stessa presenza. Al riguardo non esistono norme uniformi e valide in tutti i paesi che obblighino a indicare chiaramente le caratteristiche e le limitazioni imposte da un sistema di DRM al contenuto così distribuito. Esistono tuttavia precise norme e codici di condotta appositamente predisposti per tutelare i consumatori contro le pratiche di pubblicità ingannevole, colposa non rappresentazione delle qualità del prodotto, condizioni contrattuali inique o pratiche commerciali scorrette³⁹. Inoltre, il diritto d'autore, solitamente, prevede alcune eccezioni alle prerogative degli autori. Tali eccezioni permettono ai consumatori di esercitare alcune azioni altrimenti non consentite. Il problema è che tali «diritti» e tali eccezioni possono

³⁹ J. ROTHCHILD, *Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism*, 74 *Ind. L.J.* 893, 897 (1999); R. T. NIMMER, *Images and Contract Law - What Law Applies to Transactions in Information*, 36 *Hous. L. Rev.* 1, 24 (1999). Si veda inoltre Bureau of Consumer Protection – Federal Trade Commission, *Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace: Looking Ahead* (September, 2000) all'URL: «<http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/electronicmkpl.pdf>»; Interpretation of Rules and Guides for Electronic Media; Request for Comment, 63 *Fed. Reg.* 24,996 (1998).

essere limitati od esclusi a seconda del tipo di contratto utilizzato nella transazione avente ad oggetto contenuti digitali. Le pratiche commerciali, in questi casi, possono far ricorso a licenze d'uso o a contratti di compravendita. La controversa natura della distinzione tra licenza e vendita, quando è applicata al mondo tecnologico, può rendere questa disputa dottrinale addirittura più complessa⁴⁰.

La principale differenza sta, comunque, nel fatto che nel caso della vendita la transazione verrà regolata secondo il diritto dei contratti mentre nel secondo caso ricadrà nella sfera di applicazione delle norme sul diritto d'autore⁴¹. Normalmente, accade che i titolari dei diritti preferiscano utilizzare licenze d'uso perché permettono di sottrarsi alla regola dell'esaurimento del diritto e di imporre specifici termini e limitazioni all'uso da parte dell'utente. È evidente come tale comportamento abbia come effetto quello di tracciare in modo netto i confini entro i quali le prerogative del consumatore possono essere esercitate. L'utilizzo di sistemi di DRM acuisce il problema, in special modo in quei casi in cui lo schema contrattuale non è frutto di negoziazione tra le parti, ma è piuttosto imposto unilateralmente.

La questione sottesa a queste considerazioni è quella di decidere se i consumatori di contenuti digitali possano trovare più opportuna protezione sotto l'ombrello del diritto dei contratti o piuttosto riconsiderando lo scenario del diritto d'autore. In caso di assenza di informazioni e di adeguata trasparenza è necessario decidere la soluzione da seguire: imporre un obbligo informativo oppure regolare direttamente il mercato. Dal primo punto di vista è interessante osservare come negli Stati Uniti le normative *pro-*

⁴⁰ V. R. T. NIMMER, *Intangibles Contracts: Thoughts of Hubs, Spokes, and Reinigorating Article 2*, 35 *Wm. & Mary L. Rev.* 1337, 1345-1346 (1994); R. T. NIMMER, *The Law of Computer Technology: Rights, Licenses, Liabilities*, St. Paul, § 6:1, 3d ed. 1997.

⁴¹ V. ROSENBLATT *et al.*, *Digital rights management: business and technology*, cit., 48.

consumer non abbiano goduto di un grosso successo nel settore dei *media* digitali. Uno dei provvedimenti più significativi in tale direzione, il Digital Media Consumers' Rights Act («DMCRA»)⁴², è stato introdotto al Congresso per ben tre volte senza mai essere approvato in via definitiva. Al contrario in Europa, paesi come la Francia, la Norvegia e la Germania, hanno introdotto ed adottato specifiche norme a favore dei consumatori di contenuti. Se da un lato può essere considerato ragionevole limitare la capacità del consumatore di copiare dati digitali utilizzando sistemi di DRM, è altrettanto ragionevole pretendere che l'utilizzo di tali sistemi sia completamente trasparente. La sensibilità verso tali problemi è recentemente cresciuta a tal punto che non sembra del tutto casuale la recente proposta dell'amministratore delegato di Apple relativa, addirittura, all'adozione di un sistema *DRM-free*⁴³, nonché l'ancora più sorprendente accoglimento della proposta da parte della casa discografica EMI Music⁴⁴.

6. *Le prerogative del consumatore nell'ambito del diritto d'autore*

Come precedentemente accennato, di solito i consumatori si vedono riconosciute alcune prerogative dalla stessa legge sul diritto d'autore⁴⁵. Il diritto d'autore, infatti, prevede talune eccezioni che consentono agli utenti di usufruire liberamente di opere intellettuali

⁴² V. *Infra* § 601. Si veda anche A. R. WATKINS, *Surgical Safe Harbors: The Family Movie Act and the Future of Fair Use Legislation*, 21 *Berkeley Tech. L.J.* 241, 263 (2006).

⁴³ Si veda la lettera aperta dell'amministratore delegato di Apple Steve Jobs, *Thoughts on Music*, all'URL: «<http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic>».

⁴⁴ V. Press Release, EMI Music Group, *EMI Music launches DRM-free superior sound quality downloads across its entire digital repertoire* (2 Aprile 2007) «<http://www.emigroup.com/Press/2007/press18.htm>».

⁴⁵ V. J. DE WERRA, *Moving Beyond the Conflict Between Freedom of Contract and Copyright Policies: In Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions: A Comparative Analysis Between U.S. Law and European Law*, 25 *Colum. J.L. & Arts* 239, 244 (2003).

senza una specifica autorizzazione da parte del titolare dei diritti⁴⁶. Sia i paesi di *common law* che quelli di *civil law* hanno diverse eccezioni in comune, come quelle per attività didattiche e scientifiche, per citazione, per parodia o per riproduzione per uso personale.

Generalmente queste eccezioni consentono ai consumatori, in determinate circostanze, di utilizzare o creare copie di materiale protetto dal diritto d'autore. I problemi sorgono quando viene utilizzato un sistema tecnologico di protezione che elimina tali ipotesi di *fair use*, ovvero tali libere utilizzazioni. Dal momento che l'aggiramento di tali sistemi è fondamentalmente vietato, il beneficiario di un'eccezione al diritto d'autore su un contenuto tecnologicamente protetto non avrebbe alcuna possibilità di usufruire di tale privilegio senza esporsi a sanzioni.

La questione è, dunque, quella di capire se i titolari dei diritti sono autorizzati a vanificare le eccezioni al diritto d'autore attraverso l'implementazione di sistemi di DRM.

La normativa comunitaria non risolve questo problema: la protezione offerta dall'art. 6(4) della 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, riguarda specificamente la relazione tra misura tecnologica di protezione ed eccezioni al diritto d'autore. Tuttavia tale norma rimane alquanto vaga e comunque difficile, per un singolo individuo, da rendere operativa⁴⁷. Inoltre,

⁴⁶ V. e.g. 17 U.S.C. 107 (2000) nonché, a livello internazionale, l'Articolo 9(2) della Convenzione di Berna e gli articoli 10 e 10-*bis*. Si veda anche INFORMED DIALOGUE ABOUT CONSUMER ACCEPTABILITY OF DRM SOLUTIONS IN EUROPE - INDICARE, *Consumer's Guide to Digital Rights Management*, all'URL: «http://www.indicare.org/tiki-download_file.php?fileId=195» [In seguito: Consumer's Guide to DRM].

⁴⁷ «In deroga alla tutela giuridica di cui al paragrafo 1, in mancanza di misure volontarie prese dai titolari, compresi accordi fra titolari e altre parti interessate, gli Stati membri prendono provvedimenti adeguati affinché i titolari mettano a

l'articolo prevede che la regolamentazione debba essere posta in essere dai titolari dei diritti e, solo sussidiariamente, sia soggetta all'intervento del singolo Stato. È evidente che una simile previsione può comportare una discutibile delega di poteri governativi ad un'entità non governativa, con la conseguente privatizzazione della funzione dello Stato nel proteggere la proprietà intellettuale e le sue eccezioni.

Solo pochi Stati membri hanno implementato disposizioni efficaci tese a proteggere l'interesse dei consumatori di contenuti digitali⁴⁸. Alcuni paesi come la Grecia e l'Irlanda hanno attuato la direttiva nell'ordinamento nazionale esigendo che i titolari dei diritti prevedessero appositi strumenti per consentire ai beneficiari delle eccezioni di poterne effettivamente usufruire⁴⁹.

Al contrario, l'ordinamento austriaco ed olandese non prevedono eccezioni alle disposizioni contro l'aggiramento delle misure tecnologiche. Per quanto riguarda invece l'eccezione per la

disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione, prevista dalla normativa nazionale in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2, lettere a), c), d), e), o dell'articolo 5, paragrafo 3, lettere a), b) o e), i mezzi per fruire della stessa, nella misura necessaria per poter fruire di tale eccezione o limitazione e purché il beneficiario abbia accesso legale all'opera o al materiale protetto in questione». V. direttiva 2001/29/CE, art. 6(4).

⁴⁸ Per lo stato dell'arte sul recepimento della direttiva alla data del 22 settembre, 2004, si veda U. GASSER, M. GIRSBERGER, *Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in E.U.-Member States. A Genie Stuck in the Bottle?* (Berkman Working Paper No. 2004-10) all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=628007>». Per più recenti informazioni sulla presente direttiva si veda S. VON LEWINSKI, *Rights Management Information and Technical Protection Measures as Implemented in EC Member States*, 35 *Int'l Rev. of Intell. Prop. & Competition L.* 844 (2004); M. GROENEBOOM, *Comparing the EUCD implementation of various Member States*, *Indicare*, Mar. 21, 2005 all'URL: http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=88; T. DREIER, P. B. HUGENHOLTZ (eds.), *Concise European Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, 2006, 392, 393.

⁴⁹ GROENEBOOM, *Comparing the EUCD implementation of various Member States*, cit.

copia privata, la Danimarca, per esempio, non menziona alcuna disposizione; il Copyright Act inglese fa espresso riferimento al *time shifting* come unica eccezione per la copia privata⁵⁰. In Italia, il decreto legislativo 68/2003, che attua la direttiva 2001/29/CE, autorizza una copia per uso personale di un contenuto digitale protetto solo nel caso in cui l'utente abbia acquisito il possesso legittimo dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, e a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti⁵¹.

Questi sono solo alcuni sommari esempi che mostrano come sia ancora piuttosto incerto il panorama applicativo di tale disposizione. In particolare, emerge che se l'adozione di misure volontarie per realizzare la piena attuazione delle eccezioni o limitazioni non dovesse essere operativa entro un periodo di tempo ragionevole, gli Stati membri possono adottare, in maniera assai diversa l'uno dall'altro, provvedimenti per consentire che i beneficiari delle eccezioni o limitazioni in questione ne fruiscano

⁵⁰ GROENEBOOM, *Comparing the EUCD implementation of various Member States*, cit. Per una disamina sulle differenti modalità di recepimento dell'art. 6(4) all'interno dei paesi dell'Unione si veda N. BRAUN, *The Interface Between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the United States and the European Community*, 25 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 496, 501 (2003); DREIER, HUGENHOLTZ (eds.), *Concise European Copyright Law*, cit., 393.

⁵¹ V. d.lgs. n. 68/2003, art. 71(4)-*sexies*: «Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti».

realmente⁵². Tutto ciò a scapito dell'obiettivo di armonizzazione previsto dalla direttiva.

Tuttavia, il problema reale ed irrisolto è che, anche nel caso in cui i consumatori si vedano riconosciuti alcuni privilegi garantiti dalle norme nazionali, le eccezioni al diritto d'autore possono essere derogate attraverso diverse condizioni contrattuali stabilite tra utenti e *content providers*.

7. Quando i DRMs e le condizioni contrattuali compromettono i diritti del consumatore

Se, come appena osservato, i sistemi di DRM e le associate misure tecnologiche di protezione vengono utilizzati per rendere cogenti le condizioni e i termini di contratti standardizzati⁵³, è evidente che uno strumento di regolazione del mercato può essere cercato anche al di fuori dell'ombrello del diritto d'autore. Le norme generali a tutela del consumatore hanno come compito quello di proteggere i consumatori nelle varie fasi contrattuali garantendo contro pratiche commerciali scorrette. In particolare, nel caso di utilizzo di sistemi di DRM, tali norme possono essere richiamate tutte le volte in cui il loro utilizzo non è dettagliatamente dichiarato oppure è falsato da informazioni imprecise. Di seguito passerò velocemente in rassegna gli strumenti normativi che nel sistema statunitense ed in quello continentale possono essere richiamati per la tutela e la promozione dei diritti dei consumatori. In particolare intendo considerare la dottrina dell'*unconscionability*, le principali direttive comunitarie in

⁵² Su questo punto si veda DREIER, HUGENHOLTZ (eds.), *Concise European Copyright Law*, cit., 392.

⁵³ I sistemi di DRM sono stati anche definiti «a souped-up standard form contract». V. I. KERR, J. BAILEY, *The Implications of Digital Rights Management for Privacy and Freedom of Expression*, 2 *Info. Comm. & Ethics in Soc'y*, 87, 89 (2004).

materia di consumo⁵⁴, e le altre tradizionali limitazioni in materia contrattuale già brevemente prese in considerazione nei casi citati in apertura del mio intervento⁵⁵.

⁵⁴ Le principali misure di tutela del consumatore nell'*acquis communautaire* in materia di consumo, possono essere divise in due categorie. Una relativa a direttive applicabili in generale, l'altra relativa a direttive che contengono norme su specifici settori o metodologie di vendita. Alla prima categoria appartengono: la direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa; la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; la direttiva 99/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 maggio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. Nella seconda categoria rientrano: la direttiva 95/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 novembre 1995, che modifica la direttiva 79/581/CEE concernente l'indicazione dei prezzi dei prodotti alimentari ai fini della protezione dei consumatori e la direttiva 88/314/CEE concernente l'indicazione dei prezzi dei prodotti non alimentari ai fini della protezione dei consumatori; la direttiva 76/768/CEE del Consiglio, del 27 luglio 1976, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai prodotti cosmetici; la direttiva 96/74/CE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa alla denominazione del settore tessile così come emendate dalla direttiva 97/37/CE; direttiva 92/28/CEE del Consiglio concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano; la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»; la direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al avvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo; la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; la direttiva 90/384/CEE del Consiglio del 20 giugno 1990 per l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di strumenti per pesare a funzionamento non automatico; la direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

7.1 *Digital Terms and Conditions: l'approccio statunitense*

Nell'ordinamento nordamericano i contratti standardizzati sono contemplati ed ammessi⁵⁶. La normativa a tutela del consumatore è stata per lungo tempo incentrata sull'*information disclosure*⁵⁷.

Sia a livello federale che a livello statale sono stati emanati provvedimenti per proteggere i consumatori contro le pratiche commerciali aggressive o scorrette⁵⁸. Tali competenze sono condivise con la Federal Trade Commission, un'agenzia incaricata dal Congresso di proteggere i consumatori contro pratiche ingannevoli e scorrette, nonché di vigilare su eventuali comportamenti anti-competitivi⁵⁹. Il più importante strumento a disposizione della Federal Trade Commission per applicare e far rispettare gli standard di correttezza è stato il suo potere regolatorio, sebbene di recente essa sia più incline ad utilizzare i suoi poteri amministrativi in quanto più flessibili ed efficienti⁶⁰. Le procedure normative, le azioni amministrative, le ingiunzioni e gli altri

⁵⁵ V. Association of American Publishers, Contractual Licensing, Technological Measures and Copyright Law, all'URL: «<http://www.publishers.org/home/abouta/copy/plicens.htm>».

⁵⁶ V. E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, New York, 4th ed., 2004.

⁵⁷ V. E. RUBIN, *The Internet, Consumer Protection and Practical Knowledge*, in J. K. WINN (ed.), *Consumer Protection in the Age of the Information Economy*, Aldershot, 2006, 38, 35; S. BAINBRIDGE, *Mandatory Disclosure: A Behavioral Analysis*, 68 *U. Cin. L. Rev.* 1023 (2000); THOMAS A. DURKIN, G. ELLIEHAUSEN, *Disclosure as a Consumer Protection*, in T. A. DURKIN, M. E. STATEN (eds.), *The Impact of Public Policy on Consumer Credit*, Boston, 2002, 109, 110.

⁵⁸ V. J. J. A. BURKE, *Reinventing Contract*, 10 *Murdoch U. Elec. J.L.* 2 18 (2003). Si veda anche R. L. OAKLEY, *Fairness in Electronic Contracting: Minimum Standards for Non-Negotiated Contracts*, 42 *Hous. L. Rev.* 1041, 1061 (2005).

⁵⁹ S. MORGANSTERN, *Legal Protection for the Consumer*, 2nd ed., 1978, 1; H. W. MICKLITZ, J. KESSLER, *Marketing practices regulation and consumer protection in the EC member states and the US*, 2002, 419; D. J. WHALEY, *Problems and Materials on Consumer Law*, 4th ed., 2006, 58.

⁶⁰ MICKLITZ, KESSLER, *Marketing practices regulation and consumer protection in the EC member states and the US*, cit., 424, 433.

meccanismi per bilanciare la posizione del consumatore sono tutti strumenti potenzialmente efficaci per proteggere lo stesso consumatore di prodotti digitali da pratiche ingannevoli e scorrette.

Su questo stesso punto, la dottrina dell'*unconscionability*⁶¹ ha l'effetto di estendere la protezione del contraente debole al massimo possibile⁶², fornendo al giudice il potere di determinare i confini di questo rimedio⁶³. Tale dottrina consente alla corte di prevenire l'adempimento di un contratto o di specifiche previsioni, se il giudice ritiene che il contratto, o qualunque parte dell'accordo, ponga condizioni inique.

⁶¹ Codificato nello UCC § 2-302 (1978). Tale dottrina è richiamata anche nel Restatement 2d of Contracts, § 208. Per approfondimenti sull'*unconscionability*, si veda A. A. LEFF, *Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause*, 115 *U. Pa. L. Rev.* 485, 505 (1967) (in tale scritto vengono individuate le tipologie di «procedural» e «substantive» *unconscionability*); J. A. SPANOGLE, *Analyzing Unconscionability Problems*, 117 *U. Pa. L. Rev.* 931 (1969); R. A. EPSTEIN, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 *J. Law & Econ.* 293 (1975); R. CRASWELL, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, 60 *U. Chi. L. Rev.* 1, 51-60 (1993); E. A. POSNER, *Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations On The Freedom to Contract*, 24 *J. Legal Stud.* 283 (1995); C. B. SWANSON, *Unconscionable Quandary: U.C.C. Article 2 and the Unconscionability Doctrine*, 31 *N.M. L. Rev.* 359, 367 (2001); R. KOROBKIN, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 1203 (2003).

⁶² V. D. W. SLAWSON, *Binding Promises: The Late 20th Century Reformation of Contract Law*, Princeton, 1996, 57. Si veda anche R. A. HILLMAN, J. J. RACHLINSKI, *Standard-form Contracting in the Electronic Age*, 77 *N.Y.U.L. Rev.* 429, 456 (2002) (gli autori sottolineano come la dottrina dell'*unconscionability* «affords courts considerable discretion to strike unfair terms directly rather than covertly by stretching less-applicable rules in order to reach a fair result»).

⁶³ V. C. CICORIA, *The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability. A Comparative Analysis*, 3 *Global Jurist Advances* (2003), «<http://www.bepress.com/gj/advances/vol3/iss3/art2>». «The doctrine of unconscionability is a doctrine of contract law that makes a contract term unenforceable when is demonstrated the occurrence of both procedural and substantive unfairness». V. *Black's Law Dictionary* 1524 (6th ed. 1990) 88.

Il problema della dottrina dell'*unconscionability* come dottrina giuridica, risiede nel determinare il significato effettivo di iniquità. Lo Uniform Commercial Code (U.C.C.), infatti, non ne dà una definizione. Le corti sono intervenute dandone un'interpretazione come «l'assenza di una scelta consapevole da parte di una delle parti contraenti in aggiunta a termini contrattuali che sono irragionevolmente favorevoli all'altra parte»⁶⁴. Tuttavia le corti hanno dimostrato una certa riluttanza a riscontrare condizioni inique nelle transazioni commerciali standard⁶⁵, anche se è indubbio che tale istituto sia in grado di «allargare le forme di tutela offerte al consumatore trattandosi di uno strumento incisivo ed efficace contro trattative eccessivamente squilibrate nonché l'abuso di posizione dominante»⁶⁶. Cionondimeno, secondo la maggior parte della dottrina, l'*unconscionability* non sembra coerente con l'obiettivo di mitigare gli effetti insidiosi di contratti standard e le pratiche

⁶⁴ *Williams v. Walker-Furniture Co.*, 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965). L'*unconscionability* è stata riconosciuta anche come «the absence of meaningful choice on the part of one party due to one-sided contract provisions, together with terms which are so oppressive that no reasonable person would make them and no fair and honest person would accept them». Vedi *Fanning v. Fritz's Pontiac-Cadillac-Buick, Inc.*, 322 S.C. 399, 472 S.E.2d 242, 245 (S.C. 1996).

⁶⁵ V. J. J. WHITE, R. S. SUMMERS., *Handbook of the law under the uniform commercial code*, St. Paul, 2d ed., 1980, 474 («findings of unconscionability should be rare in commercial settings»); si veda anche S. J. LEVIN, *Examining Restraints on Freedom to Contract as an Approach to Purchaser Dissatisfaction in the Computer Industry*, 74 *Cal. L. Rev.* 2101, 2108 (1986) (l'autore nota che «courts have exhibited a reluctance to find unconscionability in standard commercial transactions»); L. A. KORNHAUSER, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 *Cal. L. Rev.* 1151, 1153-57 (1976).

⁶⁶ V. CICORIA, *The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States Doctrine of Unconscionability. A Comparative Analysis*, cit., 7. L'autrice osserva come «this institution may be able to enlarge the spectrum of protection available to the consumer, being an incisive and effective legal instrument against unequal bargaining, and abuse of superior contractual position».

connesse alle licenze d'uso⁶⁷. Molto spesso l'*unconscionability* è utilizzata dai convenuti come una difesa processuale e la mancanza di significativo contenzioso al riguardo potrebbe suggerire la difficoltà di provare l'*unconscionability* in sede processuale da parte di singoli consumatori⁶⁸.

Anche il diritto dei contratti offre garanzie e protezione da clausole potenzialmente scorrette nei contratti standard⁶⁹. In particolare nel caso di accordi standardizzati il precetto della sezione 208 del Restatement (second) of Contracts consente alle corti di esaminare direttamente l'*unconscionability* del contratto o della clausola piuttosto che evitare risultati iniqui a seguito del criterio interpretativo adottato⁷⁰. Inoltre, la sezione 211 del Restatement (second) of Contracts fissa uno standard che⁷¹, sebbene non

⁶⁷ V., e.g., KOROBKIN, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, cit., 1208, 1256. Si veda anche GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, cit., 262 (l'autrice sottolinea come «the assessment of the fairness of a licence term under the doctrine of unconscionability takes no account of copyright policy issues and revolves only around matters of contract law and market inquiry»); J. H. REICHMAN, J. A. FRANKLIN, *Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with Public Good Uses of Information*, 147 *U. Pa. L. Rev.* 875, 927-929 (1999) (qui gli autori propongono la dottrina di una «public interest unconscionability»).

⁶⁸ V. F. H. MILLER, J. D. LACKEY, *The ABCs of the UCC: Related and Supplementary Consumer Law*, Chicago, 2nd ed. 2004, 109. Gli autori osservano che per tale ragione anche gli «statutes that permit administrative enforcement are important for consumer protection».

⁶⁹ *Restatement 2d of Contracts*, § 208. Vedi J. E. MURRAY, JR., *The Standardized Agreement Phenomena in the Restatement (Second) of Contracts*, 67 *Cornell L. Rev.* 735, 762-79 (1982); si veda anche HILLMAN, RACHLINSKI, *Standard-form Contracting in the Electronic Age*, cit., 454-63. Gli autori evidenziano le tre principali direttrici seguite dalle corti per equilibrare i potenziali abusi nei contratti standardizzati: unconscionability, Restatement (second) of contracts, section 211(3) e la dottrina delle *reasonable expectations*.

⁷⁰ Restatement 2d of Contracts, § 208 cmt. a.

⁷¹ Restatement 2d of Contracts, § 211.

frequentemente adottato⁷², di fatto si sovrappone alla dottrina dell'*unconscionability*, ma lo fa a condizioni e termini diversi⁷³. Gli effetti del *restatement*⁷⁴ possono essere sintetizzati nel modo seguente «una persona che manifesta assenso ad un contratto standard è vincolato dai termini del medesimo contratto eccetto per quanto riguarda quei termini che la parte che ha predisposto il contratto abbia ragione di ritenere possano determinare il rifiuto della sottoscrizione da parte del contraente se questi avesse saputo che le

⁷² Solo quarantatré *published judicial opinions* hanno interpretato la *section 211(3)* del *Restatement*, venticinque di queste riguardano corti dello Stato dell'Arizona, e la maggior parte riguardano dispute in materia di coperture assicurative. V. J. J. WHITE, *Form Contracts under Revised Article 2*, 75 *Wash U. L. Q* 315, 324-325 (1997).

⁷³ V. R. T. NIMMER, *Breaking Barriers: The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, 13 *Berkeley Tech. L.J.* 827, 874 (1998). È stato osservato che «The called doctrine of «reasonable expectations» and its variation described in Section 211 of the Restatement (Second) of Contracts have been incorporated into (substantive) unconscionability analysis by most courts». V. KOROBKIN, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, cit., 1257-1258.

⁷⁴ La sezione 211 stabilisce che:

«(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing.

(2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard term of the writing.

(3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

The provision is explained in the comments to the section:

Reason to believe [that a term would have been refused had the other party known of it] may be inferred from the fact that the term is bizarre or oppressive, from the fact that it eviscerates the non-standard terms explicitly agreed to, or from the fact that it eliminates the dominant purpose of the transaction. The inference is reinforced if the adhering party never had an opportunity to read the term, or if it is illegible or otherwise hidden from view. This rule is closely related to the policy against unconscionable terms and the rule of interpretation against the draftsman». *Restatement 2d of Contracts*, § 211 cmt. f.

clausole vessatorie erano presenti»⁷⁵.

Questo standard può offrire una difesa ulteriore per evitare che alcuni termini siano inseriti nei contratti tipo, in particolare con riferimento ad alcune condizioni contrattuali poco chiare o surrettiziamente non dichiarate in connessione con l'uso di misure tecnologiche di protezione⁷⁶. Alcune corti statunitensi hanno statuito che condizioni contrattuali sconosciute al consumatore non sono applicabili se il consumatore ignorava persino la loro esistenza e se tale ignoranza si dimostra ragionevole⁷⁷. La spiegazione dottrinale è che le condizioni contrattuali devono essere ragionevolmente comunicate per essere giuridicamente vincolanti e che questo requisito non è raggiunto laddove il consumatore non abbia ragione di sapere della presenza di siffatte condizioni⁷⁸. Un'apertura in tale direzione può essere rinvenuta nella già citata proposta di legge denominata Digital Media Consumers' Rights Act (DMCRA)⁷⁹. Si tratta di una recente risposta legislativa al problema delle

⁷⁵ V. NIMMER, *Breaking Barriers: The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, cit., 874, «a person who manifests assent to a standard form is bound by the terms of that form, except with respect to terms that the party proposing the form has reason to believe would cause the other party to reject the writing if it knew that the egregious term were present».

⁷⁶ Alcune corti hanno già applicato la *section 211(3)* del Restatement per invalidare contratti standardizzati che modificavano normative esistenti in casi riguardanti transazioni aventi ad oggetto software. Si veda *e.g.*, *Angus Medical Co. v. Digital Equip. Corp.*, 840 P.2d 1024, 1030-31 (Ariz. Ct. App. 1992) Cf. *Darner Motor Sales, Inc. v. Universal Underwriters Ins. Co.*, 682 P.2d 388 (Ariz. 1984) (adopting the Restatement). Sul punto si veda M. A. LEMLEY, *Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses*, 68 *S. Cal. L. Rev.* 1239 (1995).

⁷⁷ KOROBKIN, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, cit., 1268.

⁷⁸ V. *Ciro Silvestri v Italia Società Per Azioni Di Navigazione*, 388 F2d 11 (2d Cir 1968) (terms must be «reasonably communicated» to purchasers).

⁷⁹ Digital Media Consumers' Rights Act of 2005, H.R.1201, 109th Cong. (2005) (per il testo del provvedimento «[157](http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.1201:»).</p>
</div>
<div data-bbox=)

dichiarazioni reticenti ed incomplete relative alla commercializzazione di digital *media* protetti da sistemi anti-copia. Tale provvedimento, proposto dal deputato Rick Boucher, cerca di ristabilire lo storico equilibrio che sta alla base del diritto d'autore e assicura l'appropriata etichettatura dei contenuti digitali tecnologicamente protetti dalle copie. Con tale proposta di legge si vuole, infatti, introdurre un obbligo di utilizzare etichette che informino in maniera completa il consumatore sulle limitazioni imposte dai sistemi anticopia sui *compact disc*. In particolare, l'obiettivo principale della proposta di legge è quello di assicurare che i consumatori siano pienamente consapevoli delle limitazioni e restrizioni conseguenti all'acquisto di materiale digitale *copy-protected* in quanto attualmente i produttori non sono obbligati a fornire tali tipologie di informazioni sulle confezioni dei prodotti commercializzati. Molti consumatori, infatti, non sono a conoscenza dei limiti ai quali saranno sottoposti dopo l'acquisto⁸⁰.

In base alle argomentazioni sin qui svolte si ha l'impressione che la regolamentazione statunitense in materia di formazione del contratto limiti l'invalidità di un accordo altrimenti valido ad un molto ristretto numero di casi ed in modo molto blando⁸¹.

Nonostante queste impressioni, concordo con chi ha osservato che la struttura generale dell'U.C.C., nonché il diritto statunitense dei contratti – che include *unconscionability*, *reasonable expectations*, *contract against public policy* – possono essere fattivamente utilizzati per affrontare pratiche e condizioni scorrette

⁸⁰ V. Digital Media Consumers' Rights Act Official summary at «<http://www.house.gov/boucher/docs/dmcrhandout.htm>»; M. P. MATESKY, *The Digital Millennium Copyright Act and Non-Infringing Use: Can Mandatory Labeling of Digital Media Products Keep the Sky from Falling?*, 80 *Chi.-Kent L. Rev.* 515, 532 (2005).

⁸¹ V. R. CRASWELL, *Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere*, 92 *Va. L. Rev.* 565, 576, 579, 590 (2006).

che non hanno sollevato profili di problematicità⁸².

7.2 *Digital Terms and Conditions: l'approccio europeo*

Il quadro regolamentare comunitario, invece, è basato su un insieme di regole principalmente contenute nella direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori⁸³. Tale provvedimento è considerato una delle più importanti direttive in materia di contratti con i consumatori in quanto fornisce un concetto comunitario di abusività⁸⁴. Altri provvedimenti normativi comunitari che non hanno come principale scopo la protezione del consumatore sono comunque in grado di offrire tutela, oppure conferiscono alle autorità nazionali il potere di introdurre regolamentazioni a garanzia

⁸² V. J. BRAUCHER, *New Basics: Twelve Principles for Fair Commerce in Mass-Market Software and Other Digital Products*, in J. K. WINN (ed.), *Consumer Protection in the Age of the Information Economy*, Aldershot, 2006, 195.

⁸³ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Una parte fondamentale della letteratura giuridica su tale direttiva è scritta da studiosi tedeschi. Non a caso molte delle norme ivi contenute sono molto simili a quelle del Gesetz Zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Per alcuni interessanti commenti sulla direttiva si veda, ad esempio: H. E. BRANDNER, P. ULMER, *The Community Directive on Unfair Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, 28 *Common Mkt. L. Rev.* 647 (1991); V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 277; G. DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 691; R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994, V, 137; C. JOERGES, *The Europeanization of Private Law as a Rationalization Process and as a Contest of Disciplines – an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, 3 *Eur. Rev. Private L.* 175 (1995); B. TREMML, *The EU Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, 3 *Int'l Cont. Adv.* 18 (1997); H. COLLINS, *Regulating Contracts*, New York, 1999, 256; G. G. HOWELLS, S. WEATHERILL, *Consumer protection law*, Aldershot, 2nd ed., 2005, 261. Si veda anche OAKLEY, *Fairness in Electronic Contracting: Minimum Standards for Non-Negotiated Contracts*, cit., 1065.

⁸⁴ G. HOWELLS, T. WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, Aldershot, 1997, 3.

dei contraenti deboli⁸⁵. Così, ad esempio, può essere richiamato l'insieme delle disposizioni della direttiva sul commercio elettronico che ha ad oggetto le pratiche pubblicitarie e commerciali rivolte ai consumatori da parte dei fornitori di servizi della società dell'informazione⁸⁶. Anche la c.d. direttiva «televisioni senza frontiere»⁸⁷, che coordina certi aspetti delle comunicazioni commerciali attraverso mezzi di comunicazione di massa, può avere una certa rilevanza nel dibattito sulla materia. Inoltre, sia la convenzione di Bruxelles⁸⁸, che quella di Roma⁸⁹ stabiliscono regole nel caso di contenziosi contrattuali transnazionali all'interno della comunità, per determinare la corte di quale Stato membro abbia competenza sul caso, nonché la legge dello Stato membro applicabile al contratto⁹⁰. All'interno della Comunità, gli obblighi generali di

⁸⁵ V. Commission of the European Communities, Green Paper on European Union Consumer Protection, COM(2001) 531 final.

⁸⁶ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»).

⁸⁷ Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive modificata dalla direttiva 97/36/CE.

⁸⁸ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁸⁹ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 80/934/EEC [Rome Convention] 1980 O.J. (L266) 1.

⁹⁰ La regola generale, stabilita nell'articolo 3.1 della convenzione di Roma recita così «Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso». Allo stesso tempo, l'articolo 5 prevede un'eccezione per i contratti che coinvolgono consumatori e per i quali l'oggetto consista nella «fornitura di beni mobili materiali o di servizi a una persona». «For contracts involving consumers the law preferred by the parties should not adversely affect the mandatory provisions of the State in which the consumer is habitually

informazione e gli obblighi di informazione specificamente imposti a tutela del consumatore sono considerati una parte importante delle politiche di *consumer protection*. Il dovere di informazione rappresenta la base delle libertà di scelta degli utenti⁹¹. Sebbene tali provvedimenti non abbiano espressamente a che fare con le *copyright licences* possono senz'altro essere estesi alla commercializzazione di prodotti digitali attraverso le cc.dd. *click-wrap licenses*⁹².

Con riguardo alla direttiva sulle clausole abusive, essa invalida le clausole standard che risultano inique e che si traducono in un significativo squilibrio degli obblighi delle parti a danno del consumatore⁹³. In particolare una clausola è considerata abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, essa causa un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, così come divisati nel contratto, a detrimento del consumatore⁹⁴. La direttiva contiene anche una lista non esaustiva delle clausole potenzialmente abusive⁹⁵. Tale direttiva fissa soltanto un livello

resident. The application of this rule is questionable in the case of intellectual property licensing agreements. In fact, the convention fails to deal expressly with issues of jurisdiction and choice of law for copyright infringement cases». Si veda sul punto R. XALABARDER, *Copyright: choice of law and jurisdiction in the digital age*, 8 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 79, 80 (2002).

⁹¹ V. L. OSLEN, *The Information Duty in Connection with Consumer Sales over the Net*, in T. WILHELMSSON *et al.* (eds.), *Consumer Law in the Information Society*, The Hague, 2001, 147.

⁹² GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, cit., 302-304; U. GASSER, *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media – A Case Study* 21 (Berkman Ctr. for Internet & Soc'y at Harvard Law School Research Publ'n No. 7, 2004), «<http://ssrn.com/abstract=556802>», 21-22.

⁹³ La Direttiva si applica soltanto ai contratti dei consumatori, ovvero quei contratti che coinvolgono un individuo singolo che acquista beni e servizi per uso personale. V. HOWELLS, WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, cit., 88-95.

⁹⁴ Direttiva 93/13/EEC, art. 3(1).

⁹⁵ Direttiva 93/13/EEC, art. 3(3).

minimo di tutela, mentre ciascuno Stato membro mantiene il potere di dotarsi di una legislazione nazionale a tutela dei contraenti maggiormente garantista delle prerogative dei consumatori che aderiscono a condizioni contrattuali standardizzate. Una clausola inserita in un contratto standardizzato potrebbe essere considerata presuntivamente abusiva se produce un «significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni delle parti sorgenti dal contratto a danno del consumatore»⁹⁶.

Volendo comparare la regolamentazione delle clausole abusive con il concetto relativo alla dottrina dell'*unconscionability* secondo il diritto contrattuale statunitense, è possibile affermare che la regolamentazione europea lascia più ampio margine all'intervento giurisdizionale⁹⁷.

Anche la direttiva sui contratti a distanza⁹⁸, e la direttiva sul commercio elettronico⁹⁹ potrebbero essere applicate ai prodotti ed ai servizi offerti attraverso strumenti contrattuali controllati da sistemi di DRM¹⁰⁰. Entrambe le direttive, infatti, includono disposizioni a tutela della trasparenza che obbligano i fornitori di servizi a rispettare

⁹⁶ GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts: an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, cit., 254.

⁹⁷ V. J. K. WINN, B. H. BIX, *Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and the EU*, 54 CLEV. ST. L. REV. 175, 186 (2006) (gli autori evidenziano un «much lower threshold for intervention by courts also with reference to federal and state regulation of unfair and deceptive trade practices»).

⁹⁸ Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

⁹⁹ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (direttiva sul commercio elettronico).

¹⁰⁰ V. L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Consumer protection and Copyright Law*, 10-14 all'URL: «<http://www.ivir.nl/publications/other/copyrightlawconsumerprotection.pdf>». Si veda anche N. HELBERGER, *Digital Rights Management from a Consumer's Perspective*, 8 IRIS plus (2005), all'URL: «http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2005.pdf.en».

i requisiti relativi alle informazioni sulle caratteristiche principali dei beni e servizi, sui prezzi, sul diritto di recesso e sulle altre condizioni generali di contratto. Nello specifico, la direttiva sui contratti a distanza attribuisce ai consumatori il diritto di recedere da certi contratti quando la formazione del contratto avviene in assenza della presenza fisica delle parti contrattuali¹⁰¹. In questo tipo di contratti il consumatore deve ricevere conferma scritta o in altra modalità durevole, come un messaggio di posta elettronica, al momento dell'adempimento del contratto.

Di recente il quadro regolamentare comunitario in materia di protezione del consumatore è stato arricchito con una nuova direttiva in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno¹⁰². Tale nuova direttiva riguarda le transazioni *business to consumers* nelle quali il consumatore è influenzato da una pratica commerciale sleale. In particolare, essa si applica a tutte le transazioni delle imprese con il consumatore nei casi in cui questo viene influenzato da una pratica commerciale sleale avente una diretta rilevanza sulle sue decisioni, come quella di acquistare o meno un prodotto, sulla libera scelta in caso di acquisto e sulle decisioni riguardanti l'esercizio o meno di un diritto.

Attraverso l'armonizzazione della legislazione in questo settore la direttiva fornisce un criterio generale per determinare se una pratica commerciale è sleale al fine di stabilire un limitato spettro di pratiche proibite in tutta la Comunità.

In particolare, il principio utilizzato per stabilire se una pratica è sleale è la «distorsione sostanziale del comportamento

¹⁰¹ Direttiva 97/7/EC, art. 6.1.

¹⁰² Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno. Per un primo commento al provvedimento si veda H. COLLINS, *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, The Hague, 2004.

economico dei consumatori»¹⁰³. Questo criterio fa riferimento all'uso di pratiche commerciali che attenuano in maniera significativa l'abilità del consumatore di assumere una decisione consapevole e così lo inducono ad assumere decisioni che non avrebbe altrimenti assunto¹⁰⁴. È indubbio che la direttiva può costituire un nuovo punto di partenza nella fissazione di nuovi livelli di tutela anche per quanto riguarda le transazioni aventi ad oggetto *digital media*¹⁰⁵. È stato, infatti, osservato in dottrina che l'inadempimento «dell'obbligo di informare i consumatori circa l'applicazione di un sistema anticopia su un supporto digitale può rappresentare una pratica ingannevole proibita» secondo il dettato della direttiva¹⁰⁶.

8. Conclusioni

In un contesto dove il diritto dei contratti sta sempre più prendendo il sopravvento sul diritto d'autore, ho cercato di evidenziare i problemi causati da tale deriva nonché le possibili soluzioni per preservare il tradizionale e storico bilanciamento tra gli interessi dei titolari dei diritti ed i fruitori dei contenuti.

In particolare ho cercato di verificare come, sia in ambito europeo che statunitense, le norme generali di *consumer protection law* possano essere utilizzate anche per proteggere i consumatori nell'uso di contenuti protetti da DRM.

Dalla breve indagine svolta, emerge che mentre il diritto comunitario sembra prevedere una serie di regole speciali per particolari tipologie di contratti, il sistema statunitense sembra trattare la questione della *consumer protection* in modo più generale

¹⁰³ Direttiva 2005/29/EC, art. 2(e).

¹⁰⁴ Direttiva 2005/29/EC, art. 2(e).

¹⁰⁵ V. C. COTEANU, *Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practice*, Aldershot, 2005.

¹⁰⁶ GUIBAULT, HELBERGER, *Consumer protection and Copyright Law*, cit., 15.

lasciandola in balia dei meccanismi di mercato¹⁰⁷. Emerge, soprattutto, che entrambi i sistemi abbisognano di un'implementazione di norme specificatamente previste ad impedire un uso scorretto dei sistemi di DRM¹⁰⁸, non essendo le attuali propriamente disegnate per far fronte al crescente mercato delle transazioni di contenuti digitali¹⁰⁹.

A livello comunitario, per esempio, si potrebbe approfittare dell'attuale revisione del quadro normativo in materia di protezione dei consumatori ed in materia di proprietà intellettuale, per includere delle specifiche disposizioni sull'uso di tecnologie di DRM nei contratti con consumatori¹¹⁰. Come sostenuto dal Bureau Européen des Unions des Consommateurs sarebbe sufficiente introdurre specifiche norme di tutela per i contratti *code-based* piuttosto che *contract-based* magari all'interno della stessa direttiva sulle clausole abusive¹¹¹.

Cambiare un modello consolidato di *business* non è cosa facile, né tantomeno realizzabile in un breve lasso di tempo. La sfida nel campo della distribuzione e commercio di prodotti digitali consiste nel garantire un compenso per coloro che producono

¹⁰⁷ WINN, BIX, *Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and the EU*, cit., 190.

¹⁰⁸ N. HELBERGER, *Digital Rights Management from a Consumer's Perspective*, 8 IRIS plus (2005), disponibile all'URL: «http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus8_2005.pdf.en». L'autrice sostiene la tesi secondo la quale sia necessario introdurre norme *sector-specific* a tutela dei consumatori, le sole in grado di prendere in considerazione certe caratteristiche del mercato dei *digital media*.

¹⁰⁹ V. BRAUCHER, *New Basics: Twelve Principles for Fair Commerce in Mass-Market Software and Other Digital Products*, cit., 176.

¹¹⁰ V. BEUC Memorandum, cit., 8.

¹¹¹ C. KUTTERER, *Protection of Consumers against Unfair Practices in e-Commerce, intervention to the Conference: The European Legal Framework for e-Business and Innovation* (27-28 Nov. 2006, Brussels) all'URL «<http://docshare.beuc.org/Common/GetFile.asp?PortalSource=2530&DocID=9114&mfd=off&pdoc=1>».

NICOLA LUCCHI

innovazione, assicurando, allo stesso tempo, che la difesa dei profitti derivanti dal monopolio loro concesso non prevalga ingiustamente sugli altrettanto importanti interessi dei fruitori.

IL DRM, IL CONTRATTO ED IL CONCETTO DI PROPRIETÀ

LAURENT MANDERIEUX

SOMMARIO: *1. Introduzione - 2. L'approccio proprietario - 3. Il rifiuto dell'approccio proprietario: la teoria contrattuale - 4. Conclusioni.*

1. Introduzione

Il Digital Rights Management (DRM) viene regolato tramite accordi di licenza. Inoltre, in linea di principio, il DRM viene gestito da misure di protezione tecnologiche o Technological Protection Measures (TPMs). Dunque, dalla correlazione DRM-meccanismi di licenza appare chiaramente lo stretto rapporto del DRM con il concetto di contratto. Ma ci si può chiedere anche in quale modo il DRM interagisca con il concetto di proprietà.

In realtà, quando si studia la relazione tra il DRM ed il concetto di proprietà, risulta necessario ritornare agli albori del diritto d'autore, diritto alla base del DRM: gli argomenti usati nel dibattito storico sulla natura del diritto d'autore assomigliano molto a quelli adoperati nelle odierne discussioni concernenti il DRM.

Tale dibattito fu particolarmente virulento, soprattutto nei decenni precedenti l'adozione della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche (1886). Con l'entrata in vigore in Italia della legge del 22 aprile 1941 n. 633 e di leggi simili in tutta Europa a metà del secolo scorso, le discussioni sulla natura del diritto d'autore – credito dell'autore verso la società, o proprietà di un «bene immateriale» – sembravano definitivamente chiuse a favore dell'approccio detto «proprietario». Con l'avvento del DRM, questo dibattito viene risvegliato, con argomenti identici o conseguenze analoghe.

Il dibattito odierno, come quello dell'ottocento, rimanda ad argomenti filosofici, economici, politici e – in fin dei conti – giuridici. Il presente contributo intende analizzare gli argomenti discussi in una prospettiva diacronica e comparatista, dando dunque una luce storica al dibattito attualmente in corso. Come già accennato, gli approcci sono due: l'approccio proprietario e l'approccio «contrattualista» del credito dell'autore verso la società. Vediamone le radici e le fondamenta.

2. *L'approccio proprietario*

Troviamo due origini dell'approccio proprietario reciprocamente intrecciate. Le leggi francesi del 1791-1793 ed in particolare la legge Le Chapelier del 1791 (dal nome del suo relatore) ed il pensiero economico inglese, espresso soprattutto da John Locke, alla base della dottrina giusnaturalista. Secondo Locke, l'uomo è proprietario della sua persona e di conseguenza il lavoro del creatore intellettuale merita la proprietà sull'opera dal medesimo prodotta. Questo valore del lavoro intellettuale è in stretto legame con l'opera creata. Se il sistema anglosassone di protezione degli autori si sviluppa nel settecento a partire dagli *statutory rights*, in Europa continentale la legge Le Chapelier del 13 gennaio 1791 sul diritto di rappresentazione in pubblico stabilisce un sistema parallelo¹, ma diverso poiché introduce il concetto di proprietà sull'opera creata dall'individuo². Questa legge viene completata da un'altra del 19

¹ Sul parallelo tra i sistemi anglosassone e francese, cfr. M. A. LEMLEY, P. S. MENELL, R. P. MERGES, *Intellectual Property in the New Technological Age*, III ed., New York, 2003, 320-321.

² Le Chapelier (Rapport de l'Assemblée Constituante, Comité de la Constitution, 13 janvier 1791): «[...] En sollicitant pour les auteurs, leurs héritiers ou leurs concessionnaires, la propriété la plus entière de leurs ouvrages pendant leur vie et cinq ans après leur mort, [les auteurs dramatiques] reconnaissent et même ils invoquent les droits du public, et ils n'hésitent pas à avouer qu'après ce délai de cinq ans les ouvrages des auteurs sont propriété publique. [...] Le public devrait avoir la

luglio 1793 sui diritti di riproduzione, la quale dichiara esplicitamente che questo diritto nasce dal legame tra l'opera creata e l'individuo³. Benché queste leggi della Francia rivoluzionaria siano state varate semplicemente per disciplinare i diritti di rappresentazione pubblica e di riproduzione, per la loro formulazione costituiscono la radice legislativa dell'approccio proprietario.

Il periodo relativamente breve stabilito – tutta la vita dell'autore più alcuni anni (5 nella legge del 1791 e 10 in quella del 1793) dopo la sua morte – per il diritto d'esclusiva a favore dell'autore sarà oggetto di una battaglia che avrà inizio proprio allora ed è tuttora in corso (i recenti dibattiti al Congresso statunitense sull'estensione dei diversi periodi d'esclusiva del *copyright*, voluta dalle case discografiche e cinematografiche americane, ne sono una vivace testimonianza). In realtà è tramite questa battaglia, o piuttosto con il pretesto di questa battaglia, che si affrontano sostenitori e oppositori dell'approccio proprietario. L'approccio proprietario della legge Le Chapelier è alla base di molte leggi dell'Europa continentale (cfr. testi recenti come la legge francese dell'11 marzo 1957 e la legge italiana del 22 aprile 1941 n. 633) e di un'ampia

propriété de ces chefs-d'œuvre [...] et chacun devrait être maître de s'emparer des ouvrages immortels de Molière, de Corneille et de Racine pour essayer d'en rendre les beautés et de les faire connaître. Mais le despotisme qui flétrissait tout, qui portait ses regards sur toutes les institutions, pour les maîtriser avait envahi cette propriété commune et l'avait mise en privilège exclusif [...] La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain; c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété».

³ La legge del 19 luglio 1793 stabilisce che un diritto esclusivo è conferito agli autori poiché la loro proprietà è «la più sacra, la più personale di tutte le proprietà», considerando in particolare che procede dal frutto del pensiero, della creazione intellettuale.

corrente dottrinale in tutto il vecchio continente (si pensi, in Italia, ad Oppo)⁴ accompagnate da un'evoluzione giurisprudenziale nella medesima direzione⁵.

Gli autori stessi hanno preso parte attiva in questo dibattito, soprattutto nell'ottocento. L'approccio proprietario riuniva allora la maggior parte degli autori celebri (in Francia nell'ottocento: Honoré de Balzac, Lamartine, Alfred de Vigny, *etc.*). Il romanziere Honoré de Balzac e il poeta romantico Alfred de Vigny fecero un energico lavoro di lobby a favore dell'incremento della durata della protezione attraverso una serie di articoli pubblicati in riviste per il grande pubblico⁶. Victor Hugo, autore de «I miserabili» e pur difensore delle caste popolari, nella sua veste di deputato della Terza Repubblica, è stato uno degli artefici del diritto d'autore proprietario moderno e un ispiratore della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche. La dottrina francese della prima metà dell'ottocento veste grande importanza per la formazione del diritto d'autore moderno in Europa continentale e giuristi come Joseph-Marie Portalis o Edouard-René Laboulaye contribuirono a dare luce agli approcci proprietari al diritto d'autore con argomenti che risultano assolutamente attuali (Laboulaye non esitò a sviluppare nel modo estremo il concetto di proprietà dell'autore sulla sua opera, giungendo ad asserire che l'autore dovrebbe essere dotato di un diritto perpetuo sulle sue produzioni letterarie).

⁴ G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 187 ss.

⁵ L. MOSCATI, *Sul diritto d'autore. Tra codice e leggi speciali*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2002, 497, la quale fornisce numerosi chiarimenti sulla progressiva accettazione della natura proprietaria del diritto d'autore in Italia e sui relativi dibattiti.

⁶ Honoré de Balzac pubblica nel 1834 nella «Revue de Paris» la sua celebre «Lettera agli scrittori francesi del XIX secolo» e Alfred de Vigny pubblica nel 1841 nella diffusissima «Revue des Deux Mondes» una lettera ai deputati.

L'argomento chiave della dottrina a favore dell'approccio proprietario rimane quello ereditato dalla corrente giusnaturalista: la padronanza dell'uomo sulla sua opera non solo giustifica ma anzi rappresenta un vero e proprio diritto di proprietà. La proprietà si cristallizza sulla forma espressiva del lavoro creato, non sull'idea che vi è sottesa (tuttavia il DRM odierno può essere adoperato anche per proteggere mere idee). È unicamente nella forma dell'opera che è contenuto il lavoro creativo sul quale – ci riferiamo sempre alla filosofia di Locke – si può dunque affermare il diritto di proprietà. Ai giusnaturalisti sembra chiaro che le idee non possano rappresentare una materia per l'appropriazione poiché sono «di per sé» generiche, ed inoltre il loro impossessamento sarebbe una minaccia per la libertà. Così l'approccio proprietario riesce a determinare un equilibrio tra interessi privati e interesse generale.

Il successo legislativo dell'approccio proprietario ideato nell'800 è stato generale e perciò anche i moderni ideatori e architetti di sistemi come i Creative Commons, spesso avversari dichiarati del medesimo approccio, si sono dovuti (nei fatti) adeguare al modello dominante. Lo dimostra logica posta alla base della maggior parte delle licenze come quelle Creative Commons.

Inoltre, dalla dicotomia idea-espressione deriva la possibilità di smembrare i diversi aspetti della proprietà sulla forma dell'opera (oggi si direbbe sul supporto dell'opera). Anche questo passo è stato compiuto nel corso dell'ottocento: è infatti in questo periodo che appare il concetto moderno di diritto d'uso (per chi acquista l'opera) o il diritto allo sfruttamento autonomo (per l'editore). Nell'ambito di questa logica, il DRM odierno appare dunque come un mezzo per permettere di realizzare un ulteriore smembramento dell'opera.

Nei modelli proprietari di diritto d'autore, la questione del legame personale e intimo tra l'autore originale e la sua opera è stata approfonditamente studiata e soluzioni idonee sono state identificate

dalla dottrina e dai legislatori per garantire all'autore il dominio sull'opera. Una parte consistente della dottrina sostiene che la sostanza dell'opera è sempre identificabile nella proprietà di chi l'ha creata, mentre l'editore ne acquista solo l'uso⁷: di conseguenza, l'autore conserva sempre un certo livello di controllo sulla sua opera.

Questo ragionamento permetterà un ulteriore sviluppo: l'introduzione del concetto di diritto morale dell'autore, reso possibile dallo smembramento della proprietà del titolare del diritto d'autore. Erede dell'approccio proprietario, il diritto dell'autore al rispetto dell'integrità della sua opera – concetto anch'esso nato nell'800 – serve opportunamente oggi per dare più forza all'efficacia giuridica del DRM. Si capisce perciò il contributo fondamentale del concetto di diritto d'autore basato sulla proprietà per la *ratio*, l'esistenza giuridica ed il funzionamento del DRM.

3. Il rifiuto dell'approccio proprietario: la teoria contrattuale

L'approccio antitetico al diritto d'autore proprietario merita anche uno studio dettagliato, poiché rappresenta il punto di partenza di coloro che criticano il mutamento attuale della proprietà intellettuale. Dall'ottocento in poi si sviluppano due correnti che si oppongono all'approccio proprietario per il diritto d'autore: la corrente liberale e la corrente d'ispirazione socialista. Ognuna di queste due correnti è essa stessa suddivisa in diverse varianti filosofiche: la corrente liberale comprende anche pensatori cattolici, nella corrente socialista sono rappresentati filosofi di tendenze anarchiche e utopiste. Spesso questi diversi approcci trovano punti di convergenza nella negazione della possibilità di concepire una proprietà su opere intellettuali, a causa della diversità tra beni immateriali e beni materiali. In questa

⁷ Gli oppositori dell'approccio proprietario condividono questa considerazione: cfr. A. C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1838.

corrente, del tutto non trascurabile e con ramificazioni perduranti nel tempo, possiamo classificare personalità del calibro di Pierre-Joseph Proudhon, ma anche pensatori liberali francesi Augustin-Charles Renouard o Jean-Baptiste Say e, almeno in Francia, parlamentari cattolici.

Gli argomenti da loro sviluppati sono fondati su un postulato centrale: l'autore merita un credito da parte della collettività per il suo contributo all'arricchimento culturale della società. La creazione intellettuale non può essere paragonata alla creazione di merci e dunque la proprietà su tale creazione risulta inconcepibile⁸. Queste argomentazioni poggiano su tesi sostenute da studiosi del diritto romano che pensano il concetto di proprietà come intrinsecamente legato al *dominium*. In questa prospettiva il concetto di proprietà esclude quei beni slegati dalla materia, poiché solo beni materiali possono essere fisicamente divisi tra soggetti di diritto⁹. Da questa doppia serie di motivazioni, risulta che il diritto dell'autore sulla sua opera consiste non in un titolo di proprietà ma piuttosto in un privilegio. Si tratta di privilegio certamente legittimo ma soggetto a limiti che hanno lo scopo di garantire la diffusione della conoscenza. È da quest'ultimo argomento – il privilegio equivalente ad un credito verso la società – che si deduce l'assenza della necessità, al fine di proteggere i diritti dell'autore, di una distinzione tra le idee e la forma data dall'autore alle stesse idee (un approccio ripreso oggi da chi avversa il diritto d'autore su supporto virtuale). Così, con il sistema del credito dell'autore, detto anche «approccio contrattuale», si instaura un equilibrio tra gli interessi privati e l'interesse generale.

L'accesso alla conoscenza è l'altro fondamentale argomento usato dalla corrente filosofica favorevole alla teoria contrattuale. Per

⁸ Cf. *Compte-rendu des travaux du Congrès international de la Propriété littéraire et artistique de Bruxelles* (Société d'Economie Politique, Paris, 1859).

⁹ RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, cit.

pensatori di carattere religioso, eredi di concezioni del sapere risalenti già al medioevo, la conoscenza è un dono di essenza divina. Essa può dunque essere solo di natura gratuita e non appropriabile. Sviluppando teorie sui valori collettivi, che vanno oltre a quelle promosse dai pensatori socialisti, i pensatori laici e liberali sostengono che esiste nella creatività umana uno stimolo disinteressato, il quale si innesca per motivi che non hanno niente a che fare con il lucro o il riconoscimento pubblico. Inoltre, come afferma Renouard, dare e trattenere il pensiero sembra un'equazione impossibile: pubblicazione e proprietà dell'autore sembrano incompatibili poiché appena pubblicato, un pensiero ... diventa proprietà del pubblico¹⁰. Di conseguenza, per le correnti favorevoli all'approccio contrattuale al diritto d'autore, nel passato come oggi, è il contributo dato dall'individuo alla collettività che viene riconosciuto e remunerato¹¹. Precisamente per questo motivo, Renouard, nel suo trattato sul diritto d'autore del 1838, difende l'idea di una protezione dei diritti dell'autore basata sul monopolio, legato al valore sociale del lavoro dell'autore, e si oppone alla perpetuità dei diritti dell'autore.

Il filosofo francese Proudhon riassume nel suo libro «Les majorats littéraires» pubblicato a Parigi nel 1863 i dibattiti relativi alla protezione degli autori e propone anche una visione sociale del diritto d'autore, lontano della privativa.

Purtroppo il dibattito sul diritto d'autore particolarmente vivace in Francia sembra chiudersi con la legge del 14 luglio 1866, consacrando l'approccio proprietario del diritto d'autore ed

¹⁰ RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, cit.

¹¹ J. P. BARLOW, *The Economy of Ideas*, *Wired*, Issue 2.03, 1994 (Mar.) sostiene che l'autore, su Internet, persegue soprattutto un obiettivo di riconoscimento professionale. La filosofia sviluppata dai responsabili del progetto «Science Commons» va nella stessa direzione.

estendendo la durata *post mortem* del diritto di esclusiva a 50 anni. L'adozione della Convenzione di Berna nel 1886 sembrava anche rafforzare la tendenza oramai delineata. In realtà il dibattito rimaneva insabbiato. Solamente nel 1936 il governo francese del Fronte Popolare, sensibile alle nuove tecnologie sviluppate in quel momento storico (radiodiffusione e cinema, prime sperimentazioni di televisione), riapre la questione e Jean Zay, ministro della pubblica istruzione e delle belle arti, propone il 13 agosto 1936 un'ampia riforma politica incentrata sul contratto d'edizione e sullo statuto dei «lavoratori intellettuali» nel quale l'autore è percepito come un lavoratore e non come un proprietario. Il proposto regime di licenze obbligatorie *post mortem* suscitò all'epoca notevoli discussioni ed il disegno di legge venne poi fermato dagli eventi bellici. La legge del 1957, schierata chiaramente a favore dell'approccio proprietario, porrà poi fine anche a questo dibattito.

4. Conclusioni

Economisti odierni come Daniel Cohen non esitano a riaprire il dibattito, stabilendo un ardito parallelo tra proprietà intellettuale e furto¹². Vengono riproposti per il mondo virtuale gli argomenti sviluppati nell'ottocento e nel primo novecento sulla non appropriabilità delle opere. L'idea di base rimane quella di un privilegio che fa dell'autore un creditore, che gode diritti fondati su un contratto sociale, e non un proprietario¹³. Per questi pensatori contemporanei come per parte della dottrina dell'ottocento, l'appropriazione indiscriminata della conoscenza, tramite la trasformazione del credito dell'autore verso la collettività in un vero e proprio diritto di proprietà rappresenta un blocco alla circolazione

¹² V. D. COHEN, *La propriété intellectuelle, c'est le vol*, 8 aprile 2001, disponibile all'URL: «http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=2».

¹³ Una panoramica dell'approccio e delle discussioni è disponibile sul sito Web dell'Electronic Frontier Foundation all'URL: «www.eff.org/IP».

dell'informazione. Tramite la critica al DRM classico, considerato come uno strumento che favorisce l'approccio proprietario, questa parte della dottrina auspica un rinnovamento completo del diritto d'autore su Internet, in rottura con l'approccio finora vincente.

La polemica aperta due secoli fa sembra dunque riprendere vigore, richiamando alla memoria la natura del diritto d'autore e quella del diritto di proprietà, nonché le garanzie poste a presidio della libertà individuale e collettiva.

I PROBLEMI DELL'AUTOTUTELA DIGITALE

ANDREA ROSSATO

SOMMARIO: *1. Una premessa terminologica - 2. Autotutela e diritto d'autore - 3. Autotutela come regolamentazione - 4. Alle radici del diritto d'autore - 5. Il paradosso dell'autotutela digitale.*

1. Una premessa terminologica

Definire un lessico non rientra più tra i compiti di un giurista, che dovrebbe invece limitarsi ad assumerne uno da altri definito e con questo solo procedere alla costruzione dei propri argomenti. E così dovrebbe essere anche per termini quali Digital Rights Management System, o misure tecnologiche di protezione. Ma se per il secondo possiamo infatti aggrapparci ad una definizione, o quanto meno ad una menzione, del legislatore, pur potendo continuare a dubitare che costui «sapesse» cosa si stesse designando con l'utilizzo di quelle parole, la seconda la traiamo invece dalla discussione con altri saperi, come oggi stiamo qui facendo. Con il rischio che altri scienziati intendano, con le medesime parole, cose che essi conoscono da prospettive differenti, con maggior individuazione di taluni aspetti dell'oggetto indicato, a discapito di altri che invece definiscono l'ambito di un possibile ragionamento giuridico. Il che mi impone, e mi consente al tempo stesso, una certa arbitrarietà terminologica, al solo prezzo di una qualche chiarificazione preliminare.

Non solo. L'anelito all'interdisciplinarietà dell'incontro odierno mi consente anche di adottare il medesimo atteggiamento nei confronti del linguaggio più tradizionalmente giuridico, e di considerare l'oggetto del presente intervento, l'autotutela digitale, alla luce di prospettive molteplici, che vogliono però indicare un alcunché di mutevolmente inteso. Ma le presenti parole rischiano di

essere vuota astrazione se non si procede con speditezza verso la chiarificazione promessa.

I colleghi ingegneri ed informatici potrebbero non condividere l'equiparazione tra misure tecnologiche di protezione (TPM) e sistemi digitali di gestione dei diritti (DRM). Se è infatti un errore considerare i due concetti, che tali parole designano, interamente sovrapponibili da un punto di vista tecnologico, pur tuttavia i due termini designano un unico fenomeno giuridico, o quanto meno designano il fenomeno giuridico alla luce del quale io desidero interpretare tali concetti: il fatto, cioè, che le tecnologie possano essere utilizzate per incidere sulla possibilità stessa di una determinata condotta da parte dell'utente; il fatto, in altri termini, che una tecnologia abbia la capacità di rendere una condotta possibile od impossibile.

Allora, se da un punto di vista tecnologico può essere necessario operare una distinzione, perché la concreta implementazione lo richiede, dal punto di vista del presente contributo DRM e TPM verranno arbitrariamente utilizzati al solo fine di indicare l'unitario fenomeno, dalle interessanti conseguenze giuridiche, appena ricordato.

Ma, come preannunciato, mi consentirò la medesima spigliatezza linguistica, per così dire, anche nei confronti dei giuristi per quel che attiene al concetto di autotutela.

Il termine autotutela designa, tradizionalmente, una vasta pluralità di fenomeni, non necessariamente caratterizzati da quell'omogeneità che siamo soliti attribuire ad un istituto giuridico. Solo a scopo esemplificativo, si parla di autotutela nell'ambito del diritto pubblico ed amministrativo, ad indicare il fenomeno per il quale il soggetto privato si trovi in una condizione di soggezione relativamente all'esercizio di taluni poteri da parte delle pubbliche autorità, che possono, in casi circoscritti, autonomamente imporre le

proprie determinazioni senza dover ricorrere ad un sistema giurisdizionale; si parla di autotutela nell'ambito delle relazioni internazionali ed, infine, si parla di autotutela nell'ambito delle relazioni tra privati. Sarà ovviamente a queste ultime che dedicherò la mia attenzione. Ma anche così facendo, restringendo in tal modo il campo di indagine, pur tuttavia dare una definizione succinta del termine autotutela rimane disagiata.

Si ponga mente al fatto che con il medesimo termine si possono indicare epifanie giuridiche estremamente distanti tra loro, dalla recinzione del fondo, nella misura in cui si voglia vedere in essa una qualche forma di tutela da sé medesimi esercitata, al diritto di ritenzione, dall'arbitrato, per taluni autori almeno, alla legittima difesa, e così via elencando.

Quel che mi pare si possa ritenere comune a tutti questi diversi fenomeni giuridici, è il fatto che in ognuno un individuo si trova nella condizione di poter imporre od impedire ad altri, nell'ambito di una relazione giuridica, un determinato corso d'azioni, e di poterlo fare con un implicito consenso dell'ordinamento giuridico, a prescindere dall'esservi stata una qualche forma di accertamento della giuridicità di quel potere. Quel che diremmo essere, quindi, «il farsi giustizia da sé medesimi». Sebbene giuridicamente impreciso, per una lunghissima serie di ragioni, definire in tal modo l'autotutela mi esime anche da un confronto, che sarebbe altrimenti necessario, con gli autori che mi hanno preceduto nell'analisi di questo problema, – ne sarei comunque giustificato dalla ristrettezza della trattazione –, e di evitare completamente una qualunque ricostruzione dogmatica di un concetto che possa essere ricondotto alla figura di istituto unitario¹.

¹ Si vedano, tra gli altri, C. M. BIANCA, *Autotutela*, *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento-IV, Milano, 2000, 130; E. BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1955, 529 e L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistemati dell'autotutela privata*, Milano, 1971, 1974; A. DAGNINO, *Contributo*

Ritengo che, sebbene con questa definizione tanto sfumata nei contorni, l'autotutela digitale sia comunque connotata da peculiari caratteristiche da renderla un oggetto degno di interesse, specificamente in relazione ai sistemi di gestione digitale dei diritti, nel significato che a questa locuzione ho inteso dare.

2. Autotutela e diritto d'autore

Il «farsi giustizia da sé medesimi» è un'attività vista con il massimo grado di sospetto dagli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale: l'autotutela è, quanto meno in via generale, vietata. Solo specifiche epifanie sono esplicitamente permesse e dettagliatamente disciplinate.

I giuristi sono soliti ricorrere ad argomentazioni che attengono ai fondamenti stessi della nostra coscienza giuridica per spiegare una tale ritrosia verso questa forma di rimedio.

La prima di queste argomentazioni attiene all'ordine pubblico: se agli individui fosse concessa la facoltà di dar corso autonomo alle proprie pretese, coartando a tal fine l'altrui volontà, ricorrere alla violenza diverrebbe estremamente probabile. Non casualmente il divieto dell'autotutela è considerato un corollario del monopolio della violenza da parte dello Stato.

Accanto al monopolio della forza, lo Stato si attribuisce anche quello dell'amministrazione della giustizia, mediante la funzione giurisdizionale. La ragione di ciò, ancora una volta di carattere fondazionale, attiene alla necessità di garantire un'uniforme interpretazione ed applicazione della norma giuridica: di garantire, cioè, che in analoghe situazioni si applichino regole analoghe, e che controversie simili conducano a simili risultati. Si ritiene che una tale

allo studio dell'autotutela privata, Milano, 1983. Per una rassegna completa ed aggiornata dei contributi dottrinali e giurisprudenziali in materia si veda A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999.

garanzia possa essere fornita solo dalla presenza di un sistema in un qualche modo centralizzato di amministrazione della giustizia, con un giudice terzo, colto nelle conoscenze giuridiche. E ciò nella convinzione che un siffatto modello istituzionale rappresenti il segno di una superiore civiltà giuridica, e di un'effettiva eguaglianza degli individui di fronte alla legge, quanto meno a confronto di quello stato, talune volte definito di natura, nel quale ciascuno si fa giustizia, appunto, da sé.

Si è però visto come, a seguito dell'adozione del WIPO Copyright Treaty del 1996, a cui gli Stati Uniti hanno dato implementazione con il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 e l'Unione Europea con la 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, dando protezione giuridica alle misure tecnologiche, questi documenti normativi aprano invero la strada ad una forma di autotutela che assume connotati estremamente pervasivi nell'ambito della cosiddetta «proprietà intellettuale»².

Le ragioni di un tale diverso atteggiamento del legislatore nei confronti della «proprietà intellettuale», particolarmente nelle sue relazioni con la rivoluzione digitale, devono pertanto essere indagate.

In un'opera seminale sul diritto dell'era digitale, Pascuzzi ha individuato in fenomeni quali destaturalizzazione, deteritorializzazione e dematerializzazione alcune delle note dominanti dell'era digitale³. Essi incrinano la capacità dell'ordinamento giuridico di essere effettivo nelle relazioni tra privati, relazioni che si svolgano mediante l'utilizzo delle tecnologie informatiche e telematiche, e che possono vedere la partecipazione di

² Non voglio soffermarmi sull'analisi di questi documenti dal momento che le relazioni precedenti ne hanno già ottimamente posto in evidenza tutti gli elementi salienti, anche con riguardo al tema presentemente trattato.

³ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, II ed., Bologna, 2006.

individui che appartengano ad ordinamenti diversi, che si trovino ad operare a distanze estremamente elevate tra di loro, eccetera.

Se ciò potrebbe di per sé spiegare il ricorso all'autotutela che il legislatore decide di dover fare, pur tuttavia ritengo operanti, accanto a ragioni squisitamente istituzionali, anche ragioni più specificamente culturali, che attengono alla percezione che i giuristi hanno avuto, sin dagli esordi, delle tecnologie digitali quali fenomeni di massa, si ponga mente ad Internet per esempio, e alle modalità mediante le quali ne hanno ricostruito ed interpretato i caratteri. Costoro hanno infatti visto in queste nuove tecnologie una specie di giungla tecnologica, o *digital jungle* per usare le parole che compaiono nel titolo di un interessante contributo di Dam apparso, nel 1999, nel *Journal of Legal Studies*⁴. Questo lavoro ben rappresenta quanto vado dicendo: in esso un giurista, tratteggiando i caratteri del diritto dell'era digitale e constatando l'oggettiva difficoltà con la quale l'ordinamento possa rendere effettivo il comando giuridico, ritiene di poter individuare nei sistemi tecnologici e nell'autotutela digitale gli strumenti per mezzo dei quali rendere certi i diritti di proprietà, o, *rectius*, i *property right*, per usare la terminologia un po' più sfumata, ma tecnicamente più calzante, elaborata dall'analisi economica del diritto di stampo anglosassone. Pertanto, l'emergere di queste forme tecnologiche di autotutela, dando effettività a tali *property right*, consentirebbe un abbassamento generalizzato dei costi di transazione, svolgendo queste una funzione che pare essere compatibile con quella seconda parte del teorema attribuito a Ronald Coase, teorema in virtù del quale si ritiene che compito della norma e del rimedio giuridici starebbe nella riduzione dei costi transattivi⁵. In tal modo, rendendo

⁴ K. W. DAM, *Self-Help in the Digital Jungle*, 28 *J. Legal Stud.* 393 (1999).

⁵ Si veda R. COASE, *The Problem of Social Costs*, 3 *J. Law & Econ.*, 1 (1960). Il nome del teorema non si deve a Coase, ma a Stigler (cfr. G. STIGLER, *The Theory of Price*, 3ª ed., New York, 1966). Per un esempio delle conclusioni che si suole

maggiormente efficienti le relazioni che si svolgano mediante l'ausilio di tecnologie telematiche e digitali, esse contribuiscono all'efficienza del sistema economico accrescendo il benessere di tutti e di ciascuno.

Se questa è la ricostruzione di un giurista che si trovi ad utilizzare quei raffinati strumenti analitici nati e cresciuti nel seno di una prestigiosa cultura giuridica, quali quelli predisposti dall'analisi economica del diritto, i non giuristi troveranno forse maggiormente familiari quelle riflessioni che, alla metà degli anni novanta, erano alquanto popolari e ben esemplificate nelle opere di un autore che, sebbene non giurista, pur tuttavia era voce ascoltata anche da una dottrina ancora frastornata e confusa dall'irrompere improvviso, nella vita di tutti i giorni, di quello sconosciuto mondo rappresentato dalle reti telematiche e dagli universi che, in esso, andavano prendendo corpo. Alludo a John Barlow e a quegli scritti, quali *The Economy of Ideas* o la *Declaration of the Independence of Cyberspace*⁶, nei quali la scomparsa dello Stato e del suo ordine dallo spazio digitale veniva esaltata in favore di sistemi privati di giustizia, gli unici che potessero sostituirsi all'ineffettività di ordinamenti ormai irrimediabilmente decrepiti: «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»⁷.

derivare dal «teorema di Coase» si veda R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 105 ss.

⁶ J. P. BARLOW, *The Economy of Ideas*, in 2 *Wired*, «<http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>», 1994; ID., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, «<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>», Febbraio, 1996.

⁷ BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, cit.

Ciò sta solo a significare come vi sia anche quel retroterra culturale a spiegazione del favore con il quale i giuristi possono guardare all'autotutela tecnologica, vale a dire a quella forma di giustizia privata che si espliciti mediante il solo uso delle tecnologie digitali, anche perché il principale dei problemi connessi a questa forma di rimedio, l'ordine pubblico, nell'ambito dello spazio digitale pare sfumare, dal momento che la materia di quel mondo è costituita da informazione, spogliata di ogni fisicità⁸.

3. Autotutela come regolamentazione

Destò un certo scalpore la vicenda di cui una nota *software house* fu protagonista alcuni anni or sono. Adobe System Inc., mediante una società controllata, pubblicò, in formato elettronico, il celebre libro di Lewis Carroll, *Alice's Adventures in Wonderland*. Charles Lutwidge Dodgson, come noto, morì nel 1898 e pertanto le sue opere sono da tempo entrate a far parte del pubblico dominio.

Il testo usato da Adobe fu tratto da quello predisposto dal

Si tenga presente che la perdita di capacità del tradizionale ordine giuridico nel plasmare i comportamenti *on-line* è stato visto come non necessariamente negativa. Sulla scia tracciata dalle riflessioni di Barlow, alcuni autori hanno infatti ipotizzato l'emergere di forme alternative di regolamentazione, e di autoregolamentazione, che avrebbero potuto dimostrarsi come maggiormente efficienti rispetto a quelle di origine statale, in quanto caratterizzate da maggior fluidità e, quindi, possibilità di adattamento ad un ambiente perennemente cangiante, peculiarità derivante dalla loro natura *bottom-up*, vale a dire dal fatto di essere sistemi complessi emergenti e, quindi, contrapposti a sistemi pianificati imposti dall'alto (*top-down*). Si veda, ad esempio, D. R. JOHNSON, D. G. POST, *Law And Borders - The Rise of Law in Cyberspace*, 48 *Stan. L. Rev.*, 1367 (1996); nonché degli stessi autori «*Chaos Prevailing on Every Continent*»: *A New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems*, 73 *Chi.-Kent L. Rev.* 1055 (1998).

⁸ Tra le più interessanti e tempestive voci critiche vi è certamente quella di M. J. RADIN, R. P. WAGNER, *The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace*, 73 *Chi.-Kent L. Rev.* 1295, 1297 (1998).

Gutenberg Project⁹, cui si dava credito nella pagina che forniva informazioni generali sul libro elettronico.

In una sezione di tale pagina, rubricata «Permissions on Alice's Adventures in Wonderland», si poteva, tra il resto, leggere¹⁰:

- No printing is permitted on this book;
- This book cannot be lent or given to someone else;
- This book cannot be read aloud.

Fu quest'ultima affermazione che indusse molti a credere che Adobe intendesse vietare ai genitori di leggere ad alta voce il libro ai propri figli.

Adobe si apprestò a smentire, dicendo che in verità le *permissions* si riferivano alle limitazioni tecniche dell'*ebook*, il quale non poteva essere letto mediante un sintetizzatore vocale.

Al di là dell'inusuale significato attribuito da Adobe alle parole¹¹, può essere interessante cercare di capire quali ragioni generarono una tale «confusione».

Ciò è principalmente attribuibile al fatto che l'utilizzo di strane clausole nei contratti di licenza delle opere digitali è cosa assai frequente. Nella licenza d'uso di Adobe Acrobat Reader, uno dei più diffusi software per la visualizzazione di documenti in formato PDF (Portable Document Format), alla sezione 2.4 rubricata «Home Use», leggiamo: «You, as the primary user of the computer on which the Software is installed, may also install the Software on one of your home computers. However, the Software may not be used on your home computer at the same time the Software on the primary

⁹ Il Gutenberg Project è un progetto per realizzare una collezione di testi in formato elettronico di opere entrate a far parte del pubblico dominio. Si veda <<http://www.gutenberg.net/>>.

¹⁰ Un'immagine della pagina in questione può essere vista al seguente indirizzo: <<http://www.pigdogs.org/art/adobe.jpg>>.

¹¹ Su cui rinviamo a L. LESSIG, *Adobe in Wonderland*, in *The Industry Standard*, 19 marzo 2001, <<http://www.lessig.org/content/standard/0,1902,22914,00.html>>.

computer is being used».

La clausola non si applica solo ai fortunati possessori del dono dell'ubiquità, ma anche a chi si trovi a condividere con altri il proprio computer casalingo. Ragion per cui se, al lavoro, ci si trovasse a dover visualizzare un documento in PDF, sarà necessario telefonare a casa per accertarsi che il medesimo programma non sia in uso anche lì.

Se una tale clausola può generare un sorriso, altre non hanno lo stesso effetto. Il Supplemental End User License Agreement di Microsoft Media Player, uno dei *software* per la visualizzazione di contenuti multimediali maggiormente diffusi¹², nella sezione dedicata ai sistemi di DRM recita: «You agree that in order to protect the integrity of content and software protected by digital rights management («Secure Content»), Microsoft may provide security related updates to the OS Components that will be automatically downloaded onto your computer. These security related updates may disable your ability to copy and/or play Secure Content and use other software on your computer. If we provide such a security update, we will use reasonable efforts to post notices on a web site explaining the update».

Con tale clausola, quindi, Microsoft pretende di poter fornire aggiornamenti, anche di componenti non correlati al programma in questione, legati alla sicurezza, cosa che le cronache ci inducono a ritenere assai frequenti, e, senz'altra comunicazione se non quella posta su di un sito Web – qualunque, si può ritenere dal tenore del testo – impedire con ciò all'utente la visione delle fotografie digitali scattate durante l'ultima vacanza o l'utilizzo di non meglio precisato

¹² E recentemente al centro di un'indagine condotta dalla Commissione europea per abuso di posizione dominante conclusasi con la comminazione di una multa di 497.2 milioni di euro oltre che con l'ordine di porre in essere pratiche volte a favorire la competizione nel settore. Il testo della decisione è reperibile al seguente indirizzo: <<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>>.

altro software.

Una tale eventualità, si può ben ritenere, non necessariamente genera un sorriso. Mentre è infatti difficile poter credere che Adobe sia in grado di dare esecuzione alla clausola che impedisce di utilizzare Acrobat Reader contemporaneamente a casa ed in ufficio, la clausola appena citata descrive una possibilità tecnica di Microsoft.

Secondo la prassi normale, se una clausola contrattuale viene disattesa, una delle parti dovrà rivolgersi ad un giudice. Costui analizzerà il contratto con gli strumenti che l'ordinamento gli pone a disposizione: vedrà se vi è un accordo tra le parti, se l'oggetto è possibile, determinato o determinabile, se la causa è lecita, se la forma, qualora richiesta, sia presente, eccetera. Stabilito che l'accordo è un contratto, si passerà all'analisi della clausola, e se essa sia espressione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

Questo è il fondamento del diritto dei contratti. Ma la clausola di Microsoft non necessita affatto del diritto dei contratti per esplicitare i suoi effetti. Essa si avvale esclusivamente della tecnologia. Ed è il solo potere tecnologico che assicura a Microsoft la capacità di rendere quella clausola effettiva.

Quel che allora ci si può domandare è se quella descritta sia effettivamente una clausola contrattuale o se invece essa non rappresenti un alcunché di diverso. Ritengo infatti che tale clausola di Microsoft mostri un altro aspetto dell'autotutela tecnologica, aspetto sul quale desidero soffermare l'attenzione: la possibilità di creare regole immediatamente cogenti per una pluralità di individui. Se infatti una clausola non abbisogna del diritto dei contratti per esplicitare i suoi effetti, essa si pone come una regola, dal momento che essa è in grado di operare un discrimine tra una condotta possibile ed una condotta non possibile, indipendentemente

dall'esistenza o meno di un ordinamento giuridico che abbia valutato l'interesse, di cui la regola si fa portatrice, meritevole di essere promosso. E pur tuttavia, mediante la tutela delle TPM, il potere tecnologico in virtù del quale quella regola diviene operante e cogente è esso stesso esercitato con il consenso di un ordinamento che pone norme, anche di carattere penale, contro chi a quel potere desidera sottrarsi¹³.

4. Alle radici del diritto d'autore

I sistemi DRM, quindi, consentono ai detentori dei diritti esclusivi di imporre regole relative all'accesso alle opere digitali, regole che la tecnologia rende effettive a prescindere dall'esistenza di un ordinamento giuridico. Quel che qui interessa è però la modalità di creazione di tali regole, il fatto che esse siano poste in essere dai diretti interessati, che siano, cioè, di origine privata: nel dare protezione alle TPM, in altri termini, si attribuisce un potere ai creatori – nella misura in cui sia il creatore il soggetto al quale permangano i diritti di sfruttamento economico sull'opera. Questo potere consiste nello stabilire, col più totale degli arbitrii possibili, a quali condizioni dovranno soggiacere gli utilizzatori delle «loro» opere.

Una tale forma istituzionale a governo della circolazione delle idee non è invero una novità.

¹³ Si veda J. E. COHEN, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at «Copyright Management» in Cyberspace*, 28 *Conn. L. Rev.* 981 (1996); nonché della stessa autrice *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, 13 *Berkeley Tech. L. J.* 1089 (1998); *Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of «Right Management»*, 97 *Mich. L. Rev.* 642 (1998), disponibile all'URL: <<http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/Lochner.pdf>>.

Vi sarebbe da investigare poi la natura della regola stessa, in quanto scriminante tra il possibile e l'impossibile – e non tra il lecito e l'illecito –, ma temo non essere questa una sede adatta. Per cui mi si consenta di rinviare al mio *Diritto e architettura nello spazio digitale*, Padova, 2006.

Si è soliti affermare che vi sia una strettissima relazione tra il diritto d'autore e le tecnologie della diffusione del sapere: «solo quando le tecnologie e le condizioni di mercato hanno reso la pirateria remunerativa il diritto d'autore poteva fare la sua comparsa»¹⁴. E pertanto si suole rintracciare la genesi dell'istituto all'indomani della creazione della stampa a caratteri mobili, la quale, rivoluzionando le modalità di circolazione delle opere letterarie e diminuendo drasticamente i costi di riproduzione, avrebbe richiesto un'autonoma protezione dell'attività creativa dell'autore. Una tale impostazione è invero problematica se si considera lo iato tra la data dell'invenzione di Gutenberg ed il primo documento giuridico che possa essere a pieno titolo considerato antenato dell'odierna disciplina in tema di diritto d'autore, lo Statute of Anne del 1710. Se inoltre si analizzano le vicende che precedettero l'approvazione di questa legge, se si osservano, cioè, i primi vagiti della protezione giuridica dell'attività intellettuale, al di là di tutte le incrostazioni retoriche di cui essa, poco dopo la nascita, si è rivestita, ci si confronta invero con un panorama per molti versi assai diverso¹⁵.

¹⁴ Così E. GELLER, *Copyright History and the Future: What's Culture Got To Do With It?*, 47 *J. Copyright Soc. U.S.A.*, 209, 210 (2000), citato in U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in G. PASCUZZI, R. CASO (a cura di), *I diritti sulle opere digitali*, Padova, 2002, 43.

¹⁵ Per una ricostruzione storica dettagliata delle origini del diritto d'autore rinvio a U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit.; L. RAY PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, TN, 1968; e dello stesso autore *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, 40 *Vand. L. Rev.* 1 (1987); *Copyright and «the Exclusive Right» of Authors*, 1 *Journal of Intellectual Property Law* 1 (1993), disponibile all'URL: «<http://www.lawsch.uga.edu/jipl/old/vol1/patterson.html>»; B. SCOTT, *Copyright in a Frictionless World: Toward a Rhetoric of Responsibility*, 6 *First Monday*, 2001, disponibile all'URL: «http://www.firstmonday.org/issues/issue6_9/scott/index.html»; P. SAMUELSON, *Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue - But To What Future?*, disponibile all'URL: «http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/haifa_priv_cens.pdf», 1999; T. COTTER, *Gutenberg's Legacy: Copyright, Censorship, and*

Se si deve rintracciare una data d'inizio della storia di questo istituto, essa è il 1556, anno in cui i cattolici Filippo e Maria, sovrani inglesi successi ad Enrico VIII, emanarono la Stationer's Charter, vale a dire lo statuto della corporazione degli stampatori. Tale statuto fu rinnovato dalla protestante Elisabetta I nel 1559¹⁶. Questi provvedimenti conferivano alla corporazione il monopolio sulla stampa dei libri, consentendo, in modo centralizzato, una censura preventiva, esercitata con l'ausilio della famigerata Star Chamber, sul contenuto degli stessi. La *company* aveva poi un sistema interno di registrazione dei titoli delle opere pubblicate, il quale attribuiva, sulla singola opera, un monopolio allo stampatore che l'aveva richiesta. Questo sistema aveva quindi il duplice scopo di impedire la concorrenza e di controllare la circolazione delle idee nell'Europa dilaniata dalle guerre di religione.

Il sistema della registrazione, sviluppatosi come pratica interna della corporazione, divenne obbligo giuridico con il Licensing Act del 1662, rinnovato ogni due anni fino al 1694, emanato all'indomani della restaurazione della monarchia. Ma il clima politico e culturale stava cambiando: monopoli e censura, gli strumenti che avevano consentito agli stampatori di impedire la concorrenza esercitando un controllo assoluto sulla produzione e distribuzione delle opere librarie, non erano più accettabili agli albori dell'era dei Lumi.

Fu ciò ad imporre un mutamento profondo della natura del privilegio sulle opere letterarie, mediante una radicale rifondazione retorica del diritto, la cui titolarità cessava di essere attribuita allo stampatore, ma veniva invece assegnata all'autore. Il cambiamento si

Religious Pluralism, «http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=280815», 2001.

¹⁶ Si veda U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 52; RAY PATTERSON, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, cit., 20; ID., *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, cit.

attuò con lo Statute of Anne, «An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned». Per dirla con Ray Patterson, «[t]he booksellers [...] wanted (and needed) statutory support for what they would later contend was the author's common-law right, and they petitioned Parliament to restore the condition they considered necessary for the continuation of their monopoly-governmental censorship. Thus, their initial pleas were for new censorship legislation to protect the government (and themselves). Only when these pleas failed did they make their plea for a copyright to protect the author»¹⁷.

Fino ad allora l'autore non aveva avuto alcun ruolo nel sistema del *copyright*. Ciò, invero, deve attribuirsi anche al fatto che l'*authorship*, così come oggi la concepiamo, era completamente assente dal dibattito culturale, come mostrano gli studi di Boyle¹⁸. Il mutamento di prospettiva attuato con lo Statute of Anne, quindi, ha lo scopo di ridimensionare il ruolo degli stampatori nel controllo della cultura, di sostituire ad un diritto creato da privati ai fini della conservazione del proprio potere, un diritto di origine statale che proteggesse l'interesse collettivo¹⁹.

¹⁷ Così RAY PATTERSON, *Copyright and «the Exclusive Right» of Authors*, cit. Per una ricostruzione dettagliata della genesi dello Statute of Anne si veda IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 71 ss.

¹⁸ Si veda, ad esempio, J. BOYLE, *The Search for an Author: Shakespeare and the Framers*, 37 *Am. Univ. L. Rev.* 625 (1988), disponibile all'URL: «<http://www.law.duke.edu/boylesite/Shakesp.htm>» e dello stesso autore *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, cit. Si veda, inoltre, IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 67 ss.

¹⁹ «The justification for this regulatory scheme, and the master stroke, was that the statute's purpose was not to protect the property of either publishers or authors, but to promote learning by encouraging authors to create works. The statute primarily served the public interest. The Statute of Anne created a statutory copyright with three dimensions – cultural, economic, and social. First, by using copyright as an incentive to create, the statute encouraged authors to contribute to the culture of

Lo scopo dello *statute* era fondamentalmente antimonopolista, e per questa ragione il diritto dell'autore fu limitato a soli quattordici anni, mentre in precedenza, con il sistema della registrazione, esso era pressoché perpetuo. Ciò avvenne però al prezzo di un compromesso: lo stampatore poteva infatti essere l'assegnatario (*assignee*) del diritto esclusivo. Il che portò gli stampatori a ricercare, per il diritto d'autore, un fondamento giusnaturalistico mediante la statuizione che lo stesso trovasse la propria origine nel *common law* e fosse una forma di proprietà perpetua. Il tentativo, che ebbe talvolta risvolti financo comici²⁰, ebbe un successo di assai breve durata²¹.

Un'impostazione fondamentalmente analoga a quella dello Statute of Anne si ritrova anche nella clausola sul *copyright* contenuta nella Costituzione statunitense, la quale accorda al Congresso il potere di conferire un diritto esclusivo ai soli autori, per un periodo di tempo limitato, ed assoggettando tale diritto alla specifica finalità di incoraggiare il progresso delle scienze e delle arti²².

Il diritto d'autore nasce allora come la reazione di una società illuministica di fronte al perdurare di un modello istituzionale di stampo medievale, come una disciplina di origine pubblica da

society. Second, by protecting the right to publish a work, it gave entrepreneurs the incentive to distribute the works. Finally, by limiting the rights of the copyright owner to rights that were economic in nature, it gave the user freedom to use the work for the purpose of learning». Così RAY PATTERSON, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, cit., 26.

²⁰ *Tonson v. Collins* fu dismessa dalla *King's Bench* in quanto il convenuto era in realtà fittizio: il caso, pagato integralmente dagli editori, era stato messo in piedi al solo scopo di ottenere una tale statuizione.

²¹ In *Millar v Taylor* (4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201 (K.B. 1769)) il *King's Bench* riconobbe un *copyright* perpetuo basato sul *common law*, ma la decisione fu ribaltata, cinque anni dopo, da *Donaldson v. Beckett* (2 Bro C. 129, 1 Eng. Re 837 (1774)).

²² Cfr. RAY PATTERSON, *Free Speech, Copyright, and Fair Use*, cit.

contrapporsi ad una privatamente creata all'interno di una ristretta corporazione.

5. Il paradosso dell'autotutela digitale

Allora, mediante l'attribuzione di quel potere tecnologico che consente la creazione delle regole di fruizione delle opere intellettuali espresse mediante tecnologie digitali, il WIPO Copyright Treaty ci riporta invero ad un passato di tal fatta.

Quel che un giurista potrebbe ora domandarsi è se un tale regresso sia una consapevole scelta di carattere squisitamente politico, contro od in favore della quale egli ritenga di non aver argomenti spendibili dalla propria postazione di scienziato sociale che si limiti ad osservare ed analizzare, scrupoloso ed asettico, l'oggetto del proprio studio.

Ritengo che la risposta debba essere, però, negativa e che vi siano, quindi, delle considerazioni ulteriori che sia necessario fare allorquando si discorra di autotutela digitale, partendo da ciò che mi pare essere propriamente un paradosso.

Si è visto come si argomenti a favore della necessità di misure tecnologiche di protezione a partire dalla constatazione dell'ineffettività dell'ordinamento giuridico con riguardo alla «proprietà intellettuale». Gli interventi che mi hanno preceduto hanno però mostrato come tali tecnologie soffrano di numerosi ed indesiderati effetti collaterali, in tema di *privacy*, di diritto dei contratti, come pur ho cercato di mostrare io stesso, di diritto dei consumatori, di concorrenza, eccetera, e come siano necessarie norme chiare che ne disciplinino dettagliatamente l'utilizzo – una proposta in tal senso è stata fatta in nostra presenza²³. Quel che non comprendo è come si possa ritenere compatibile il principio con le conseguenze: se l'ordinamento è inefficace nell'ambito del diritto

²³ Mi riferisco al contributo di Leonardo Chiariglione.

d'autore perché dovrebbe non esserlo, relativamente all'esercizio del potere tecnologico conferito ai detentori dei diritti di sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno, nel garantire che lo scopo per cui la protezione giuridica viene concessa sia comunque perseguito? Vale a dire, come è possibile che l'ordinamento giuridico, ininfluenza nel plasmare l'uso delle tecnologie della riproduzione che tanto profondamente disarticolano il diritto d'autore, lo diventi nell'impedire che i sistemi di protezione non vengano a loro volta utilizzati per evitare le libere utilizzazioni, o il confluire dell'opera nel pubblico dominio al termine del diritto esclusivo?

Posta altrimenti la questione può essere formulata in termini propriamente economici: quali costi siamo disposti a sopportare per far sì che quel diritto, nato all'alba del Settecento per le ragioni che abbiamo visto, prosegua la sua storia all'indomani delle rivoluzioni tecnologiche a cui stiamo assistendo?

Se conto economico dev'essere infatti, ad esempio con riferimento al ruolo incentivante svolto dalla «proprietà intellettuale», ruolo che si è visto determinante quanto meno nella fondazione retorica di questa forma di appartenenza²⁴, allora anche il peso che è necessario attribuire all'autotutela digitale al fine di preservare gli attuali assetti del potere economico e sociale deve pur rientrare nel calcolo. In tal caso, un giurista può limitarsi, problematicamente, ad indicare ciò che gli economisti chiamano *trade-off*, dovendo ritenere di aver con ciò assolto al proprio, di ruolo.

²⁴ Per un'analisi smalzata del problema si veda M. A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 *Tex. L. Rev.*, 1031 (2004).

SECONDA SESSIONE

DRM E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

DRM E DISCIPLINA EUROPEA DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

ALESSANDRO PALMIERI

SOMMARIO: 1. *DRM e privacy: un ossimoro?* - 2. *La minimizzazione dell'impatto del DRM sulla privacy: una strategia da esplorare* - 3. *I margini di una regolamentazione giuridica del conflitto tra DRM e privacy* - 4. *La disciplina europea sul trattamento dei dati personali e le istanze di tutela dei diritti sulle informazioni digitali* - 5. *Le considerazioni e le proposte del Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali* - 6. *Tecnologie DRM e principi posti a protezione dei dati personali* - 7. *Principio di necessità ed incentivi alla costruzione di un'architettura DRM privacy-oriented.*

1. DRM e privacy: un ossimoro?

Che il rapporto tra Digital Rights Management (DRM) e *privacy* non sia dei più idilliaci, quanto meno per come sono a tutt'oggi (e sin dal loro apparire sul mercato) generalmente configurate le tecnologie di gestione e protezione del materiale informativo espresso in forma digitale, è sotto gli occhi di tutti. L'allarme era stato lanciato, su entrambe le sponde dell'Atlantico, dagli studiosi che tra i primi si erano addentrati nelle problematiche giuridiche scaturenti dalla messa in opera dei sistemi di DRM¹. Non si era mancato, infatti, di individuare i prodromi di un dissidio, ritenuto pressoché insanabile, tra il perseguimento degli scopi avuti di mira da quanti si propongono di avvalersi di tali sistemi, per disciplinare l'accesso e l'utilizzo di contenuti digitali, e l'interesse dell'individuo a

¹ Per l'esperienza statunitense, v. J. COHEN, *DRM and Privacy*, 13 *Berkeley Tech. L.J.* 575 (2003); per la prospettiva europea, v. L. A. BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy – Legal Aspects in the European Union*, in E. BECKER *et al.* (eds.), *Digital Rights Management Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlin, 2003, 418.

coordinare i flussi informativi che lo riguardano. A tal punto si è percepita l'antitesi tra *privacy* e DRM che lo stesso accostamento fra i due termini ha richiamato alla mente la figura retorica dell'ossimoro, cui per l'appunto si è fatto provocatoriamente riferimento anche in testi ufficiali².

Le coordinate di fondo del conflitto sono state efficacemente illustrate da Roberto Caso nel 2004³, e possono considerarsi essenzialmente immutate. Organizzare un controllo, quanto più possibile ferreo, sulle informazioni digitali messe in circolazione, siano esse riguardabili o no come dati personali, finisce con l'interferire sulla sfera privata del fruitore, attuale o potenziale, delle anzidette informazioni. Ciò si determina senza dubbio in un ambito che, per quanto legato all'impiego di canali di comunicazione telematici, potremmo in un certo senso considerare ormai sufficientemente rodato: il monitoraggio delle peculiari modalità con cui ciascun utente si rapporta a un certo prodotto informativo, con la creazione di un cospicuo 'magazzino' di dati – questi sì – innegabilmente personali, la cui conoscibilità apre teoricamente le porte a svariate possibilità di utilizzazione⁴. Ma l'interferenza è suscettibile di estendersi in una diversa, e se possibile più insidiosa, dimensione: quella dove entra in gioco (e viene messa in crisi) l'autodeterminazione della persona rispetto alle scelte di consumo intellettuale, nella misura in cui i contenuti monitorati veicolano 'prodotti culturali'⁵.

² Il riferimento è al testo predisposto dall'Information and Privacy Commissioner dell'Ontario, *Privacy and Digital Rights Management (DRM): An Oxymoron?*, October 2002 «<http://www.ipc.on.ca/images/Resources/up-1drm.pdf>».

³ Cfr. R. CASO, *Digital Rights Management – Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004, 98 ss.

⁴ Cfr. CASO, *Digital Rights Management*, cit., 101.

⁵ Cfr. CASO, *Digital Rights Management*, cit., 105.

Diffusa è, invero, la percezione che i sistemi DRM, oltre a scontare le indubbe difficoltà con cui l'utente vi si accosta, creano in quest'ultimo una certa insicurezza, vuoi perché permettono di abusare dei dati personali, vuoi perché non li trattano con le precauzioni che sarebbero da attendersi⁶. Al che si imputa, assieme al ravvisato scollamento tra tecnologie e reali esigenze dell'utente, la frenata dei mercati dei prodotti digitali, nel senso che la loro crescita effettiva appare inferiore rispetto al loro potenziale⁷.

2. La minimizzazione dell'impatto del DRM sulla privacy: una strategia da esplorare

Non pochi indici sembrerebbero, dunque, suggerire l'emissione di un secco verdetto di condanna, per 'oltraggio' alla *privacy*. E ciò a maggior ragione quando si ragiona in termini di *personal data protection*, nell'accezione che si è imposta sulla scena europea, con la mediazione del legislatore comunitario⁸. Non v'è dubbio che è proprio l'unità basilare 'dato personale', associato o associabile ad un individuo umano, a correre il rischio di essere triturato nei meccanismi del DRM, con esiti non agevolmente controllabili.

⁶ J. BIZER *et al.*, *Privacy4DRM, - Datenschutzverträgliches und nutzungsfreundliches Digital Rights Management*, 2005 («<https://www.datenschutzzentrum.de/drm/privacy4drm.pdf>»).

⁷ R. GRIMM., *Privacy for Digital Rights Management Products and their Business Cases*, in P. NESI *et al.* (eds.) *Proceedings of the 1st International Conference on Automated Production of Cross Media Content for Multi-channel Distribution*, IEEE Computer Society, 107 ss. (il testo può altresì essere consultato in Internet all'indirizzo «http://www.uni-koblenz.de/~grimm/texte/Privacy4DRM_Tech-Axme-dis-Grimm-final.pdf»).

⁸ Il *corpus* normativo si incentra sulla direttiva 95/46/CE del parlamento europeo e del consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GUCE L 281 del 23 novembre 1995, 31 ss.; ha carattere settoriale la direttiva 2002/58/CE del parlamento europeo e del consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, GUCE L 201 del 31 luglio 2002, 37 ss.

L'ipotetica condanna, però, non può essere senza appello. Occorre valutare se ci sono margini per una revisione del giudizio di prima istanza. E qui si pone, anche nel conflitto con la tutela dei dati personali, un argomento non di poco spessore: perché precludere, perseguendo a spada tratta e in modo indiscriminato l'obiettivo di immunizzare i fruitori dei prodotti digitali da un pericolo paventato, il dispiegarsi delle virtù efficientistiche che pure sono insite nei sistemi di gestione così tenacemente osteggiati⁹?

Si tratta, dunque, di verificare la percorribilità di una strategia destinata a ponderare le esigenze in campo. Operazione che, a ben vedere, assume i connotati di una vera e propria sfida¹⁰. Una sfida i cui esiti sono tutt'altro che scontati, in considerazione degli elementi da coordinare. L'obiettivo cui si guarda con realismo sembra essere quello di una minimizzazione delle ricadute nocive sulle situazioni giuridiche legate alla salvaguardia della *privacy*. I punti salienti di questa strategia, quali emergono dalla sommaria descrizione fatta da uno di coloro che la caldeggiano, consisterebbero, in sintesi: nell'implementare *policies* più attente al valore *privacy*; nel limitare la quantità di dati raccolti allo stretto necessario per effettuare il controllo sull'accesso alle informazioni in vista de loro impiego; nell'impedire la cessione di dati personali raccolti per il tramite delle tecnologie DRM; nel ridurre al minimo il numero degli addetti al sistema informativo che hanno accesso ai dati

⁹ Con riferimento alle spese necessarie per l'*enforcement*, v. S. KAYTAL, *Privacy v. Piracy*, 7 *Yale J. Law & Tech.* 222 (2004); ivi si osserva (p. 308) che «it makes sense, both economically and practically, to ask a copyright owner to internalize the costs of enforcement through such management systems».

¹⁰ In tal senso l'intervento di WILLIAM SLOANE COATS, *The Challenge of Balancing DRM, Copy Protection and Privacy Rights*, al Global Forum denominato «Digital Convergence. Towards a more Competitive, Mobile and Inclusive Knowledge-based Information Society», Paris, 2006.

personali, vincolandoli altresì contrattualmente a non divulgarli¹¹. Come si evince da questa fugace elencazione, ad essere enunciate sono più che altro linee programmatiche, le quali abbisognano di acquisire concretezza mercé l'enucleazione di un contenuto più specifico. E proprio dalla conformazione di tale indispensabile lavoro di riempimento dipendono in buona misura le *chances* di successo dell'ipotizzata coabitazione.

D'altro canto, si è suggerita un'ulteriore traiettoria, in parte alternativa, in parte aggiuntiva, rispetto a quella testé delineata. Si parte, infatti, dalla constatazione che il *corpus* normativo sulla protezione dei dati personali appare, in tutte le esperienze giuridiche, inadeguato a fronteggiare le minacce che il DRM porta ai diritti degli individui. Di talché, non resterebbe altro da fare se non cercare di trasfondere nella stessa struttura di fondo del DRM i principi ispiratori della protezione della *privacy*¹².

3. I margini di una regolamentazione giuridica del conflitto tra DRM e privacy

Nel contesto magmatico fin qui descritto, non sono mancati i suggerimenti provenienti dal fronte dei 'tecnici' dell'informazione digitale, allo scopo di progettare sistemi o piattaforme che in qualche modo tengano conto delle esigenze di protezione dei dati personali dell'utente¹³. È stata al riguardo evocata l'idea che sia auspicabile il *design* di un DRM *privacy-friendly*. Le soluzioni prospettate vengono accreditate dagli esperti di un sufficiente grado di fattibilità,

¹¹ COATS, *Digital Convergence. Towards a more Competitive, Mobile and Inclusive Knowledge-based Information Society*, cit.

¹² A. CAMERON, *Infusing privacy norms in DRM. Incentives and perspectives from law*, in *Proceedings of the 2004 IFIP World Computer Congress*, 2004.

¹³ Si veda, ad esempio, P. TYRVÄINEN, *Concepts and a Design for Fair Use and Privacy in DRM*, in *D-Lib Magazine*, February 2005.

ma all'atto pratico non sembra vi siano incentivi ad immettere sul mercato sistemi del genere¹⁴.

Passando a considerare il versante della regolamentazione giuridica, si può notare come non constino iniziative legislative volte ad affrontare direttamente gli aspetti più salienti del conflitto; e, del resto, si può ragionevolmente ritenere che i tempi non siano maturi per impegnare i *decision-makers* nella ricerca di regole specifiche che siano realmente appropriate. Oltretutto, c'è il rischio che, qualora tale obiettivo fosse mancato, si formi un *corpus* normativo le cui scorie potrebbero creare scompensi di lunga durata. Sicché, occorre preliminarmente verificare che una soluzione adeguata sia ricostruibile sulla base delle disposizioni di più ampio respiro che si occupano della tutela dei dati personali. Compito, quest'ultimo, in cui sono chiamati a cimentarsi corti e tribunali insediati nei diversi ordinamenti e, più in generale, gli organi che sono investiti a dirimere dispute in materia di *privacy*. Nelle controversie che fin qui hanno messo in discussione le tecnologie DRM, non sono peraltro venuti alla ribalta profili attinenti alla *privacy* degli individui. Si ha notizia di una controversia instaurata da un acquirente di un CD dinanzi ad una corte californiana¹⁵, poi definita in via transattiva. Consta altresì un ricorso presentato al Privacy Commissioner canadese da un'associazione di utenti di quel paese, in cui ad alcune imprese che avevano diffuso un *software* DRM si addebitavano

¹⁴ Nel documento diffuso nel 2005 dal Privacy Commissioner della Nuova Zelanda, intitolato *Digital Rights Management (DRM) Technology and Privacy*, che fa riferimento alla presa di posizione dell'International Working Group on Data Protection in Telecommunications (IWGDPT), si legge: «So far, there has been no commercial effort to design privacy-friendly DRM although the IWGDPT called for such development at its meeting in 2000 and there have been proposals put forward at various international meetings of how privacy-friendly DRM systems could be designed».

¹⁵ L'atto introduttivo del giudizio può leggersi all'indirizzo URL: «<http://www.techfirm.com/mccomp.pdf>».

violazioni della disciplina contenuta nel *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA)¹⁶.

4. La disciplina europea sul trattamento dei dati personali e le istanze di tutela dei diritti sulle informazioni digitali

In Europa, come si è accennato, la disciplina armonizzata è stata costruita attorno al concetto di dato personale, dotato di una forte capacità espansiva. L'intento di debellare sul nascere ogni tentazione di aggirare la normativa di protezione ha fatto sì che il legislatore comunitario (e, persino con maggior zelo, taluni dei suoi epigoni nazionali) ipotizzasse un controllo ad ampio raggio, esteso in via di principio su tutte le operazioni che riguardano le informazioni idonee a descrivere un qualsivoglia aspetto di una persona. Ciò ha indotto taluni a privilegiare letture del dato normativo fortemente sbilanciate sul versante della *privacy*, talora concretizzatesi in provvedimenti normativi o giurisdizionali recanti regole suscettibili di relegare in secondo piano valori sociali nient'affatto trascurabili, in nome di una malintesa difesa ad oltranza del dominio dell'individuo sui propri dati. La proliferazione di iniziative di tal fatta ha subito, almeno in parte, un freno per effetto della ferma presa di posizione della Corte di giustizia delle Comunità Europee, nei casi *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk*¹⁷ e *Lindqvist*¹⁸. Del resto, non va

¹⁶ Per ulteriori dettagli, <<http://www.cippic.ca/en/news/documents/SonyreleaseSept21-06/PIPEDAComplaint.pdf>>.

¹⁷ Corte giust. 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, in *Foro it.*, 2003, IV, 71, con osservazioni di A. PALMIERI, *Privacy e trasparenza: un ossimoro giuridico per i dati reddituali?*

¹⁸ Corte giust. 6 novembre 2003, causa C-101/01, in *Foro it.*, 2004, IV, 57, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della privacy comunitaria*; annotata altresì da A. GIANNACCARI, *Il trasferimento di dati personali in Internet*, in *Danno e resp.*, 2004, 382; T. M. UBERTAZZI, *Sul bilanciamento tra libertà di espressione e privacy*, *ibid.*, 386; R. PANETTA, *Trasferimento all'estero di dati personali e Internet: storia breve di una difficile coabitazione*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 1002; G. CASSANO,

dimenticato che nella stessa intitolazione del fondamentale atto legislativo comunitario in tema di *data protection* non manca, accanto alla proclamata volontà di tutelare gli individui esposti alle molteplici insidie della *Information Society*, un chiaro riferimento alla «libera circolazione dei dati». Le varie disposizioni aspirano a ridurre il divario nei livelli di tutela dei soggetti interessati (a seconda dei casi, blandi o sin troppo rigorosi), incarnando esse stesse il contemperamento tra le varie esigenze in gioco o, se mai dettando alcuni criteri basilari e rimettendo la valutazione finale ai decisori nazionali, la cui discrezionalità è peraltro limitata dalla sussistenza di un quadro comune di riferimento dal quale non sarebbe tollerato un eccessivo allontanamento.

Tra gli innumerevoli interessi fisiologicamente desinati a contrapporsi ad una visione improntata al mantenimento dell'opacità sui dati che concernono l'individuo, ammesso che tale risultato possa realmente considerarsi la proiezione di un valore da difendere ad ogni costo, non manca quello facente capo ai titolari dei diritti sulle informazioni in forma digitale, i quali necessitano per una valorizzazione compiuta dei loro *assets* immateriali, una conoscenza, più o meno approfondita, di informazioni personali inerenti ai fruitori. Il che riguarda senz'altro i soggetti cui i legislatori abbiano attribuito posizioni di vantaggio riconducibili alla famiglia del *copyright* o istituti affini, ma non si limita ad essi. Non possono, infatti non essere presi in considerazione quanti, in virtù delle tecnologie disponibili (eventualmente in combinazione con appropriati schemi, per lo più contrattuali, preposti a regolare le

I. P. CIMINO, *Qui, là, in nessun luogo ... - Come le frontiere dell'Europa si aprirono ad Internet: cronistoria di una crisi annunciata per le regole giuridiche fondate sul principio di territorialità*, in *Giur. it.*, 2004, 1805; G. SALVO, *Il rispetto del diritto alla riservatezza in relazione alla diffusione di dati personali in Internet: le forme di tutela previste in ambito comunitario e nella comunità internazionale*, in *Nuove autonomie*, 2004, 840.

modalità di circolazione e fruizione del prodotto), vantano prerogative per la cui descrizione è stata efficacemente coniata la locuzione «privately legislated intellectual property rights»¹⁹.

5. Le considerazioni e le proposte del Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali

Occorre, dunque, chiedersi se la disciplina europea contenga nel suo (apparentemente) nutrito armamentario gli strumenti per raccogliere la summenzionata sfida e creare un ambiente propizio per una coesistenza ‘pacifica’ tra DRM e *privacy*.

A livello comunitario, un tentativo volto quanto meno a presentare le problematiche attinenti allo sviluppo all’impiego di tecnologie DRM, con specifico riferimento alle loro ripercussioni sulla tutela della *privacy*, è stato compiuto dal «Gruppo di Lavoro per la tutela dei dati personali»²⁰, organismo istituito dalla legislazione sulla *data protection*, che è composto da rappresentanti delle autorità di controllo di ciascuno Stato membro e svolge compiti essenzialmente consultivi²¹. Le considerazioni e le proposte del Gruppo di Lavoro sono condensate in due documenti diffusi nel giro di un anno tra il 2004 e il 2005.

¹⁹ L’espressione è utilizzata, ad esempio, da J. H. REICHMAN, J. A. FRANKLIN, *Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract with Public Good Uses of Information*, 147 *U. Pa. L. Rev.* 875 (1999); ivi si legge (p. 884) che «routine validation of mass-market access contracts and of non-negotiable constraints on users would tend to convert standard form licenses of digitized information goods into functional equivalents of privately legislated intellectual property rights. Firms possessing any degree of market power could thereby control access to, and use of, digitized information by means of adhesion contracts».

²⁰ La denominazione completa di tale Gruppo di Lavoro, istituito dall’art. 29 della direttiva 95/46/CE, è «Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali».

²¹ I compiti del Gruppo di Lavoro sono specificati dall’art. 30 della direttiva 95/46/CE.

Dapprima, è stato adottato un documento di lavoro dal titolo riguardante specificamente il fenomeno del *trusted computing*²², che per un verso suscita speranze di un incremento della sicurezza dei sistemi digitali (e, di riflesso, dei dati personali che in essi transitano) e, per altro verso, induce a forti preoccupazioni circa possibili ricadute negative sulla competitività del mercato del *software* e sulla circolazione delle informazioni. Occupandosi delle *trusted computing platforms*, nell'ottica della *privacy*, il Gruppo di Lavoro evoca in un paio di passaggi le tecnologie DRM, sottolineandone in particolare l'attitudine a perseguire obiettivi di sicurezza nell'accesso ai dati personali o nel loro uso²³.

Uno spazio ben più significativo, anche in termini quantitativi, è riservato al DRM nel successivo documento di lavoro del gennaio 2005, dedicato alle interferenze tra protezione dei dati personali e diritti di proprietà intellettuale²⁴. Nella circostanza il Gruppo di Lavoro si rivolge, quali interlocutori privilegiati, a tutti coloro che sono implicati nella gestione degli *intellectual property rights*, esortandoli a prendere in considerazione le problematiche

²² Il riferimento è al «Documento di lavoro sulle piattaforme informatiche fidate, in particolare per quanto riguarda il lavoro effettuato da Trusted Computing Group (Gruppo TCG)», adottato il 23 gennaio 2004 (consultabile all'indirizzo «http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp86_it.pdf»).

²³ Nel documento, in chiave prospettica, si sottolinea (p. 3) che «guardando al futuro i sistemi di gestione dei diritti digitali (DRM-Digital Rights Management) potrebbero essere in grado di definire e securizzare, fino ad un certo punto, l'accesso o l'impiego di dati personali in modo individuale e su base contrattuale. Tali applicazioni non sono mature, perché esistono solo in qualche laboratorio di ricerca e richiedono il supporto di un quadro normativo stabilito. Le piattaforme informatiche in grado di gestire tali diritti saranno le stesse piattaforme fidate oggetto della presente relazione».

²⁴ Si tratta del «Working document on data protection issues related to intellectual property rights», adottato il 18 gennaio 2005 (può leggersi in lingua inglese sul sito della Commissione europea, all'indirizzo URL: «http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2005/wp104_en.pdf»; sono disponibili *on-line* anche le versioni francese e tedesca).

correlate alla *privacy* e stimolando l'avvio di un dibattito in seno agli operatori. Al riguardo, era stata anche aperta una consultazione pubblica, cui hanno contribuito diversi soggetti privati e varie imprese ed organizzazioni²⁵.

Il punto di partenza della riflessione è che l'imprescindibile esigenza di fornire un'adeguata tutela, anche di carattere preventivo, ai titolari dei diritti sulle informazioni non può giustificare l'aggiramento di ogni ostacolo in relazione al trattamento dei dati personali dei soggetti che tali informazioni ricevono o pongono in circolazione. Uno degli scenari in cui il descritto conflitto viene a materializzarsi è per l'appunto quello relativo alla messa in opera di tecnologie DRM per la fruizione di contenuti digitali, in specie quando avviene attraverso canali di comunicazione telematici.

6. Tecnologie DRM e principi posti a protezione dei dati personali

Nell'ambito del documento di lavoro da ultimo menzionato, dopo aver posto in luce che i pericoli non riguardano semplicemente la dimensione legata allo sviluppo di *computer platforms*²⁶, ma si prospettano anche nell'attività di scambio di informazioni sulle reti telematiche²⁷, vengono affrontati in sintesi alcuni dei problemi posti dal DRM, alla luce di alcuni dei principi-cardine della disciplina comunitaria.

²⁵ I 36 contributi ricevuti sono pubblicati, in lingua inglese, sul sito della Commissione, all'indirizzo URL: «http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/consultations/intellectual_property_rights_en.htm».

²⁶ Al riguardo, viene richiamato il documento di lavoro del 23 gennaio 2004, *supra* citato.

²⁷ Il documento (p. 3), per descrivere la gravità della situazione, si avvale della nozione di *Electronic Copyright Management Systems*, a suo tempo già utilizzata dall'IWGDP: «Electronic Copyright Management Systems (ECMS) are being devised and offered which could lead to ubiquitous surveillance of users by digital works. Some ECMS are monitoring every single act of reading, listening and viewing on the Internet by individual users thereby collecting highly sensitive information about the data subject concerned».

Va da sé che la gestione degli *Intellectual Property rights* postula, ai fini della prevenzione degli abusi, l'impiego di dispositivi volti alla mappatura degli utenti e al monitoraggio delle loro preferenze. Ebbene, in teoria lo svolgimento di tali attività non sfugge all'ambito di applicazione dei principi che governano la *data protection*. Prova ne sia che, come ricorda in apertura il Gruppo di lavoro, la disciplina comunitaria volta a garantire un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno, pur introducendo strumenti particolarmente penetranti, non manca di prestare ossequio alla disciplina sulla tutela dei dati personali²⁸.

Malgrado il formale ossequio, tuttavia le tecnologie DRM sembrano in grado, in mancanza di adeguati correttivi, di mettere in crisi un sistema di difesa normativo che, dietro la sua apparente rigidità, cela non poche falle. Nondimeno, dalla disciplina europea è possibile trarre alcune indicazioni preziose per poter progettare sistemi DRM più rispettosi della *privacy*, il che potrebbe per giunta ingenerare conseguenze virtuose in termini di sviluppo tecnologico²⁹.

²⁸ In tal senso l'art. 2, n. 3, lett. A), della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, GUUE L 157 del 30 aprile 2004, 45 ss. (rettifica pubblicata in GUUE L 195 2 giugno 2004, 16 ss.).

²⁹ Nel documento elaborato e diffuso da «Digital Media in Italia», dal titolo «Specifiche funzionali, azioni normative e governance per la realizzazione della proposta dmin.it» («<http://www.dmin.it/proposta/proposta-operativa.htm>»), si evidenzia che «la concorrenza tra diverse tecnologie DRM possa instaurarsi anche su parametri attinenti alla 'qualità giuridica' (in particolare, il rispetto dei diritti e degli interessi degli utenti finali). In un contesto in cui gli utenti di *digital media* possono scegliere DRM con restrizioni tecnologiche meno rigide, processi di negoziazione trasparenti e bidirezionali (cioè capaci di allargare il ventaglio delle scelte dell'utente rispetto al 'prendere o lasciare' tipico della contrattazione standardizzata), nonché un monitoraggio della fruizione meno invasivo della *privacy*, il mercato potrebbe essere orientato verso una concorrenza virtuosa nella quale accanto al prezzo e ad altri parametri qualitativi figurino la 'qualità giuridica' del DRM».

In particolare, rilevano i principi di finalità e di pertinenza. Il primo sta ad indicare l'esigenza che i dati personali siano raccolti per scopi determinati, espliciti e legittimi e successivamente trattati in modo non incompatibile con detti scopi³⁰. Il secondo, a propria volta, impone che i dati personali siano adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati o successivamente trattati³¹.

L'applicazione del principio di finalità dovrebbe scongiurare il rischio che i dati personali dell'utente, raccolti mediante l'impiego di tecnologie DRM nell'ambito della fornitura di un servizio informativo, siano poi utilizzati in ulteriori trattamenti per il perseguimento di obiettivi nient'affatto omogenei rispetto a quelli in vista dei quali era tollerabile il prelievo e l'immagazzinamento dei dati stessi. Peraltro, anche rimanendo nell'area della tollerabilità, resta pur sempre l'incognita che la raccolta delle informazioni legate alle abitudini di consumo finisca per coinvolgere il trattamento di dati sensibili in assenza delle prescritte garanzie.

Alla luce del principio di pertinenza, dovrebbero essere scrutinate con severità le tecnologie DRM che rinunzino a preservare l'anonimato dell'utente, quando ciò sia ininfluenza per assicurare gli obiettivi di protezione dei contenuti digitali. Ancora, l'etichettatura di un documento in formato digitale non dovrebbe consentire la sua correlazione ad uno specifico individuo, se non nei casi in cui tale collegamento sia indispensabile per l'esecuzione del servizio. A fronte di pratiche di tal fatta bisognerebbe, quantomeno, offrire al singolo l'opportunità di essere preventivamente e compiutamente edotto del fatto che vengono messi in opera dispositivi idonei a

³⁰ L'enunciazione è contenuta nell'art. 6, lett. B), direttiva 95/46/CE. Sul ruolo primario della finalità del trattamento nella disciplina di protezione dei dati personali, v., tra i tanti e con specifico riferimento alla legislazione italiana, E. NAVARRETTA, in *Tutela della privacy*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, 331 s.

³¹ Il principio è sancito dall'art. 6, lett. C), direttiva 95/46/CE.

seguire le sue impronte nei 'sentieri' telematici³², sì da poter esprimere un assenso sufficientemente meditato.

Un altro aggancio normativo può rinvenirsi nella regola che mira a garantire la trasmissione all'utente di un'informativa chiara ed esauriente circa gli aspetti salienti del trattamento e che ciò avvenga con tempestività³³. Vale a dire che l'informazione va fornita prima che i contenuti digitali siano scaricati, allorquando tale gesto comporti l'identificazione e la tracciabilità del fruitore. Rileva, inoltre, il principio della conservazione limitata dei dati³⁴, secondo cui non è ammissibile protrarre il controllo sui dati necessari ad identificare gli utenti al di là del tempo in cui devono considerarsi raggiunti gli scopi in base ai quali gli stessi sono stati raccolti.

7. Principio di necessità ed incentivi alla costruzione di un'architettura DRM privacy-oriented

Nessuna delle indicazioni fin qui sommariamente descritte, pur certamente utili a tamponare alcune delle falle più vistose, appare di per sé risolutiva. E nemmeno si potrebbe confidare nell'ancora di salvezza offerta dalla disciplina delle decisioni individuali

³² Nel documento menzionato nella nota che precede, si ricorda come la prassi abbia messo in evidenza uno «scenario nell'ambito del quale alcune componenti dei sistemi di DRM possono essere utilizzate per carpire in modo subdolo dati personali relativi al consumo dei contenuti digitali. Ha fatto scalpore una recente vicenda relativa alla messa in commercio di CD musicali dotati di sistemi di DRM i quali includevano alcune componenti in grado di autoinstallarsi sui computer degli utenti. Tali software sono stati additati come minacce alla privacy degli utenti ed alla sicurezza dei loro sistemi informatici. Inoltre, né le copertine dei CD, né le EULAs dei software sembravano dare sufficienti informazioni sul funzionamento dei sistemi di DRM».

³³ La regola dell'informazione in caso di raccolta dei dati presso l'interessato è sancita dall'art. 10 direttiva 95/46/CE.

³⁴ Di cui all'art. 6, lett. E), direttiva 95/46/CE.

automatizzate³⁵. Vero è che il legislatore comunitario guarda con sfavore ai trattamenti automatizzati di dati personali che si basino su dati valutativi di aspetti della personalità umana; e che, dunque, l'acquisizione di dati personali correlata alle tecnologie DRM e l'elaborazione delle informazioni acquisite a mezzo di dispositivi elettronici desterebbero minori preoccupazioni se non sfociassero in un *output* destinato a riverberarsi sulla sfera del fruitore dei prodotti digitali. Tuttavia, l'ostracismo verso le decisioni che abbiano effetti significativi nei confronti dell'interessato si attenua allorché esse siano prese nel contesto della conclusione o nell'esecuzione di un contratto. Di talché, la portata della regola verrebbe sminuita ogniquale volta la circolazione delle informazioni digitali risulti disciplinata dalle parti in una cornice contrattuale.

Foriero di acquisizioni ben più significative si presenta, invece il c.d. principio di necessità, enunciato solo a livello di esortazione in seno alla disciplina comunitaria³⁶, ma caricato di una valenza superiore in alcune esperienze nazionali, come quella italiana³⁷. L'auspicata progettazione dei sistemi informativi in modo da minimizzare l'uso dei dati personali dovrebbe spingere ad architettare tipologie di DRM che incorporino anche l'essenze delle regole di tutela della *privacy*.

³⁵ Cfr. art. 15 direttiva 95/46/CE. In argomento, sia consentito il rinvio a A. PALMIERI, *Intelligenza artificiale e tutela della personalità: la disciplina delle decisioni individuali automatizzate*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, I, 813 ss.

³⁶ Si vedano i «considerando» 9 e 30 della direttiva 2002/58/CE.

³⁷ L'art. 3 del codice in materia di protezione dei dati personali (decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196) enuncia il principio di necessità nel trattamento dei dati, secondo cui «i sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità».

Se ciò non bastasse, ulteriori incentivi verso un'architettura *privacy-oriented*, almeno in relazione alcuni *business models* (e segnatamente quelli in cui rimangono ben distinti titolari e venditori di diritti digitali), potrebbero arrivare anche dall'affermazione della regola di responsabilità vicaria (*à la Napster*) sui gestori dei sistemi che abbiano possibilità di controllo ed intervento nei confronti degli utenti³⁸. Orbene, tali gestori trarrebbero beneficio da una contrazione dei dati identificativi raccolti e memorizzati, in quanto ciò diminuirebbe l'ambito del controllo esercitabile, alleviando l'onere del monitoraggio e incrementando di conseguenza le *chances* di non incorre in responsabilità per le scorrettezze altrui.

³⁸ Per questa ricostruzione, v. J. Y. TSAI, L. F. CRANOR, S. CRAVER, *Vicarious Infringement Creates a Privacy Ceiling*, in *Proceedings of the ACM Workshop on Digital Rights Management*, Alexandria, Virginia, October 2006.

TERZA SESSIONE

DRM E TUTELA DELLA CONCORRENZA

MISURE TECNOLOGICHE DI PROTEZIONE, SISTEMI DI DRM E BARRIERE ALL'ENTRATA

MARIA LILLÀ MONTAGNANI

SOMMARIO: *1. Premessa - 2. Sistemi di DRM e strategie di distribuzione online - 3. Sistemi di DRM e mercati delle tecnologie - 4. La protezione delle piattaforme e l'interoperabilità tra beni complementari - 5. Una prima conclusione.*

1. Premessa

All'interno dell'irrisolto contrasto tra proprietà intellettuale e concorrenza pare acquisire sempre più rilevanza l'analisi di quegli strumenti di protezione e distribuzione *online* di contenuti digitali che pur non potendo più essere definiti «nuovi», possono sicuramente dirsi ancora controversi: i sistemi di Digital Rights Management (DRM). È incontrovertibile che l'adozione di tali sistemi condizioni, nel bene o nel male, la concorrenza nei mercati all'interno dei quali vengono impiegati o, più in generale, l'assetto della concorrenza nel settore dell'innovazione, poiché sia la tecnologia, sia le privative ad essa relative, costituiscono, anche nel caso dei sistemi di DRM, specifici prodotti di nuovi mercati rilevanti. Si pone allora il problema di verificare se il rapporto tra sistemi di DRM e diritto della concorrenza sia riconducibile al tradizionale, seppur complesso, rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e concorrenza o non lo arricchisca invece di nuove e ulteriori sfaccettature. Invero, ogniqualvolta tali sistemi siano considerati delle «estensioni» delle privative del diritto d'autore, paiono riproporsi i medesimi problemi che pone il complesso rapporto tra privative intellettuali e diritto della concorrenza. Allo stesso modo, quando le tecnologie o le privative ad esse relative sono il prodotto di

un nuovo mercato rilevante, a riproporsi sono i problemi tipici dei mercati dell'innovazione¹. Tuttavia, la molteplicità di funzioni che i sistemi di DRM svolgono a seguito dell'ampia diffusione che hanno acquisito – fenomeno che li ha portati ad essere impiegati sempre più anche al di fuori del settore dell'intrattenimento – impone forse una riflessione più accurata sulla loro eventuale portata anticoncorrenziale e sulla possibilità che, in alcuni casi, essa possa superare quella delle tradizionali privative di proprietà intellettuale.

La modalità seguita nell'analisi del rapporto tra sistemi di DRM e concorrenza predilige la classificazione dei maggiori casi che vedono queste tecnologie coinvolte, indipendentemente dal tipo di contenuti digitali ai quali vengono apposte, dall'ordinamento giuridico di riferimento e dalla natura dell'organo che ha adottato la decisione. Ciò al fine di identificare, all'interno di ciascuna categoria, se il conflitto che pare inevitabilmente riproporsi tra diritti di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza venga risolto alla luce dei principi tradizionali o sia invece necessaria l'elaborazione di ulteriori criteri interpretativi. In altri termini, come i diritti di proprietà industriale possono costituire o innalzare barriere all'entrata, così i sistemi di DRM possono svolgere il medesimo ruolo a seconda del mercato di riferimento e dello scopo per il quale all'interno di tale mercato vengono impiegati. In particolare, si può sin da ora anticipare che, dal punto di vista dell'analisi concorrenziale, vi sono situazioni in cui i sistemi di DRM possono costituire barriere all'entrata di natura strategica. Si tratta prevalentemente delle ipotesi in cui la tecnologia viene usata a protezione di piattaforme *hardware* o *software*, che è peraltro la categoria che solleva maggiori

¹ P. MAGNANI, L. MANDERIEUX, M. L. MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza: l'individuazione del mercato rilevante e la definizione delle barriere all'ingresso*, in M. L. MONTAGNANI, M. BORGHI (a cura di), *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management*, Milano, 2006, 223, 232.

preoccupazioni, poiché in questo settore l'adozione di tali tecnologie permette di regolare l'interoperabilità tra beni complementari. Nelle altre ipotesi considerate la possibile o concreta natura anticompetitiva dei sistemi DRM (o, più esattamente, la possibilità che essi e le norme che li legittimano e tutelano costituiscano barriere strategiche) si collega invece alla capacità di tali strumenti di permettere la protezione e distribuzione di contenuti digitali protetti (quindi in funzione di «exclusion and versioning tools» al pari delle privative di proprietà intellettuale), oppure al fatto che essi stessi, o più precisamente i diritti di privativa ad essi o ai singoli elementi che li compongono relativi, siano l'oggetto del mercato considerato in sede di scrutinio antitrust.

Prima di procedere a verificare, all'interno di ciascuna delle categorie in cui sono stati divisi i casi che coinvolgono sistemi di DRM, l'effettiva o potenziale presenza di barriere all'entrata, si impone tuttavia una precisazione. Vi è oramai consenso sul fatto che «sistemi di DRM» e «misure tecnologiche di protezione» (MTP) non coincidano, o perlomeno non siano totalmente coincidenti. Minor consenso esiste invece su dove si debba collocare il confine tra le due categorie e quale sia il loro rapporto. Il problema pare però essere più a monte: nell'ampiezza della definizione di «sistemi di DRM» che si adotta. Alcuni tendono a sottolineare il ruolo di protezione tecnologica che essi svolgono e fanno così coincidere le due categorie o, perlomeno, tendono a ritenere che i sistemi di DRM racchiudano sempre, al loro interno, delle MTP. Altri, invece, evidenziano la funzione di gestione e soprattutto distribuzione dei contenuti che tali sistemi svolgono e fanno quindi rientrare nella categoria, indipendentemente dall'elemento della protezione tecnologica, tutti quei sistemi che mirano alla distribuzione, con l'esclusione dei sistemi di mera protezione. Ora, mentre per i sostenitori della prima posizione le MTP tenderanno a rientrare nella

categoria dei sistemi di DRM anche laddove non svolgano il ruolo di «proteggere al fine di distribuire» (come, peraltro, in molti dei casi che vengono considerati); per i sostenitori della seconda, le ipotesi in cui le MTP non operano distribuzione di contenuti digitali *online* esulano dalla categoria dei sistemi di DRM.

Perché non ipotizzare invece un *continuum* che vada dalla semplice gestione (senza alcuna velleità di limitare la copia o l'accesso tramite MTP, ma unicamente finalizzata, ad esempio, a contare il numero degli accessi) a sistemi che hanno la sola funzione di limitare la compatibilità tra due tecnologie (ove quindi sia del tutto assente la finalità distributiva), passando per il DRM per eccellenza, come ad esempio il sistema FairPlay adottato da Apple, che viene impiegato per proteggere e distribuire contenuti protetti dal diritto d'autore? La consapevolezza delle differenze non impedisce quindi di considerare MTP e sistemi di DRM congiuntamente. Infatti, a partire da un certo punto del *continuum* (precisamente dal punto in cui si iniziano ad adottare MTP) le norme di legge che vengono applicate sono le medesime e sono, più precisamente, le disposizioni che legittimano l'uso di misure tecnologiche di protezione e di informazioni elettroniche, che sanciscono il divieto di aggirare le stesse e di produrre e commercializzare tecnologie atte all'aggiramento. Norme, altrimenti definite come «paracopyright», che recepiscono i Trattati OMPI sul diritto d'autore e sui diritti connessi. In recepimento di questi trattati sono stati adottati sia il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) sia la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione – e, a seguire, le leggi degli Stati membri che a loro volta recepiscono la direttiva – nonché tutte le altre leggi nazionali che introducono le disposizioni internazionali. Di molti dei problemi che queste disposizioni

sollevano è dato ampiamente conto in questo volume, ciò nondimeno merita di essere nuovamente sottolineato che le difficoltà interpretative che pongono arrivano al punto di rendere possibile che queste disposizioni siano adoperate in maniera parzialmente difforme da quella per la quale è verosimile ipotizzare che siano state adottate (senza entrare nel merito della correttezza del fine per il quale sono state introdotte).

2. Sistemi di DRM e strategie di distribuzione online

La prima realtà che viene normalmente identificata con il termine DRM attiene alla distribuzione *online* di contenuti digitali, in particolare di musica. Più precisamente, il sistema di DRM è lo strumento tecnologico che ha permesso alle *major* discografiche di esportare il modello della distribuzione *offline* all'ambiente *online*, ad esempio il Fair-Play di i-Tunes, o le altre tecnologie proprietarie adottate dai *digital music stores* e dai lettori portatili². Nel settore della musica, così come negli altri settori in cui vengono adoperate, tali tecnologie permettono al titolare dei contenuti di diversificare la propria offerta sulla base delle differenti esigenze e possibilità dal lato della domanda. È infatti noto che il medesimo sistema di gestione può permettere di offrire diverse soluzioni commerciali per ciascun contenuto a seconda delle condizioni che l'utente sceglie tra quelle offerte. È parimenti noto che la possibilità per gli utenti di accedere ad un'offerta diversificata degli stessi contenuti dipende esclusivamente dal titolare dei contenuti, la qual cosa avviene

² Per la descrizione di questo modello di distribuzione e degli altri che adottano tecnologie DRM si vedano D. SLATER, M. SMITH, D. BAMBAUER, U. GASSER, J. G. PALFREY, *Content and Control: Assessing the Impact of Policy Choices on Potential Online Business Models in the Music and Film Industries*, Berkman Publication Series Paper No. 2005-01, 11 (2005), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=654602>; M. L. MONTAGNANI, Dal *peer-to-peer* ai sistemi di *Digital Rights Management*: primi appunti sul *melting pot* della distribuzione online, in *Dir. autore*, 2007, 43-52.

peraltro anche per le opere tradizionali (si pensi ad esempio alla stessa versione di un'opera letteraria che viene offerta in collane che presentano diverse caratteristiche e prezzo)³. Quello che pare differenziare in maniera sostanziale la distribuzione *online* rispetto a quella *offline* non pare quindi essere il fatto che essa possa avvenire solo tramite la conclusione di contratti per adesione – vista l'impossibilità per gli utenti di negoziare le condizioni di acquisto (o meglio di licenza trattandosi di opere protette dal diritto d'autore) – quanto il fatto che nelle ipotesi di distribuzione *online* di contenuti protetti tramite sistemi di DRM si possa ignorare il tradizionale regime delle libere utilizzazioni (peraltro ora denominate eccezioni nel capo V della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore, denominazione modificata dall'art. 9 del d. lgs. n. 68 del 2003 con il quale è stata recepita in Italia la direttiva n. 29 del 2001 sul diritto d'autore nella società dell'informazione).

Che cosa sono esattamente, allora, dal punto di vista del diritto della concorrenza, questi sistemi di DRM? Altro non sono che strumenti per attuare il passaggio da bene pubblico (informazione, prodotti culturali) a bene privato, permettendo così l'esclusione dei consumatori (esclusione che non potrebbe sussistere se fossero beni pubblici), o meglio rafforzando la possibilità di esclusione che viene offerta ancora prima dalla concessione della privativa. In questo contesto il sistema di DRM rafforza la privativa sui contenuti e permette l'attuazione di strategie di mercato da parte dei titolari dei diritti sui quei contenuti. A voler ben vedere tali tecnologie costituiscono degli «exclusion and versioning tools» non solo pari ma anche superiori ai supporti fisici poiché combinano le caratteristiche tipiche delle privative tradizionali, esclusione e

³ MAGNANI, MANDERIEUX, MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza: l'individuazione del mercato rilevante e la definizione delle barriere all'ingresso*, cit., 234.

rivalità, con dei *set* predefiniti di utilità tra loro diversi a seconda dell'accordo stipulato con il (o meglio imposto dal) titolare dei contenuti⁴.

La funzione di «*exclusion and versioning tools*» che i sistemi di DRM svolgono nel settore della distribuzione *online* emerge con chiarezza fin dalle prime (e per il momento anche uniche) decisioni della Commissione europea di autorizzazione di concentrazioni tra imprese attive nella distribuzione *online* e nella produzione di tecnologie DRM o apparecchi complementari. Le decisioni in esame considerano le concentrazioni tra AOL e Time Warner, e Sony e BMG⁵. La prima ha visto, nel 2000, l'Internet Service Provider statunitense e il colosso dell'*entertainment* comunicare la decisione di concentrarsi e ottenere l'autorizzazione a condizione che la *joint venture* tra AOL Europa e Betelsmann venisse sciolta e che l'accesso alla *library* di BMG (società del gruppo Betelsmann) fosse mantenuto aperto a tutti gli operatori. Ci sono una serie abbastanza dettagliata di mercati che vengono identificati nell'analisi di questa concentrazione, tra cui anche quello della distribuzione di contenuti *online*. Non essendoci sovrapposizione ma integrazione verticale è evidente, da un lato, il favore per la concentrazione e, dall'altro, il timore che l'integrazione verticale impedisca l'accesso ai contenuti (la preoccupazione è rivolta ai contenuti più che alla tecnologia che ne abilita la distribuzione). Quello che è interessante è la modalità con la quale la Commissione procede all'identificazione dei mercati rilevanti, dei confini dei mercati rilevanti, delle barriere all'entrata e degli ulteriori elementi significativi per la valutazione della concentrazione. L'adozione effettiva o potenziale di tecnologie DRM determina, infatti, l'individuazione di nuovi mercati rilevanti (tutta la

⁴ MAGNANI, MANDERIEUX, MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza*, cit., 234, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵ *AOL/Time Warner*, COMP/M.1845 (2000); *Sony/BMG*, COMP/M.333 (2004).

distribuzione *online* risulta ad esempio un nuovo mercato dal punto di vista del diritto della concorrenza) oppure il frazionamento di mercati già esistenti poiché, modificando l'offerta, modifica anche la domanda.

In maniera non dissimile nel 2004 la Commissione ha autorizzato la concentrazione tra BMG, ancora società del gruppo di Betelsman, attiva nel settore della musica registrata – ma non della distribuzione di musica *online* – e titolare di privative su un ampio «portafoglio» di contenuti e Sony, attiva invece nel settore della musica registrata e dell'elettronica (tra cui si annovera ad esempio un lettore portatile), nonché titolare della tecnologia DRM proprietaria Open Magic Gate. In particolare Sony offriva, al momento della richiesta di autorizzazione, un servizio già attivo, Sony Connect, di distribuzione di musica *online* e deteneva anche la licenza di svariati contenuti. Anche in questo caso, come in quello precedente, la concentrazione dei due soggetti genera effetti verticali (nel senso che Betelsman detiene molti contenuti, mentre Sony si sta affacciando al mercato della distribuzione *online*) ed effetti orizzontali (in quanto sono entrambe attive nel settore della musica registrata che appare nell'analisi della Commissione molto concentrato). La Commissione non ha tuttavia ritenuto che l'operazione rappresentasse un problema per la concorrenza in quanto la *joint venture* avrebbe avuto ad oggetto la sola fase della A&R⁶ e non anche quella del *trade* delle licenze e della distribuzione della musica *online*.

In entrambi i casi riportati l'adozione dei sistemi di DRM emerge come un elemento che crea un mercato ulteriore rispetto a quello della distribuzione tradizionale di musica. Al fine di operare in tale nuovo mercato l'acquisizione di una tecnologia DRM

⁶ Con il termine Artist and Repertoire (A&R) ci si riferisce alla divisione delle case discografiche che si occupa di individuare nuovi artisti al fine di svilupparne l'offerta.

costituisce una risorsa importante. In quest'ottica i sistemi di DRM possono essere allora considerati barriere all'entrata poiché contribuiscono a costituire i costi che devono essere sostenuti per entrare – e rimanere – in un mercato rilevante. La posizione sui cui pare si fondi l'analisi compiuta dalla Commissione nelle decisioni ricordate vede i sistemi di DRM come analoghi alle privative di proprietà intellettuale, di cui peraltro i primi costituiscono un'estensione e un rafforzamento. Come coloro che vogliono operare in mercati in cui sia necessario detenere diritti sui contenuti, quale ad esempio il mercato della distribuzione di musica, devono sostenere i costi connessi all'acquisizione di tali diritti, così coloro che vogliono operare nel mercato della distribuzione di musica *online* devono procedere anche all'acquisizione della tecnologia che abilita la distribuzione, o più esattamente, come evidenziato nel prosieguo, dei diritti sulle soluzioni tecnologiche che rendono possibile la distribuzione⁷. In questo senso i sistemi di DRM sono barriere esogene come qualsiasi altra tecnologia in uso nel settore poiché non derivano direttamente dai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese operanti nel mercato considerato.

⁷ La posizione riportata nel testo è quella che emerge nelle decisioni della Commissione e che risente del momento storico in cui è stata formulata. È infatti opinione ora condivisa che i sistemi di DRM costituiscano lo strumento principale per realizzare una delle modalità con le quali avviene la distribuzione *online*, la quale può nondimeno realizzarsi anche in assenza di tali tecnologie, tramite i c.d. modelli «open business». Sul punto di veda, da ultimo, L. GUIBAULT *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 149-153 (2007) disponibile all'URL: «http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm»; MONTAGNANI, *Dal peer-to-peer ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online*, cit., 52.

3. Sistemi di DRM e mercati delle tecnologie

Il secondo profilo che l'analisi dei risvolti concorrenziali dell'adozione di tecnologie DRM impone di esplorare attiene alle tecnologie *software* che costituiscono tali sistemi, le quali sono, nella maggior parte dei casi, protette da diritti di proprietà intellettuale; così come sono peraltro protette le soluzioni DRM finali (che nascono dall'interazione dei diversi elementi). Parallelamente quindi alla diffusione dei sistemi di DRM si è sviluppata la produzione dei singoli componenti, così dando vita, in termini di analisi antitrust, al mercato rilevante dei diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi di DRM, mercato distinto da quello delle soluzioni DRM finali.

Entrambi i mercati ora ricordati sono individuati dalla Commissione nella decisione che autorizza l'acquisizione del controllo congiunto di Intertrust da parte di Sony e Philips⁸. Tale operazione infatti non dà luogo ad alcuna integrazione orizzontale ma esclusivamente verticale, poiché ciascuna delle imprese interessate è attiva in mercati differenti. Intertrust è presente nella produzione dei componenti tecnologici che servono per realizzare un'architettura DRM, e quindi nel mercato dei diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi DRM in cui sono presenti anche altre imprese che svolgono la stessa attività e sono titolari di privilegiate analoghe sulle proprie creazioni (tra cui Microsoft, ContentGuard, IBM, RealNetwork, Adobe, *etc*). Sony è presente nel secondo dei mercati sopra ricordati, quello relativo alle soluzioni finali poiché, non producendo alcuno dei componenti tecnologici che servono per costruire una soluzione DRM, assembla invece il proprio prodotto tramite l'acquisto delle licenze relative ai singoli elementi, che servono per costruire l'architettura completa, e lo rivende a chi distribuisce contenuti. Accanto alla commercializzazione del sistema

⁸ *Sony/Philips/Intertrust*, COMP/M.3024 (2002).

DRM Open Magic Gate (OPG), Sony è poi particolarmente presente nel mercato dell'elettronica dove produce i *device* più svariati – su alcuni dei quali installa OPG – e nel mercato della musica (tramite alcune case discografiche che appartengono al gruppo). Philips, infine, è anch'essa attiva nel settore dell'elettronica e degli elettrodomestici, ma non è invece presente in nessuno dei mercati relativi alle soluzioni DRM.

Quando i mercati rilevanti identificati sono quelli delle privative relative ai componenti dei sistemi DRM o alle soluzioni finali, l'analisi concorrenziale incontra gli stessi problemi che si pongono nei mercati dell'innovazione⁹, così come identificati nelle linee guida statunitensi sul *licensing* della proprietà intellettuale¹⁰, e nelle linee direttrici comunitarie per l'applicabilità dell'art. 81 agli accordi di cooperazione orizzontale¹¹. In particolare, emergono tutte le difficoltà connesse alla valutazione di mercati particolarmente dinamici, che nelle decisioni riportate la Commissione non ha avuto occasione di esaminare approfonditamente poiché la valutazione degli effetti delle concentrazioni di cui è stata richiesta l'autorizzazione è avvenuta senza avviare l'istruttoria¹².

È necessario fare un passo ulteriore per comprendere appieno i risvolti anticoncorrenziali connessi alla titolarità dei diritti relativi ai componenti DRM, che tenderanno a presentarsi ogniqualvolta la

⁹ Per i problemi che sorgono nei mercati dell'innovazione e della tecnologia si rinvia a P. MAGNANI, *La tutela della concorrenza nel «mercato dell'innovazione»*, Milano, 2003, *passim*.

¹⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FEDERAL TRADE COMMISSION, *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 1995, disponibili all'URL: «www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm».

¹¹ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *Gazzetta ufficiale* n. C 003 del 6 gennaio 2001, 2-30.

¹² P. MAGNANI, M. L. MONTAGNANI, *Digital Rights Management systems and Competition: What Developments within the Much Debated Interface between Intellectual Property and Competition Law?*, in corso di pubblicazione in *IIC*, § 2.

titolarità dei singoli componenti si traduca nella titolarità della privativa sull'architettura DRM che quelle componenti costituiscono. La presenza di effetti di rete nel mercato delle soluzioni finali, derivante dalla possibilità, tra le altre, che il formato connesso ad una determinata soluzione sia diffuso al punto da spingere i *content provider* ad usare solo quello standard, può innescare il c.d. *tipping* del mercato verso quella tecnologia che finisce per imporsi come standard di fatto. Tale eventualità pare essere emersa in *Microsoft/Time Warner/Content Guard* ove la notifica dell'acquisto del controllo congiunto di Microsoft e Time Warner su ContentGuard ha delineato la concreta possibilità di una concentrazione delle privative sulle soluzioni DRM in capo a Microsoft (che già sviluppava un sistema proprietario e avrebbe così acquistato anche la titolarità delle soluzioni sviluppate da ContentGuard)¹³. E questo per quanto riguardava appunto gli effetti orizzontali della concentrazione, ai quali si andavano sommando anche gli effetti verticali connessi al fatto che Time Warner, attiva nella produzione di contenuti, aveva iniziato ad operare, a seguito della concentrazione con AOL, nel mercato della distribuzione *online*. Tuttavia, nel caso di specie, l'avvio dell'indagine sembrava collegato più al fatto che Microsoft avrebbe rafforzato la propria posizione già dominante nel mercato delle soluzioni DRM, così determinando uno standard di fatto potenzialmente in grado di eliminare la concorrenza degli altri produttori all'interno di quel mercato della tecnologia, nonché di limitare la concorrenza, in virtù dei c.d. *spill-over-effects*, nei mercati collegati dei contenuti, della telefonia mobile, e via dicendo. Tanto è vero che le parti hanno proceduto, dopo aver ricevuto lo *statements of objection* della Commissione, a modificare la *corporate governance* di

¹³ L. NASCIMBENE, *Il caso ContentGuard: le mani di Microsoft sul futuro delle tecnologie DRM*, in *Dir. ind.*, 2005, 287.

ContentGuard e ad includere un terzo soggetto, la qual cosa ha evitato si cadesse nell'ipotesi di controllo congiunto di Microsoft e Warner Bros. Proprio in virtù dell'acquisto del 33% di ContentGuard da parte di Thomas, nel marzo del 2005, la concentrazione è fuoriuscita dalla sfera di competenza della Commissione.

Anche nelle ipotesi ora esposte i profili anticoncorrenziali dell'adozione di sistemi DRM non sono dissimili da quelli generati dalla titolarità di diritti di proprietà intellettuale. Anche qui la titolarità in capo ad un soggetto delle privative relative alla tecnologia che diventa standard di fatto in ragione delle caratteristiche del mercato interessato, quale ad esempio la presenza di effetti di rete, pone il problema della liceità dell'eventuale rifiuto di concedere in licenza tale tecnologia e degli effetti di tale rifiuto sull'entrata di nuovi concorrenti o l'uscita di quelli già presenti. Lo stesso problema che si pone allorquando l'oggetto della privativa diventi un bene essenziale per l'innovazione derivata e per la creazione di opere derivate. A questo tema, già discusso in questo volume¹⁴, si preferisce tuttavia l'altrettanto controversa ipotesi, analizzata nel prosieguo, in cui i sistemi di DRM siano barriere all'entrata di tipo strategico. O, meglio ancora, possano diventare barriere all'entrata di natura strategica in virtù delle norme di «paracopyright».

4. La protezione delle piattaforme e l'interoperabilità tra beni complementari

C'è una certa tendenza a parlare di sistemi di DRM in relazione ad una serie di casi che con la distribuzione di contenuti protetti dal diritto d'autore hanno ben poco a che fare, ma che molto hanno a che fare con stampanti e toner, garage e telecomandi che ne permettono il

¹⁴ G. MAZZIOTTI, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso iTunes*, in questo volume, § 3.

controllo a distanza, Playstation e videogiochi e altre tecnologie simili. Non solo quindi le tecnologie DRM possono essere adottate a protezione di contenuti tipici del settore dell'intrattenimento, ma possono anche essere adottate per la protezione di opere di natura funzionale come il *software*, sia quando esso è equiparato ad un contenuto «culturale» – distribuito e fruito *online*¹⁵ – sia quando è invece parte di una piattaforma *hardware* o *software*¹⁶. In quest'ultima ipotesi i sistemi di DRM rilevano, dal punto di vista dell'analisi antitrust, poiché possono essere usati (anzi, sono spesso usati) per limitare la compatibilità tra piattaforme (così limitando la concorrenza orizzontale) e tra piattaforme e accessori (così limitando la concorrenza nel mercato secondario).

È necessario precisare che tali ipotesi si collocano nell'ultimo segmento di quel *continuum* a cui si accennava in premessa, segmento nel quale i sistemi di DRM tendono a perdere la connotazione di strumenti di distribuzione di contenuti protetti dal diritto d'autore per accentuare la funzione di protezione fino a coincidere con le sole MTP. Vale ugualmente la pena ricordare che, per quanto sia forse preferibile non usare più il termine «sistemi di DRM», ma quello più preciso di «MTP», tali tecnologie vengono considerate congiuntamente poiché anche nel caso delle MTP si applicano le medesime norme che vigono per i sistemi di DRM in

¹⁵ La distribuzione di *software online*, così come la fruizione (a pagamento) di *software web-based*, sta se non soppiantando, almeno uguagliando la tradizionale distribuzione di *software* su supporto. Per le differenze e analogie che si presentano, in prospettiva *antitrust*, tra sistemi di DRM adoperati per *proteggere e distribuire* il *software* o per proteggere *software* che siano parte di una piattaforma *hardware* o *software* si rinvia a MAGNANI, MONTAGNANI, *Digital Rights Management systems and Competition: What Developments within the Much Debated Interface between Intellectual Property and Competition Law?*, cit., §§ 3.2, 4.

¹⁶ Il tema della protezione del *software* «built-in hardware platforms» è ampiamente trattato da J. LIPTON, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, 62 *Wash & Lee L. Rev.* 487 (2005).

senso stretto, con effetti peraltro se non paradossali quasi sicuramente anticoncorrenziali. In tali ipotesi emerge appieno la natura di barriera strategica che tali tecnologie possono rivestire.

Una prima serie di casi statunitensi sono stati decisi in base alle norme sul *copyright*, o meglio hanno richiesto, ai fini della decisione, l'interpretazione delle norme di «paracopyright». In *Chamberlain v Skylink* la prima ha cercato di inibire la produzione e commercializzazione di telecomandi universali compatibili con l'ultima generazione di garage di sua produzione, al fine di promuovere la vendita di telecomandi proprietari¹⁷. La modalità con la quale si è tentato di vietare la produzione dei telecomandi universali è stata quella di sostenere la contrarietà alle norme del DMCA dell'attività di produzione e commercializzazione di tecnologie atte ad eludere le misure di protezione tecnologica apposte a protezione del *software* (c.d. *rolling*) di gestione dei garage di ultima generazione (che presenta, in effetti, la peculiarità di aprirsi per effetto di segnali sempre diversi). La corte d'appello, tuttavia, non ha esitato, accogliendo la posizione della *Consumers Union*¹⁸, a sottolineare che le MTP nel caso di specie (e i sistemi DRM in generale) non debbano essere usati per limitare la concorrenza nel mercato secondario dei complementi alla tecnologia primaria. Si è quindi affermato il principio in base al quale è necessario che l'elusione delle MTP sia finalizzata a commettere una violazione del *copyright*, non potendosi equiparare ad attività illecita qualsiasi elusione. La qual cosa non era invece apparsa scontata né ad una

¹⁷ *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.*, 381 F.3d 1178, 1183 (Fed. Cir. 2004).

¹⁸ *In The United States Court of Appeals, For The Federal Circuit, Chamberlain Group, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Skylink Technologies, Inc., Defendant-Appellee, «Brief Of Amicus Curiae Consumers Union In Support Of Appellee»*, disponibile all'URL: [«www.eff.org/legal/cases/Chamberlain_v_Skylink/20040408_Skylink_Amicus_Brief.pdf»](http://www.eff.org/legal/cases/Chamberlain_v_Skylink/20040408_Skylink_Amicus_Brief.pdf) (April 2004).

prima lettura delle norme del DMCA, né nelle prime interpretazioni delle stesse effettuate.

Le decisioni successive paiono riprendere e meglio articolare i principi ora esposti. Di particolare rilievo è la sentenza adottata nel caso Lexmark¹⁹. L'attore aveva tentato di far dichiarare illegale la tecnologia (un *software*) in grado di rendere compatibili con la stampante di sua produzione anche quelle cartucce, sempre di sua produzione, che erano però destinate ad essere restituite dopo l'uso e non quindi autonomamente ricaricabili dagli acquirenti. La pronuncia della corte d'appello, oltre a mettere in dubbio che il software adoperato da Lexmark per limitare la compatibilità della stampante alle sole cartucce ricaricabili fosse protetto da *copyright*, affermava anche che, pur nell'ipotesi in cui Lexmark fosse titolare del *copyright* sul software, la tecnologia prodotta e commercializzata dalla convenuta SCC non avrebbe comunque violato le norme di «paracopyright», in quanto finalizzata a produrre una chiave di compatibilità tra i prodotti di terzi e la stampante di Lexmark. Il DMCA, viene ancora una volta ribadito, non avrebbe il fine di costituire monopoli nei mercati secondari delle tecnologie accessorie.

Si collocano nella stessa scia due decisioni nazionali che hanno per prime applicato le norme che recepiscono nell'ordinamento nazionale la direttiva 29/2001²⁰. Per quanto siano note le differenze che intercorrono tra DMCA e direttiva comunitaria, i principi di fondo sono gli stessi e mirano a sanzionare l'aggiramento della protezione tecnologica, delle informazioni elettroniche e della produzione e commercializzazione di tecnologie

¹⁹ *Lexmark Intl., Inc. v. Static Control Component, Inc.*, 387 F.3d 522, 564 (6th Cir. 2004).

²⁰ Trib. Bolzano, ord. 31 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 259; Trib. Trento, ord. 3 maggio 2004, *ibid.*, 375 (commentata da R. CASO, *Il (declino del) diritto d'autore nell'era digitale: dalle misure tecnologiche di protezione al "Digital Rights Management"*, *ibid.*, 479).

che hanno la finalità prevalente di permettere l'aggiramento della protezione tecnologica. Limitandosi in questa sede alla prima e più nota delle sentenze ora ricordate, è conosciuto il tentativo di sanzionare la produzione e commercializzazione di *microchip* in grado di rendere compatibili le Playstation con accessori complementari provenienti dall'estero, così superando la frammentazione geografica che viene invece imposta tramite la configurazione delle piattaforme per la sola lettura dei giochi venduti nella medesima area geografica.

Ora, numerose sono le critiche che possono essere mosse nei confronti dell'ordinanza adottata dal Tribunale di Bolzano, indipendentemente dalla divisibilità o meno della conclusione. Ciò nondimeno, quello che emerge è la consapevolezza che la tecnologia possa essere utilizzata in quella sede per limitare la compatibilità tra un prodotto primario e i suoi accessori, costituendo una barriera all'entrata nel mercato dei complementi che mira a limitare anche la concorrenza potenziale nel mercato primario. Questo obiettivo può essere raggiunto a condizione che la strategia sia supportata dalle norme che abbiamo più volte ricordato. In questo senso la tecnologia diventa una barriera diretta all'entrata nel mercato degli accessori e indirettamente preclude anche l'entrata nel mercato della tecnologia principale.

Il problema non è di poco rilievo. Mentre le corti statunitensi sono in qualche modo riuscite a limitare gli effetti anticoncorrenziali tramite un'interpretazione del *paracopyright* che lo riporti, almeno in linea di principio, alla – seppur discutibile – funzione iniziale; lo stesso non si può dire per le decisioni nazionali, che pur perseguendo un fine più che giustificato, prestano comunque il fianco a numerose critiche di carattere sistematico²¹.

²¹ M. RICOLFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana*, in *Giur. it.*, 2002, 1454.

In maniera originale pare essere stato affrontato il problema in Francia in sede di recepimento della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione, ove si prevede che le misure tecnologiche di protezione siano adottate a protezione di una serie di contenuti ma non di *software*. Così facendo si esclude che si possa lamentare una violazione del diritto d'autore ogniqualvolta *software* limitativi della compatibilità tra tecnologie primarie e accessori vengano aggirati e si riporta l'adozione dei sistemi di DRM a quella che era, almeno in linea di principio, la funzione per la quale sono stati ideati.

5. Una prima conclusione

Dall'analisi dei casi sopra ricordati emerge che, da un lato, l'adozione dei sistemi di DRM condiziona la concorrenza nei mercati interessati e, dall'altro, tali tecnologie, così come quelle di sola protezione, ripropongono e per molti versi accentuano il già difficile rapporto tra diritto della proprietà intellettuale e diritto della concorrenza.

I problemi sono quelli noti, e solo parzialmente risolti, che pongono i diritti di proprietà intellettuale sia nell'ipotesi in cui i sistemi di DRM siano considerati *versioning tools* – e costituiscano quindi barriere esogene – sia qualora siano l'oggetto della privativa.

Procedendo all'analisi dell'ipotesi in cui le tecnologie DRM sono adoperate dai titolari dei diritti per realizzare le proprie strategie distributive, una prospettiva strettamente economica impone di sottolineare gli effetti pro concorrenziali che derivano dal moltiplicarsi dei modelli di *business* presenti nel mercato (è ad esempio il caso della distribuzione di musica *online*)²². Ciò è stato

²² Non sarà certo sfuggito a chi si interessi di distribuzione di musica *online* che non si assiste al solo proliferare di diversi sistemi di distribuzione che vanno da quelli più «proprietari», quali i *digital music stores*, alle più innovative modalità di superdistribuzione o a sistemi che potrebbero essere definiti *open business* (quale ad

tuttavia reso possibile dal rafforzamento della protezione tipica dei diritti di privativa intellettuale e ha in parte alterato il tradizionale equilibrio tra interesse pubblico e privato che legittima la concessione di diritti d'esclusiva. Nondimeno – e fintantoché la funzione dei sistemi di DRM è quella di permettere la diversificazione dell'offerta dei titolari di diritti – le critiche che possono essere sollevate non superano i confini di quelle indirizzate ai diritti di proprietà intellettuale così come attualmente configurati. I sistemi di DRM impiegati in questo contesto, e con la funzione ora ricordata, sollevano comunque alcune perplessità, legate tuttavia più alla *policy* che ne legittima e incoraggia l'adozione che agli effetti sulla concorrenza che la loro adozione genera.

Nell'ipotesi successiva in cui tali tecnologie siano il prodotto di un mercato della tecnologia, così come precedentemente individuato e definito, l'analisi si deve concentrare sulle peculiarità di tale mercato. Per un verso, infatti, le numerose e diverse soluzioni che l'adozione di sistemi DRM permettono di realizzare impone che tale analisi sia, ancor più che nei mercati tradizionali e in altri mercati della tecnologia, adattata alle specificità del caso che viene considerato. Per altro verso, non si può non considerare che in contesti altamente dinamici il numero di operatori, le quote e la

esempio quello adottato da John Buckman per la sua casa di produzione e distribuzione musicale Magnatune). Ma, anche all'interno della prima delle categorie ora ricordate, la pressione concorrenziale è tale per cui nel tempo i diversi *Digital Media Stores* hanno modificato le proprie condizioni di offerta aumentando gli usi della musica acquisita che vengono consentiti agli utenti (L. GEE, L. IVANOVA, *Fragmentation versus Standardization in the Market for Digital Rights Management Solutions – A Case Study of the Online Market for Audio and Video Content* (26 luglio 2006) disponibile all'indirizzo URL: «<http://ssrn.com/abstract=920711>» § 4). Sempre in questo senso deve essere letta la decisione recentemente adottata da iTunes e EMI di distribuire l'intero catalogo di quest'ultima senza ricorrere a tecnologie DRM (cfr. N. F. SHARPE, O AREWA, *Is Apple Playing Fair? Navigating the iPod FairPlay DRM Controversy*, in 5 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 331 (2007)).

struttura stessa del mercato sono molto meno stabili e soggetti a cambiamenti repentini. In quest'ipotesi si pone inoltre il problema degli standard di fatto che si possono costituire qualora vi siano forti effetti di rete. Le peculiarità ora ricordate non paiono tuttavia modificare in maniera rilevante la frizione tra diritti di proprietà intellettuale e concorrenza. Rimane quindi valida la definizione di barriere all'entrata adottata per le privative di proprietà intellettuale in mercati altamente dinamici.

Diverso è invece il caso in cui la tecnologia sia a protezione di *software* che fanno parte di una piattaforma *hardware*. La possibilità che i sistemi di DRM costituiscano barriere all'entrata di tipo strategico è presente ed è accresciuta dalla presenza delle norme di «paracopyright». Invero, non è la tecnologia ad essere una barriera strategica all'entrata ma sono le norme a protezione della tecnologia che ne permettono un uso tale da erigere barriere di tipo strategico nei mercati secondari (la qual cosa si riflette indirettamente sul mercato primario). In questa situazione il rapporto con il diritto della concorrenza si rende allora più complesso che nell'ipotesi dei diritti di proprietà intellettuale, poiché la presenza di queste disposizioni ha effetti ulteriori rispetto a quello ricordato di alterare il già traballante equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato che il diritto d'autore dovrebbe rappresentare²³. È infatti verosimile che i sistemi di DRM siano stati ideati per permettere il controllo e la distribuzione delle opere creative sia *online* sia *offline* con l'intento di limitare la c.d. pirateria. Tuttavia, quando sono adottati a protezione di *software* o *hardware* destinati a interagire con accessori non proprietari (con ciò intendendosi prodotti che vengono realizzati da soggetti diversi dal produttore della piattaforma), tali

²³ M. BORGHI, *Il diritto d'autore tra regime proprietario e «interesse pubblico»*, in MONTAGNANI, BORGHI, *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management*, cit., 1.

tecnologie permettono al produttore della piattaforma di espandere il proprio potere di mercato anche nel mercato secondario degli accessori. Lo strumento che consente l'effetto leva non è tanto, o non solo, l'adozione delle tecnologie DRM, quanto la protezione legislativa loro fornita. È allora questa forte protezione (che va dalla tradizionale protezione *ex post* del diritto d'autore alla protezione *ex ante* offerta dalla tecnologia stessa, alla protezione prevista contro le tecnologie che permettono l'aggiramento della protezione tecnologica) a rendere possibile la limitazione dell'interoperabilità tra la tecnologia primaria proprietaria e gli accessori non proprietari.

Ora, l'applicazione delle norme di «paracopyright» è controversa in molti settori, e ancora meno appropriata appare nelle ipotesi in cui si tenti di giustificare comportamenti che non hanno come obiettivo quello di proteggere opere creative, ma potrebbero essere definiti «incidentalmente alla protezione di opere creative». È stato osservato che quando beni interoperabili contengono opere protette dal diritto d'autore, il diritto della proprietà intellettuale finisce per considerare situazioni che afferiscono principalmente al commercio di beni fisici²⁴. Anche se è sempre meno possibile operare una netta distinzione tra beni tangibili e beni intangibili, in ragione del fatto che sempre più beni fisici incorporano beni digitali, la soluzione non è certo quella di applicare indiscriminatamente le norme invocate dal produttore della piattaforma, quanto quella di identificare meccanismi che permettano di verificare in concreto l'oggetto del contendere. Invero, per quanto si assista sempre più di frequente a beni la cui natura è appunto «mista», incorporare un bene protetto dal diritto d'autore non rende certo un prodotto fisico proteggibile in base al diritto d'autore poiché la sua natura non muta²⁵. Per quanto

²⁴ LIPTON, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, cit., 546.

²⁵ LIPTON, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, cit., 546.

possa quindi apparire complicato, questo «distinguo» deve essere effettuato al fine di evitare che azioni legali (infondate) siano intentate da parte del titolare della tecnologia primaria al fine di limitare l'interoperabilità ai soli beni complementari proprietari, così danneggiando in maniera diretta la concorrenza nei mercati degli accessori (e in certi casi in maniera indiretta la concorrenza nel mercato primario).

L'interoperabilità non è tuttavia un problema presente solo quando si considerano mercati complementari di beni fisici, è invece uno dei punti più spinosi della disciplina dei sistemi di DRM. Infatti, anche quando tali tecnologie vengono adoperate per distribuire contenuti tipici del settore dell'intrattenimento, vi sono casi che mostrano come, in presenza di effetti di rete, l'adozione di un sistema di DRM permetta la creazione di sistemi di distribuzione «chiusa», instaurando un vincolo materiale tra la piattaforma distributiva da un lato, e i *device* adoperati per la fruizione dei contenuti distribuiti dall'altro²⁶. Fondamentale nella creazione di tale «legame» è l'adozione di un formato proprietario, quale ad esempio quello FairPlay adottato da iTunes. Per quanto, nel caso di specie, il rifiuto di concedere la licenza di FairPlay non sia stato considerato lesivo della concorrenza in Francia²⁷, ciò nondimeno ha contribuito all'adozione di una legge di recepimento della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione che instaura un'autorità regolatoria per l'interoperabilità²⁸. La scelta, oggetto di numerose

²⁶ Cfr. K. J. HARRANG, *Challenges in the Global IT Market: Technology, Creative Content, and Intellectual Property Rights*, 49 *Ariz. L. Rev.* 29, 34 (2007).

²⁷ MAGNANI, MANDERIEUX, MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza: l'individuazione del mercato rilevante e la definizione delle barriere all'ingresso*, cit., 229-231, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁸ Cfr. HARRANG, *Challenges in the Global IT Market: Technology, Creative Content, and Intellectual Property Rights*, cit., 37. E, in merito agli emendamenti adottati nel maggio 2006, M. VÄLIMÄKI, V. OKSANEN, *DRM Interoperability and Intellectual Property Policy in Europe*, 28 *EIPR* 562 (2006).

critiche, segnala che il problema è stato identificato ed è verosimile che anche gli altri Stati Membri debbano rivedere, qualora già non lo stiano facendo, le norme interne di «paracopyright»²⁹.

²⁹ Lo studio già menzionato dell'*Institute for Information Law* dell'Università di Amsterdam sul recepimento della direttiva 29/2001 sottolinea la necessità che sia chiarita la disciplina della protezione delle MTP al fine di allinearle con il dettato internazionale (v. L. GUIBAULT *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 168-169).

DRM E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: IL CASO ITUNES

GIUSEPPE MAZZIOTTI

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il modello di distribuzione digitale di Apple e la funzione del proprio sistema di DRM - 3. Il rifiuto di licenza d'uso di sistemi di DRM come possibile abuso di posizione dominante - 4. Soluzioni ai problemi d'interoperabilità e concorrenza tra diverse piattaforme distributive.

1. Introduzione

Il servizio di distribuzione di musica digitale offerto da Apple attraverso il proprio negozio virtuale di musica («iTunes Music Store») è senza dubbio la più celebre e fortunata tra una serie di iniziative analoghe intraprese da un numero ormai considerevole di aziende, quali Microsoft, Sony, Real Networks, Tiscali, Telecom Italia, *etc.*¹. Tali iniziative commerciali si pongono in netta contrapposizione al fenomeno, dimostratosi finora inarrestabile, dello scambio e della fruizione gratuita di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore attraverso meccanismi di c.d. *file-sharing*. Nonostante l'acclarata illegalità di tali pratiche nel vigore della legislazione vigente, si è lungi dall'aver trovato una soluzione sistematica al problema del rispetto delle norme sul diritto d'autore digitale nella comunicazione non intermediata (nella terminologia inglese, *peer-to-peer*) tra utenti. Il presente scritto intende far luce sui problemi di concorrenza creati dall'utilizzo di architetture informatiche di controllo e gestione dei contenuti digitali (sistemi di

¹ V. siti quali «<http://www.apple.com/itunes>» di Apple; «<http://www.zune.net>» di Microsoft; «<http://www.connect.com>» di Sony; «<http://www.rhapsody.com>» di Real Networks; «<http://www.tiscali.co.uk/music>» di Tiscali; e «<http://www.rossoalice.alice.it>» di Telecom Italia.

c.d. Digital Rights Management, d'ora in poi «DRM») sviluppate al fine di rendere economicamente sostenibile la distribuzione a pagamento di contenuti attraverso Internet, regolandone le condizioni d'uso per mezzo di licenze accettate dal consumatore finale e fatte rispettare da tali tecnologie.

Il modello di distribuzione digitale messo in atto da Apple si rivela particolarmente interessante ad un confronto con il diritto comunitario della concorrenza. Un primo ordine d'interesse, cui qui si farà soltanto un breve cenno, riguarda la dubbia legittimità di certe pratiche commerciali che, come prospettato da un'azione della Commissione Europea dell'Aprile 2007², sarebbero in contrasto con l'Articolo 81 del Trattato istitutivo delle Comunità Europee (d'ora in avanti «TCE»)³. Come rilevato dalla Commissione, i contratti di licenza stipulati da Apple con le principali case discografiche operanti in Europa prevedono che i consumatori dei diversi negozi virtuali aperti da Apple in vari paesi europei possano acquistare musica soltanto nel proprio paese di residenza, individuato in base alla propria domiciliazione bancaria. A causa di tale restrizione, per esempio, non può acquistare musica sul sito tedesco di iTunes il consumatore francese o italiano che intenda pagare i servizi di Apple con uno strumento di pagamento facente capo a un deposito bancario in Francia o in Italia. Secondo l'approccio seguito dalla

² V. Ufficio Stampa della Commissione Europea, *Competition: European Commission confirms sending a Statement of Objections against alleged territorial restrictions in on-line music sales to major record companies and Apple*, MEMO/7/126 del 3 aprile 2007, disponibile alla pagina «<http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/126>».

³ L'articolo 81 del Trattato recita: «Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune [...]». Per il testo del Trattato, v. «http://eur-lex.europa.eu/it/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325IT.003301.html».

Commissione, restringendo la libertà del consumatore con riguardo alla scelta del luogo, della tipologia e del prezzo d'acquisto di beni e servizi musicali digitali, tali accordi dovrebbero essere considerati alla stregua di pratiche commerciali restrittive, vietate ai sensi dell'articolo 81 TCE.

Un secondo ordine d'interesse (e di potenziale censura) per il modello distributivo in esame deriva, sotto il profilo del diritto della concorrenza, dalla mancanza d'interoperabilità tra i contenuti, i programmi di riproduzione (c.d. *media players*) nonché i lettori portatili distribuiti da Apple e quelli prodotti nonché distribuiti da imprese concorrenti. Come si dirà in seguito, tale mancanza d'interoperabilità è conseguenza dell'utilizzazione di un programma proprietario di DRM (denominato «Fairplay») non licenziato da Apple ad alcun concorrente e sviluppato al fine di controllare il numero di copie che l'utente è in grado di realizzare di un certo brano musicale (o di un film) protetto da Fairplay e il numero d'elaboratori su cui il medesimo utente è in grado di trasferire il brano o il film. Caratteristica fondamentale di tale sistema di protezione e gestione dei «diritti» di utilizzazione di una data opera in formato digitale è quella di permettere l'accesso all'opera attraverso i soli lettori digitali e *media players* che possiedono le informazioni necessarie, da un punto di vista tecnico, a riconoscere e decodificare il tipo di DRM utilizzato. In mancanza di tali informazioni, coperte da diritti di proprietà intellettuale o da segreto industriale, diventa impossibile (o molto difficoltoso) per i gestori di piattaforme distributive concorrenti distribuire contenuti digitali tecnicamente compatibili con i lettori portatili commercializzati da Apple. È evidente che tale circostanza finisca per scontrarsi con gli obiettivi di *policy* previsti dall'articolo 82 TCE, che sanziona l'incompatibilità con il mercato interno, e quindi l'illegalità, di comportamenti unilaterali tenuti da imprese in posizione dominante

che abbiano l'effetto di «limitare la produzione, gli sbocchi e lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori»⁴. Nel caso in esame, ammettendo che Apple possa essere considerata dominante sul mercato dei lettori portatili o su quello della distribuzione di musica digitale, un siffatto abuso potrebbe rinvenirsi nell'ingiustificato rifiuto, da parte di Apple, di concedere in licenza l'uso del proprio DRM Fairplay a gestori di piattaforme concorrenti, desiderosi di incrementare la vendita e la circolazione di musica e altri contenuti digitali a beneficio degli utenti della piattaforma e dei lettori multimediali di Apple⁵.

2. Il modello di distribuzione digitale di Apple e la funzione del proprio sistema di DRM

Il 6 febbraio 2007, Steve Jobs pubblicava sul sito di Apple un articolo intitolato «Pensieri sulla musica» (*Thoughts on music*)⁶. A dispetto del titolo magniloquente, l'articolo non era un saggio di estetica musicale ma, più modestamente, la risposta di un capo azienda alla richiesta, proveniente da più parti, di rendere accessibile e utilizzabile il celeberrimo lettore portatile denominato «iPod», oggi di gran moda in tutto il mondo, da parte di utenti e distributori di

⁴ V. articolo 82(b) TCE.

⁵ È importante rilevare come, assai di recente, la mancanza di interoperabilità dei contenuti digitali distribuiti da Apple sia stata censurata sotto il profilo della legislazione a protezione del contraente-consumatore. Diverse associazioni europee di consumatori e, con maggior vigore, una decisione del *consumer ombudsman* norvegese del gennaio 2007, hanno invocato e sancito l'illegalità dei contratti di vendita (o licenza) che accompagnano la distribuzione di contenuti protetti da sistemi di DRM che risultino intrasferibili e non riproducibili su elaboratori e per mezzo di programmi di riproduzione diversi da quello di Apple: v. D. IBISON, E. TERAZONO, R. WATERS, *Norway declares Apple's iTunes illegal*, Financial Times del 24 Gennaio 2007, disponibile alla pagina «<http://www.ft.com/cms/s/1fc40360-abe9-11db-a0ed-0000779e2340.html>».

⁶ V. S. JOBS, *Thoughts on Music*, pubblicato sul sito di Apple, alla pagina «<http://www.apple.com/hotnews/thoughtsonmusic/>».

contenuti digitali provenienti da altre piattaforme.

Per «piattaforma» qui s'intende un bene o un servizio, quale un negozio virtuale di musica digitale, il cui valore per l'utente è aumentato da una serie di beni e servizi complementari che, in qualche misura, dipendono l'uno dall'altro per il proprio funzionamento. Nel caso di Apple, la piattaforma è costituita da un sito Web da cui è possibile scaricare un programma di lettura e riproduzione di contenuti multimediali («iTunes») che, una volta installato nella memoria di un elaboratore, collega l'utente a un negozio virtuale presso cui è possibile acquistare tanto singole canzoni quanto il contenuto di interi CD, video musicali, *films*, *etc.* A questi servizi complementari si aggiunge il bene complementare (o periferica) per eccellenza di tutto il sistema, e cioè una serie di lettori portatili venduti nei negozi (reali!) di elettronica di consumo con il marchio iPod. In questo quadro, la tecnologia DRM sviluppata da Apple funge da collante tra i vari elementi del sistema permettendone la reciproca interoperabilità. In sintesi, il DRM mira a far sì che i contenuti acquistati e memorizzati nel lettore multimediale siano, entro una certa misura, gli unici a poter essere trasferiti e riprodotti nella memoria dell'iPod.

Nell'articolo citato sopra, Jobs sosteneva come lo sviluppo e l'utilizzazione di un sistema di DRM proprietario da parte di Apple fossero la risposta, giuridica e tecnologica, a una precisa condizione contrattuale posta dai titolari di diritti d'autore (essenzialmente, le grandi multinazionali della discografia) per la concessione di licenze a vendere le proprie opere musicali su Internet. Secondo quanto dichiarato da Jobs, gli accordi di licenza sottoscritti da Apple con le maggiori case discografiche per la distribuzione di contenuti musicali digitali in rete prevedono l'obbligo di applicazione di tecnologie DRM sui contenuti venduti da iTunes e un diritto di recesso dal contratto di licenza a favore dei proprietari di contenuti licenziati

nell'ipotesi in cui il DRM utilizzato risulti compromesso e Apple non sia in grado di ripristinarne il corretto funzionamento nel giro di poche settimane. Jobs attribuisce pertanto ad una presunta esigenza di «sicurezza» manifestata dalle case discografiche, a fronte di una pirateria digitale imperante, lo sviluppo e l'uso di un codice segreto di comunicazione e gestione dei contenuti tra i diversi livelli ed elementi della propria piattaforma digitale, verticalmente integrati.

La sortita di Jobs precedeva di qualche settimana la notizia dell'accordo, intervenuto tra Apple ed EMI, per la vendita su iTunes di parte del catalogo discografico di EMI in un formato di migliore qualità rispetto al precedente e privo di DRM, ma dal prezzo sensibilmente più alto rispetto a quello dei contenuti incorporanti le restrizioni di Fairplay⁷. Tale scelta potrebbe sembrare, ad un primo sguardo, una reazione logica all'impressionante dato statistico secondo cui, nonostante l'utilizzazione di un sistema di DRM proprietario a garanzia di una certa impermeabilità della piattaforma Apple, soltanto il 3 per cento della musica trasferita e riprodotta nei lettori iPod proviene da acquisti effettuati presso i negozi virtuali di iTunes⁸. Ciò vuol dire che una grandissima parte dei materiali trasferiti e riprodotti su lettori iPod è, ad oggi, ricavata dal contenuto di supporti fisici, quali il CD già posseduto dall'utente, oppure proviene da scambi non autorizzati di *files* successivamente rimaneggiati, per mezzo di un semplice cambiamento di formato, per funzionare sui lettori iPod.

Nonostante lo scetticismo che questi dati possono suscitare riguardo all'effettività del sistema di protezione e gestione dei contenuti sviluppato da Apple, crediamo valga ancora la pena

⁷ A qualcuno tale iniziativa è parsa evidenziare un cambio di strategia, da parte di Apple, riguardo alla funzione del DRM all'interno della propria piattaforma: v. B. ROSENBLATT, *Apple Launches DRM-free iTunes Plus with EMI, DRM Watch* del 31 Maggio 2007, v. <<http://www.drmwatch.com/ocr/article.php/3680816>>.

⁸ V. JOBS, *Thoughts on Music*, cit.

soffermarsi sull'astratta ipotizzabilità di un comportamento abusivo da parte di un'impresa dominante sul mercato dei lettori multimediali portatili (come l'iPod) che usi la leva del proprio sistema di DRM per eliminare la concorrenza sul mercato «a valle» dei contenuti destinati a quel determinato tipo di lettori. Due considerazioni di fatto mantengono inalterato l'interesse per tale tipo di analisi. La prima di tali considerazioni è che il recente accordo intercorso tra Apple ed EMI ha ancora carattere sperimentale e copre una parte davvero troppo limitata del repertorio messo in vendita su iTunes per essere interpretato come una prematura uscita di scena del DRM da questo modello di distribuzione. La seconda considerazione è che, fino a quando i modelli di distribuzione via Internet non saranno forniti di sistemi di protezione in grado di limitare lo strapotere della contraffazione digitale a mezzo *file-sharing*, scoraggiandola da un punto di vista tecnico o puramente economico, la funzione e i potenziali effetti anticoncorrenziali di un DRM come Fairplay non potranno essere valutati adeguatamente.

3. Il rifiuto di licenza d'uso di sistemi di DRM come possibile abuso di posizione dominante

Il caso più importante in cui un concorrente di Apple abbia invocato l'intervento di un'autorità antitrust per sanzionare l'abuso del DRM a fini anticoncorrenziali è sicuramente il ricorso presentato dall'operatore Virgin Mega davanti al *Conseil de la Concurrence* francese nel dicembre 2004 e conclusosi con un rigetto del ricorso⁹. Virgin Mega, interessata a utilizzare il DRM di Apple per il sistema di codifica e protezione dei propri brani musicali, sosteneva che il rifiuto di licenza d'uso di tale tecnologia a condizioni eque e non

⁹ V. Conseil de la Concurrence, *Décision N° 04-D-54 du 9 Novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques*, v. <<http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/04d54.pdf>>.

discriminatorie costituisse un abuso di posizione dominante. Secondo la prospettazione del ricorrente, quella tecnologia, sviluppata e posseduta da Apple in regime di esclusiva, poteva essere vista come una c.d. *essential facility*, e cioè una risorsa indispensabile per l'accesso al mercato della musica destinata ai lettori iPod. Una controversia di poco precedente, insorta negli Stati Uniti tra Apple e la concorrente Real Networks, si era consumata e risolta senza la richiesta di intervento di alcuna autorità, dopo che il tentativo di c.d. "ingegneria inversa" (in inglese, *reverse engineering*) del codice sorgente del DRM di Apple da parte della concorrente era stato vanificato da un aggiornamento tecnico del codice stesso operato in tutta fretta dalla stessa Apple¹⁰. Nonostante la diversità degli strumenti utilizzati, identico era l'obiettivo che animava i concorrenti Virgin Mega e Real Networks: acquisire le informazioni tecniche necessarie a utilizzare la tecnologia in oggetto al fine di distribuire musica e altri contenuti digitali in formati perfettamente compatibili con il celebre iPod.

In un articolo che prendeva le mosse dal rigetto del ricorso presentato da Virgin Mega all'autorità antitrust francese, chi scrive ha avuto modo di chiarire i motivi giuridici per cui la figura dell'abuso di posizione dominante, e quindi l'articolo 82 TCE, sia di difficile (o addirittura impossibile) applicazione in casi come quello

¹⁰ V. T. SMITH, *Apple brings discord to Hymn*, disponibile sul sito «http://www.theregister.co.uk/2005/01/13/apple_breaks_hymn/». È da notare come, prima di risolvere la questione stragiudizialmente, Apple avesse invocato, nelle dichiarazioni rese alla stampa, la violazione da parte di Real Networks del divieto contenuto nella sezione 1201(1)(A) del Digital Millennium Copyright Act, che sanziona la manomissione di misure tecniche di protezione, quali quelle contenute in un programma di DRM, poste a presidio dell'accesso a un'opera protetta dal diritto d'autore.

in esame¹¹. Tali motivazioni possono essere riassunte nei seguenti termini.

Per verificare se il proprietario di una tecnologia chiave, quale un sistema efficace di DRM, occupi una posizione dominante nel mercato della musica digitale e stia utilizzando abusivamente la propria tecnologia al fine di escludere possibili concorrenti dal mercato dei contenuti destinati a un certo tipo di lettore portatile, sarebbe necessario esaminare la posizione di tale soggetto sul mercato rilevante per l'applicazione del diritto della concorrenza. Il punto è che identificare e circoscrivere un mercato rilevante nell'ambito di piattaforme di distribuzione digitale caratterizzate da sviluppi e cambiamenti tecnologici frenetici risulta assai arduo. Secondo la definizione di «mercato rilevante» adottata dalla Commissione Europea per l'applicazione del diritto della concorrenza¹², un mercato può considerarsi omogeneo, e quindi rilevante per l'individuazione di una posizione dominante, quando i beni o i servizi che lo compongono siano tra essi «sostituibili», e cioè quando la domanda di un bene da parte del consumatore sia sensibile a eventuali aumenti di prezzo di un altro bene appartenente, per ipotesi, alla stessa categoria. Con qualche indecisione di troppo, nel provvedimento adottato dall'autorità antitrust francese nel caso sollevato da Virgin Mega, si prendeva atto dell'impossibilità di applicare questo tipo di analisi ai settori di mercato interessati dalla

¹¹ V. G. MAZZIOTTI, *Did Apple's Refusal to License Proprietary Information Enabling Interoperability with Its iPod Music Player Constitute an Abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, 28(2) *World Competition* 253-275 (2005).

¹² V. *Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law*, Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, C372 del 9 dicembre 1997 («A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended uses»).

piattaforma distributiva di Apple¹³. Tali mercati erano rappresentati, rispettivamente, dal mercato della distribuzione via Internet di *files* musicali; dal mercato delle tecnologie di DRM; e infine, dal mercato dei lettori digitali portatili. L'offerta di tali beni e servizi è caratterizzata da un susseguirsi di innovazioni e mutamenti tecnologici talmente rapido da impedire qualsiasi giudizio affidabile riguardo alla loro sostituibilità (o, per usare un termine più caro ai giuristi, alla loro «fungibilità») per il consumatore finale. Ciò fa sì che, per esempio, delimitare il mercato della musica digitale ai soli *downloads* a pagamento, escludendo altre forme di fruizione quali gli abbonamenti mensili a interi repertori accessibili in modalità c.d. *streaming*, possa risultare del tutto privo di fondamento economico. Altrettanto incerto risulterebbe il giudizio riguardante l'astratta sostituibilità, per il consumatore finale, di un capientissimo lettore portatile da 40 *gigabytes* con il semplice *hardware* (o «memoria *flash*») da 1 *gigabyte* che, per le sue piccolissime dimensioni, si porta legato al collo quando si va a correre. In teoria, la preferenza (e quindi la concreta sostituibilità) di tali beni o servizi si potrebbe misurare per mezzo di indagini effettuate su campioni rappresentativi di consumatori a intervalli di tempo ridottissimi, tanto più frequenti quanto più alta è la volatilità di tali mercati; ma questa è solo un'opzione teorica, visto che giudici e autorità amministrative non possono rincorrere gli ultimi sviluppi di mercato su Internet per misurarne l'apprezzamento da parte degli utenti. Le continue novità tecnologiche sfornate dal mercato dei *media* digitali di settimana in settimana potrebbero mutare il quadro di riferimento rendendo vana o, peggio, errata, la valutazione delle autorità cui si richiede una decisione. L'alternativa a tale approccio è, pertanto, accontentarsi di macro-classificazioni in cui il perimetro di mercati quali quello della

¹³ V. MAZZIOTTI, *Did Apple's Refusal to License Proprietary Information*, cit., 256-257.

«musica digitale», dei «lettori portatili» o delle «tecnologie DRM» risulti così vasto da non permettere, in tali ambiti, l'individuazione di alcuna impresa dominante, tra le tante, cui comminare la sanzione dell'articolo 82 TCE. Anche a causa di tale impossibilità di definizione esatta dei mercati rilevanti, l'indagine antitrust effettuata dal Conseil de la Concurrence nel dicembre 2004 si arrestava alla verifica della mancanza del presupposto della posizione dominante, da parte di Apple, in tutti i settori di mercato descritti sopra¹⁴.

Occorre poi considerare una seconda difficoltà che si pone per l'applicazione della figura dell'abuso di posizione dominante al caso in esame. Supponiamo che Apple, al tempo del caso francese, potesse considerarsi dominante sul mercato della musica digitale e delle tecnologie di DRM utilizzate per la distribuzione di brani musicali. Tale risultato sarebbe stato possibile, in teoria, se il Conseil de la Concurrence avesse considerato la piattaforma digitale di Apple (costituita dal negozio virtuale, dal lettore multimediale e dai lettori portatili) alla stregua di un mercato a sé stante, e quindi rilevante e meritevole di apertura a concorrenti esterni alla piattaforma, sprovvisti della «chiave» tecnologica per entrarvi. Anche verificandosi tale presupposto, non sarebbe mai stato possibile rinvenire nel rifiuto di licenza opposto da Apple ai concorrenti per l'uso del suo programma di DRM un comportamento abusivo. Fino a prova contraria, il DRM di Apple costituisce un programma per elaboratore protetto dal diritto d'autore; e le c.d. interfacce di programmazione che ne permettono l'utilizzazione su vari elaboratori e l'interazione efficace con altri programmi per elaboratore (quali, per esempio, i lettori multimediali) sono coperte da segreti industriali idonei a tutelare la sicurezza della piattaforma e

¹⁴ V. MAZZIOTTI, *Did Apple's Refusal to License Proprietary Information*, cit., 260-262.

il suo corretto funzionamento¹⁵. In casi come questo, l'oggetto di un diritto di proprietà intellettuale o di un segreto industriale si risolve tutto nel potere (legittimo) del titolare o del possessore di scegliere se autorizzare o meno l'uso della risorsa o informazione che forma oggetto del diritto o del segreto. Secondo la giurisprudenza consolidata dalla Corte di Giustizia Europea, in particolare, l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale rappresenta una «giustificazione obiettiva» per il rifiuto opposto dal titolare di tale diritto a potenziali concorrenti che richiedano una licenza d'uso di una risorsa o informazione (quale, per esempio, un programma per elaboratore con funzioni di DRM) protetta dal diritto d'autore in virtù della propria originalità¹⁶. Il ricorrere di tale circostanza, nella stragrande maggioranza dei casi, impedisce l'emanazione di un ordine di licenza obbligatoria da parte di un giudice o di un'autorità antitrust. In casi eccezionali, però, pur non facendo ricorso esplicito al concetto di *essential facility*, la giurisprudenza della Corte di

¹⁵ È proprio JOBS, *Thoughts on Music*, cit., a ricordare come il segreto sia l'unico strumento utile a preservare la sicurezza e l'efficacia di un sistema di DRM («[T]here is no theory of protecting content other than keeping secrets. In other words, even if one uses the most sophisticated cryptographic locks to protect the actual music, one must still «hide» the keys which unlock the music on the user's computer or portable music player. No one has ever implemented a DRM system that does not depend on such secrets for its operation»).

¹⁶ Il concetto di «giustificazione obiettiva» è stato utilizzato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella sentenza sul caso *Oscar Bronner c. Mediaprint*, C-7/97, 1998, ECR I-7791. In tale sentenza, la corte ha dato forma al c.d. «test dell'indispensabilità», che individua le circostanze eccezionali ricorrendo le quali la Commissione, nella sua qualità di autorità responsabile dell'applicazione della disciplina antitrust, è legittimata a emanare ordini di licenza obbligatoria a fronte di un rifiuto di licenza opposto a concorrenti da imprese che detengano una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 TCE. Secondo tale test, per essere illegittimo il rifiuto di licenza deve (i) avere per oggetto una risorsa o informazione «essenziale» per l'intrapresa di una particolare attività; (ii) deve presentare caratteristiche tali da far presumere l'eliminazione totale della concorrenza in un dato mercato rilevante; e (iii) non deve essere «obiettivamente giustificato» (per esempio, in virtù di uno *jus excludendi* attribuito da un diritto di proprietà intellettuale).

Giustizia Europea ha ammesso che, dimostrata l'indispensabilità di una risorsa o informazione oggetto di privativa, tale risorsa possa formare oggetto di licenza obbligatoria per preservare condizioni di concorrenza in mercati «a valle» rispetto a quello in cui il titolare della privativa è in posizione dominante¹⁷. Ebbene, risultava evidente

¹⁷ Tale orientamento della Corte di Giustizia risale al celebre caso *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission*, Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, 1995, ECR I – 743 (d'ora in avanti *Magill*). In questo caso, prima il Tribunale di Prima Istanza e poi la Corte di Giustizia hanno confermato la legittimità della decisione della Commissione Europea di ordinare a tre emittenti televisive, ritenute in posizione dominante sul mercato televisivo e titolari secondo il diritto inglese e irlandese di diritti d'autore sugli elenchi delle proprie programmazioni televisive, la concessione in licenza dell'uso di tali elenchi a favore di un editore che intendeva utilizzarli per la realizzazione di una guida settimanale ai programmi di tutt'e tre le emittenti. Nel caso *Magill*, il detentore della posizione dominante e il licenziatario-concorrente operavano su due mercati «separati», il secondo dei quali (e cioè il mercato delle guide settimanali) si trovava in un rapporto di dipendenza oggettiva dal primo (il mercato delle trasmissioni televisive). Nel ravvisare una condotta abusiva, la corte ha ritenuto determinante il fatto che l'editore concorrente avrebbe offerto un prodotto nuovo rispetto a quello offerto dalle tre emittenti televisive (che realizzavano ognuna una guida dei 'propri' programmi). In tal caso, quindi, il rifiuto di licenza aveva l'effetto di limitare la produzione di nuovi prodotti (e cioè una guida a «tutti» i programmi delle tre emittenti) a danno dei consumatori, in violazione della disposizione di cui all'articolo 82 b) TCE. Occorre peraltro considerare che nel successivo caso *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, Case C-418/01 (decisione del 29 Aprile 2004, disponibile alla pagina «<http://curia.eu.int/en/content/juris/index.htm>»), la Corte di Giustizia ha ritenuto legittima la licenza obbligatoria di un'informazione protetta da un diritto di proprietà intellettuale in base al test dell'indispensabilità (v. sopra, nota 16), superando però il requisito dei «due mercati separati» e del «prodotto nuovo» caratterizzanti la fattispecie di *Magill*. Nel caso di *IMS Health*, entrambe le parti operavano nel mercato della fornitura e dell'analisi di dati riguardanti il volume e i prezzi di vendita di prodotti farmaceutici in tante aree geografiche della Germania quanti erano i codici di avviamento postale che suddividevano il territorio tedesco. In tale mercato, i dati venivano raccolti, ordinati e analizzati in base a un formato standard di mappa sviluppato da *IMS Health* con l'aiuto dei suoi clienti e protetto (non si sa, a dire il vero, con quanta ragione) da un diritto d'autore a fronte del quale il concorrente *NDC Health* reclamava una licenza d'uso obbligatoria.

all'epoca del caso francese, e risulta evidente anche oggi, che il DRM di Apple non ha l'effetto negativo di impedire la lettura e la riproduzione sull'iPod di musica diversa da quella acquistata presso il sito di iTunes Music Store; ma ha la conseguenza, assai più modesta, di controllare la copia dei (pochi) *downloads* acquistati su iTunes e di richiedere al possessore di un iPod, prima del trasferimento di contenuti multimediali su tale lettore, una semplice operazione di conversione del formato originario dei contenuti in un formato tecnicamente compatibile. È evidente, dunque, che la tecnologia DRM di Apple non potrà essere vista alla stregua di una risorsa indispensabile per accedere al mercato di musica tecnicamente compatibile con l'iPod fino a quando Apple non riuscirà, volendolo, a restringere efficacemente tale compatibilità a formati di compressione e codifica di contenuti digitali di cui possa disporre in regime di esclusiva¹⁸. Può pertanto concludersi che il rifiuto di licenza del proprio DRM da parte di Apple non ha, almeno per il momento, effetti anticoncorrenziali sul mercato della distribuzione di musica digitale.

4. Soluzioni ai problemi d'interoperabilità e concorrenza tra diverse piattaforme distributive

Il caso offerto dalla (debole) impermeabilità tecnologica della piattaforma iTunes offre qualche spunto di riflessione sulle questioni d'interoperabilità e concorrenza che tecnologie di DRM potrebbero creare nell'immediato futuro. Infatti, gravi problemi d'interoperabilità e concorrenza potrebbero rinvenirsi nel caso in cui

¹⁸ Per comprendere l'improbabilità della situazione ipotizzata nel testo, almeno nell'immediato futuro, è utile ricordare che lo standard proprietario di compressione di *files* audio utilizzato da Apple nella sua piattaforma distributiva (Advanced Audio Coding: AAC) non è proprietà della stessa Apple, ma è ottenuto su licenza dal consorzio MPEG (Motion Picture Experts Group), che lo ha incluso nel noto standard MPEG-4.

una sola impresa si ritrovi a detenere una posizione dominante (o, addirittura, un monopolio di fatto) in settori di mercato collegati e interdipendenti, nei quali una tecnologia proprietaria di DRM possa rappresentare una barriera all'entrata per potenziali concorrenti e una «gabbia», in uscita, per utenti desiderosi di utilizzare *software* e contenuti digitali non supportati da quella specifica tecnologia proprietaria. Come si è sostenuto in altra sede¹⁹, le condizioni per l'avverarsi di una tale situazione si ritrovano non sul mercato della musica digitale e dei lettori portatili, ma nel mercato dei sistemi operativi per *personal computers* (d'ora in avanti «PCs») e dei lettori multimediali, sovente incorporati e venduti insieme ai sistemi operativi. In tale contesto, un 'quasi monopolista' su scala globale quale Microsoft ha recentemente acquisito la comproprietà di una azienda americana (ContentGuard) che detiene i diritti di proprietà intellettuale originariamente acquisiti dalla Xerox su elementi fondanti dello standard MPEG-21, linguaggio universale utilizzato da tutti i sistemi di DRM per esprimere, in una forma comprensibile dalle macchine, i permessi di utilizzazione di un certo contenuto protetto dal DRM²⁰. Ben si comprende, in questo contesto, la cautela mostrata dalla Commissione Europea nell'autorizzare tale concentrazione, se si riflette sul fatto che Microsoft, incorporando tale azienda, abbia acquisito (anche se in regime di comproprietà) brevetti, diritti d'autore e un indispensabile *know-how* riguardante sistemi di DRM di cui tutte le imprese dell'elettronica di consumo e tutti i fornitori di contenuti digitali dovranno dotarsi per garantire

¹⁹ V. MAZZIOTTI, *Did Apple's Refusal to License Proprietary Information*, cit., 271.

²⁰ Una descrizione dello standard MPEG-21 adottato nel 2002 dalla International Standard Organisation (ISO: v. [«http://www.iso.org»](http://www.iso.org)) è disponibile sul sito [«http://www.chiariglione.org/mpeg/standards/mpeg-21.htm»](http://www.chiariglione.org/mpeg/standards/mpeg-21.htm). Il linguaggio di espressione di «diritti digitali» su cui tale standard si basa è l'Extensible Rights Markup Language (XrML), sviluppato presso il Centro di Ricerca Xerox di Palo Alto e, attualmente, di proprietà della società ContentGuard: v. [«http://www.xrml.org/about.asp»](http://www.xrml.org/about.asp).

l'interoperabilità dei propri beni e servizi con i sistemi operativi e con il lettore multimediale di Microsoft²¹. Si potrebbe materializzare, in altri termini, quello che l'economista Hal Varian ha definito come uno «scenario da incubo», in cui un solo intermediario (nel nostro esempio, Microsoft) finisce per controllare, attraverso la leva costituita da brevetti e diritti d'autore su tecnologie indispensabili quali i *Rights Expression Languages* (c.d. RELs), incorporati nello standard MPEG-21, l'accesso alla piattaforma digitale installata su oltre il novanta per cento dei PCs di tutto il mondo²². In tale contesto, ragionevolmente, tutti coloro che intendano acquisire e distribuire contenuti digitali, utilizzabili in maniera efficace da tale platea sterminata di utenti, potrebbero trovare conveniente utilizzare il solo DRM posto a presidio della piattaforma di Microsoft (denominato «Windows Media Audio», abbreviato in «WMA»), verticalmente integrata attraverso l'annessione del programma WMA nei lettori multimediali «Windows Media Player» e mediante l'inclusione di tali lettori nel pacchetto offerto agli utenti con i sistemi operativi «Windows». Se così andassero le cose, potrebbe avviarsi un processo di standardizzazione di fatto, con una conseguente erosione dello spazio a disposizione di altri, magari più efficienti, sistemi di DRM e con una successiva, potenziale eliminazione della concorrenza in tale

²¹ V. *Microsoft/Time Warner/Content Guard/JV*, No. COMP/M. 3445. Dopo aver annunciato un'indagine più approfondita per l'autorizzazione dell'acquisizione di ContentGuard da parte di Microsoft e Time Warner, la Commissione ha preso atto in un secondo momento di un mutamento di assetti proprietari e *governance* in tale progetto di acquisizione. Unendosi agli acquirenti iniziali nell'operazione ContentGuard e acquistando un terzo delle azioni di questa, infatti, Thomson ha impedito che Microsoft e Time Warner conseguissero tecnicamente il controllo di tale società d'importanza strategica: v. Ufficio Stampa della Commissione Europea, *Mergers: Microsoft and Time Warner abandon acquisition of control in ContentGuard as Thomson purchases a one third stake*, IP/05/295, 15 marzo 2005, disponibile alla pagina «<http://europa.eu.int/rapid/searchAction.do>».

²² V. H. VARIAN, *Economics of DRM*, Intervento alla Terza Conferenza sul DRM, Berlino, 13-14 Gennaio 2005; MAZZIOTTI, *Did Apple's refusal to license*, cit., 273.

mercato²³.

Certo, lo scenario appena abbozzato rappresenta solo un'ipotesi, ma si tratta di un'ipotesi realistica. Occorre infatti tener presente che, nel prossimo futuro, la logica dei sistemi di DRM (che al momento accompagnano soltanto i contenuti e, nella peggiore delle ipotesi, qualche sistema operativo) sarà spostata alle macchine (al c.d. *hardware*) e replicata all'interno di queste attraverso la tecnica del «Trusted Computing», di cui Microsoft e altri colossi dell'elettronica di consumo sono convinti sostenitori da anni²⁴. Crediamo pertanto che valga la pena soffermarsi, a conclusione di questo articolo, sulle possibili vie di fuga dallo scenario sopra descritto.

Per scongiurare l'ipotesi che la tecnologia DRM (o, meglio, «una sola» tecnologia standard di DRM) possa costituire un'artificiale e pericolosa barriera all'entrata di nuovi mercati della comunicazione digitale, tra essi interdipendenti, tre sembrano le soluzioni astrattamente possibili.

Una prima soluzione riguarda la possibile modifica legislativa dell'eccezione di interoperabilità prevista dall'articolo 6 della direttiva europea 91/250 relativa alla protezione dei programmi per elaboratore²⁵. Tale eccezione, che nell'ordinamento italiano trova spazio nell'articolo 64-*quater* della l. n. 633/1941²⁶, al momento consente la riproduzione del codice del programma per elaboratore e

²³ È da notare come tale effetto anticoncorrenziale possa facilmente estendersi ben oltre il mercato dei sistemi operativi per PCs, potendo influenzare negativamente anche il mercato dei sistemi di DRM destinati ai telefoni cellulari, nel quadro di una sempre più intensa integrazione tra telefonia mobile e comunicazione digitale via Internet.

²⁴ V. «<https://www.trustedcomputinggroup.org/home>».

²⁵ V. direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, L 122 del 17 Maggio 1991, 42-46.

²⁶ Disposizione introdotta nella l. n. 633/1941 dall'articolo 5 del d. lgs. n. 518/1992.

la traduzione della sua forma nella misura in cui tali atti siano indispensabili per ottenere le informazioni necessarie per conseguire l'interoperabilità, con altri programmi, di un programma per elaboratore creato autonomamente²⁷. Tale eccezione, restringendo il proprio ambito di applicabilità ai soli programmi per elaboratore, non può estendersi a quegli atti di ingegneria inversa intrapresi da terzi concorrenti per garantire l'interoperabilità di un programma di DRM con un semplice contenuto digitale (non un «altro programma», dunque) quale un brano musicale contenuto in un *file*. È evidente che, in casi come questo, l'estensione espressa di tale eccezione ad atti di riproduzione e traduzione del codice sorgente intrapresi per assicurare l'interoperabilità di un sistema di DRM con un contenuto digitale protetto (per esempio, un brano musicale o un film protetti da diverso sistema di DRM) avrebbe l'effetto di incoraggiare l'ingegneria inversa e, quindi, stimolare la circolazione di informazioni che garantiscono l'interoperabilità. Tuttavia, come dimostrato dal caso menzionato sopra, che ha visto protagonista Real Networks alle prese con la complessa decrittazione del codice del programma Fairplay²⁸, tale soluzione ha il grosso limite di fare affidamento su una serie di attività (ricomprese nel concetto di ingegneria inversa) che risultano assai lunghe e costose e che, sovente, non raggiungono i risultati sperati dal concorrente. Ciò perché la complessità del processo di decrittazione e di «svelamento del segreto» da parte del concorrente concede molto tempo al proprietario della tecnologia per procedere a semplici aggiornamenti e, di conseguenza, a modifiche delle informazioni tecniche di cui il concorrente va alla ricerca.

Una seconda soluzione potrebbe essere quella di favorire, o imporre per legge, l'uso di tecnologie di DRM interoperabili, le cui

²⁷ V. Art.64-*quater*, 1° comma, della l. n. 633/1941.

²⁸ V. sopra, nota 10.

specifiche e il cui codice sorgente siano in tutto o in parte condivise (anche per il tramite di un soggetto terzo con funzioni di amministrazione e mediazione) e quindi non appropriabili. Varian, a tal proposito, ha sottolineato come la c.d. standardizzazione aperta di tecnologie di DRM (in antitesi a quella proprietaria) sia il metodo migliore per garantire l'interoperabilità tra contenuti digitali, programmi per elaboratore e macchine, in un contesto tecnologico che preveda un'utilizzazione massiccia di tali tecnologie. Per funzione e significato politico-economico, Varian ha paragonato tali tecnologie ad altre tecnologie di raccordo, nella comunicazione digitale, che sono state saggiamente lasciate nel pubblico dominio, quali per esempio il protocollo unico della rete Internet (TCP/IP) e gli standard GSM nella telefonia mobile²⁹. A questo approccio è molto vicino il modello di «iDRM» recentemente elaborato dal gruppo di lavoro «Digital Media in Italia» (Dmin.it)³⁰. Tale modello propone l'adozione, per atto normativo, di una tecnologia interoperabile, messa a punto dallo stesso gruppo di lavoro, e soggetta all'amministrazione e al controllo di un'autorità terza rispetto ai vari utilizzatori e produttori di *media* digitali. A nostro avviso, il maggior dubbio suscitato da tale soluzione concerne l'effettiva praticabilità di una regolamentazione tecnico-normativa che imporrebbe a imprese che hanno già investito capitali ingenti nella realizzazione di tecnologie proprietarie di DRM notevoli costi di adattamento e applicazione di uno standard nuovo e condiviso, da affiancare (e quindi non da sostituire, com'è nella proposta di Dmin.it) alle tecnologie proprietarie. Nella proposta di Dmin.it, inoltre, non è ancora chiaro se l'autorità investita di poteri di controllo e *governance* del sistema di iDRM debba essere di natura

²⁹ V. VARIAN, *Economics of DRM*, cit.; MAZZIOTTI, *Did Apple's refusal to license*, cit., 273.

³⁰ V. «<http://www.dmin.it>».

pubblica o privata; profilo non di secondaria importanza in un contesto in cui l'obiettivo primario è la creazione e la piena condivisione di una risorsa indispensabile per garantire l'interoperabilità tra qualsiasi elaboratore e qualsiasi contenuto digitale³¹.

Resta infine la soluzione della licenza obbligatoria (in inglese, *compulsory licensing*) di tecnologie di DRM protette da diritti di proprietà intellettuale o da segreto industriale. Dubbio non v'è che, mediante l'allargamento delle maglie attraverso cui tale rimedio può essere esperito, tanto per via legislativa quanto per via giurisprudenziale³², si arriverebbe a comprimere, fino ad annullarlo,

³¹ Per il momento, il progetto Dmin.it si limita a prevedere che, nell'implementazione «corretta e robusta» delle specifiche iDRM, debba esistere una «Autorità Centrale», e cioè un ente di governo dell'intero sistema, che sia unico a livello nazionale e che assicuri che ogni attore della catena del valore, in particolare un produttore o fornitori di contenuti, sia convinto che tutti gli altri attori (per esempio: i fornitori di servizi, i produttori di dispositivi, i fornitori di tecnologie di sicurezza, *etc.*) siano affidabili e, quindi, lo invogliano a far sì che i contenuti digitali siano disponibili su un mercato che, senza contenuti, non esisterebbe: v. «<http://www.dmin.it/proposta/proposta-operativa.htm>».

³² È opportuno ricordare che la decisione della Commissione Europea dell'aprile 2004 sul caso *Microsoft* (v. *Decision of 24 March 2004, relating to a procedure under Article 82 of the EC Treaty, Case COMP/C-3/37.792, Microsoft*) è andata esattamente nella direzione di incoraggiare la condivisione (o comunque la messa a disposizione a condizioni eque e non discriminatorie) di informazioni tecniche che garantiscano l'interoperabilità tra beni e servizi offerti da imprese concorrenti. Sul merito di tal decisione potrebbe intervenire in futuro la scure della Corte di Giustizia; ciò non toglie però che, con tale iniziativa, la Commissione abbia dimostrato di voler proporre la sostituzione del c.d. test dell'indispensabilità, posto alla base dell'orientamento attuale dei tribunali comunitari in materia di licenze obbligatorie (cf. *Magill, IMS Health*), con una politica che punti a ridurre drasticamente il peso dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambito di tecnologie che, come il DRM, siano capaci di consentire l'obiettivo dell'interoperabilità, a tutto vantaggio dei consumatori finali. Per un approfondimento di tali questioni, v. F. LEVEQUE, *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*, disponibile alla pagina «<http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-Ms-WorldCompetition.pdf>», 24-25.

l'effettivo esercizio di privative o il godimento di segreti industriali esistenti sulle attuali tecnologie di DRM. In altre parole, il ricorso alla tecnica della licenza obbligatoria da parte di giudici e autorità *antitrust* al di fuori delle «circostanze eccezionali» individuate dalla Corte di Giustizia Europea finirebbe per scoraggiare fortemente la ricerca e l'innovazione nel settore delle tecnologie di DRM. Tale approccio equivarrebbe ad avallare una vera e propria standardizzazione di tali tecnologie per via ablativa, con conseguente svilimento dei diritti di proprietà intellettuale conquistati, con più o meno merito, da certe imprese. Tanto varrebbe, dunque, fare una scelta di politica legislativa e capire se e in che misura la concessione di diritti di esclusiva sia realmente efficace e auspicabile in un settore tanto controverso e, al tempo stesso, cruciale per la sopravvivenza del diritto d'autore nell'ambiente digitale. È questa la questione di fondo cui questo scritto giunge, in conclusione. Solo dopo un'analisi di questo genere, a nostro parere, i legislatori – e in particolare il legislatore comunitario – potranno decidere se optare espressamente per strade che incoraggino una standardizzazione aperta delle tecnologie di DRM (o di una parte di queste) o accontentarsi di un risultato analogo, come quello raggiunto dallo standard MPEG-21, caratterizzato però da un alto tasso di esclusività delle tecnologie incorporate nello standard. Fino al momento in cui una scelta del genere non verrà operata, non potrà utilmente invocarsi il rimedio della licenza obbligatoria senza intaccare l'oggetto di diritti di proprietà intellettuale che hanno, almeno in linea di principio, l'obiettivo di premiare e incentivare la creazione di tecnologie potenzialmente utili e nuove quali i sistemi di DRM.

QUARTA SESSIONE

DIGITAL MEDIA IN ITALIA

DIGITAL MEDIA IN ITALIA

LEONARDO CHIARIGLIONE

SOMMARIO: *1. Origini e finalità del gruppo Digital Media in Italia - 2. Specifiche per un DRM interoperabile - 3. L'accesso alla rete a banda larga - 4. I servizi interoperabili di pagamento online - 5. I vantaggi della proposta Digital Media in Italia - 6. Il calendario dei lavori.*

1. Origini e finalità del gruppo Digital Media in Italia

I contenuti in generale e quelli audio ed audiovisivi in particolare rivestono grande importanza per i cittadini per il loro ruolo nell'educazione, nell'intrattenimento e nel sostegno diffuso alla comunità di valori di un ampio aggregato culturale come l'Italia, ma anche per l'economia che sottende la loro creazione, distribuzione e consumo.

Nell'attuale contesto competitivo le tecnologie digitali hanno già cambiato e sono destinate a cambiare ulteriormente il contesto sociale ed economico. Infatti fenomeni come iTunes mostrano come, accanto ad innegabili benefici, le tecniche digitali portano inattesi vincoli per gli utilizzatori finali mentre la mancanza di forti operatori italiani sembra indicare una progressiva restrizione degli spazi di opportunità per le realtà economiche italiane del settore. Non avendo queste la forza di emergere è possibile quindi che alcuni tratti culturali nazionali siano destinati ad essere oscurati da fenomeni esogeni.

Conscio della situazione un gruppo di precursori ha preso l'iniziativa di lanciare «Digital Media in Italia» (dmin.it), un gruppo interdisciplinare, aperto, senza scopo di lucro con l'obiettivo di definire aree di interventi che consentano all'Italia di acquisire un ruolo primario nello sfruttamento del fenomeno globale «digital

media». La prima riunione del gruppo si è tenuta a Torino a novembre 2005 e da allora, a cadenza circa bimestrale, professionisti che operano su quasi tutta la filiera dei media e semplici cittadini si sono incontrati in riunioni pubbliche, annunciate sul sito Web di dmin.it («<http://www.dmin.it/>») ed aperte a tutti coloro che condividono gli obiettivi di dmin.it per discutere il modo migliore per raggiungerne gli obiettivi.

A settembre 2006 dmin.it ha pubblicato la sua proposta («<http://www.dmin.it/proposta/index.htm>») che ha come obiettivo ultimo la «massimizzazione della circolazione dei digital media», definiti come «contenuti espressi in bit, trasportabili su reti digitali, elaborabili e fruibili attraverso dispositivi programmabili». Il documento propone di raggiungere l'obiettivo agendo sulle modalità di offerta di contenuti, di accesso alle reti a larga banda e sui servizi di pagamento, ma coniugando due fondamentali, ancorché spesso antitetici, requisiti: libertà di azione per le imprese e libertà di accesso ai contenuti per i consumatori.

Quindi la proposta vuole raggiungere l'obiettivo dichiarato garantendo due diritti, ai fornitori di servizi di adottare le soluzioni tecnologiche loro convenienti ed ai consumatori di ottenere la possibilità di accedere ai contenuti con il dispositivo di loro scelta.

2. Specifiche per un DRM interoperabile

La prima «gamba» della proposta dmin.it si concretizza in una specifica di Digital Rights Management «interoperabile» (iDRM) adottata a livello nazionale che è pubblica, realizzata in codice sorgente aperto (Open Source), accessibile a tutti ed aperta a modelli di *business* innovativi che permettono la realizzazione di tutti i ruoli legittimi di intermediazione, in particolare quelli che non fanno uso di misure tecniche di protezione.

Il fornitore di contenuti che utilizza una tecnologia DRM proprietaria (pDRM) per offrire contenuti di cui ha diritti per un dato canale di distribuzione deve anche offrirli su quel canale utilizzando la tecnologia iDRM affinché chi è interessato possa accedervi con un dispositivo disponibile sul mercato. L'offerta deve essere fatta a condizioni eque e non discriminatorie se confrontate con quella fatta con pDRM.

I vantaggi per l'industria italiana in tutti i suoi segmenti (contenuti, servizi, dispositivi, *etc.*) si riassumono nella creazione di un mercato omogeneo di 60 milioni di consumatori, mentre i vantaggi per l'utente finale sono rappresentati dalla figura sottostante in cui, ad esempio, è evitato il rischio evidenziato dal caso iTunes in cui un utente può dover acquistare lo stesso contenuto più volte per poterlo vedere/sentire su apparati diversi.

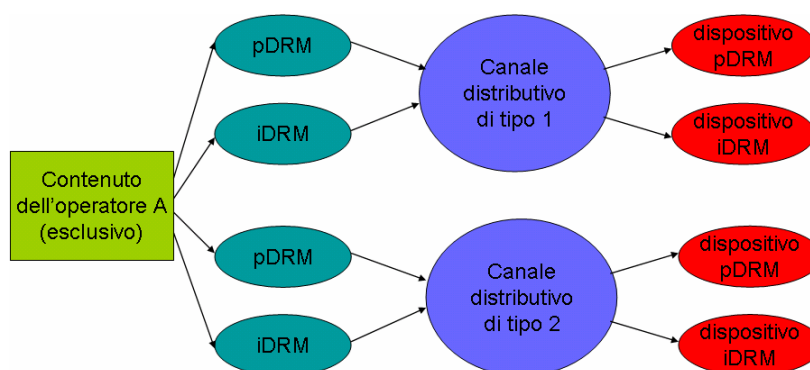


Fig. 1 – La proposta dmin.it per i contenuti

3. L'accesso alla rete a banda larga

La seconda «gamba» della proposta prevede la più ampia libertà per un operatore di rete a larga banda di offrire accesso *bundled* e/o *unbundled* alla sua rete con caratteristiche tecniche di sua scelta

contemperato dal diritto di un utente della rete – che può essere sia un fornitore di contenuti, intermediario o utente finale – di richiedere ed ottenere da un operatore di rete a larga banda il puro accesso «service-agnostic» alla «Big Internet» con le caratteristiche tecniche già offerte dall'operatore e a condizioni non discriminatorie nei confronti delle altre offerte dell'operatore.

Dal canto loro gli operatori di rete a larga banda devono garantire l'interoperabilità dei servizi di rete concordando e fornendo specifici livelli di qualità di servizio (QoS) ai punti di *peering* così da fornire agli utenti della rete opportuni livelli di QoS.

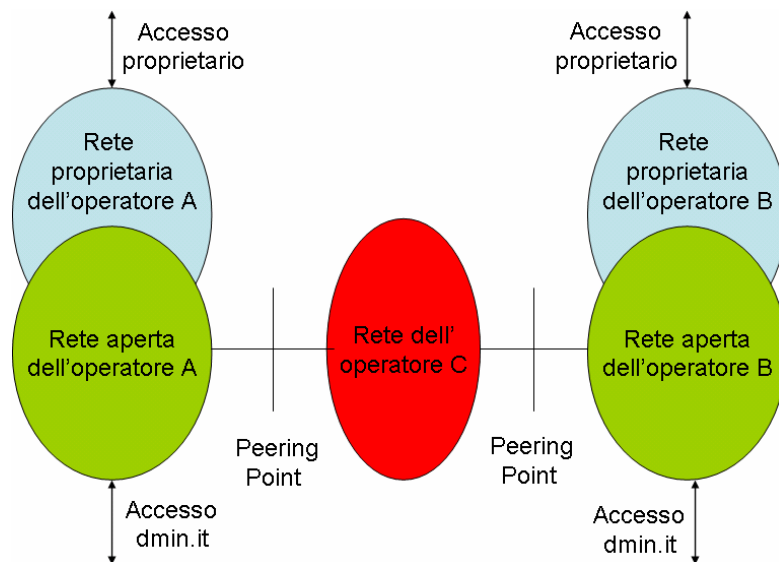


Fig. 2 – La proposta dmin.it per l'accesso alla rete a larga banda

4. I servizi interoperabili di pagamento online

Infine la terza «gamba» della proposta dmin.it prevede che chiunque, compatibilmente con le norme bancarie, possa offrire servizi di

«account», interoperabili con i servizi offerti da altri operatori, che non siano direttamente monetari (quindi sotto forma di punti, crediti, *etc.*) per transazioni collegate all'uso di *digital media*.

Le transazioni sono effettuate tra «account» in cui ogni «account» si appoggia su uno o più strumenti di pagamento ad incasso garantito, ad esempio conto corrente, carta di credito, carta prepagata, domiciliazione bancaria, borsellino elettronico, *etc.* Per diminuire i costi la sincronizzazione di un «account» con il suo circuito di appoggio non è effettuata ad ogni transazione ma su base periodica oppure a richiesta.

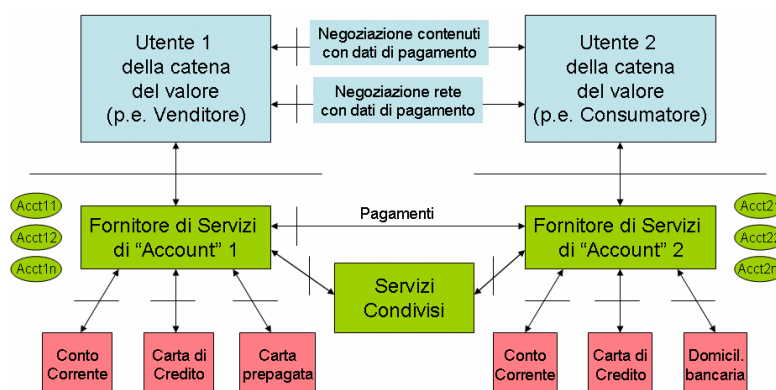


Fig. 3 – La proposta dmin.it per servizi di pagamento online interoperabili

5. I vantaggi della proposta Digital Media in Italia

In generale i vantaggi della proposta dmin.it sono i seguenti.

- a) La creazione di un mercato omogeneo di contenuti, rete e sistemi di pagamento con 60 milioni di consumatori/creatori in grado di sostenere il *business* delle imprese della filiera, anche medio-piccole.
- b) L'abbassamento della soglia d'ingresso alle catene del valore, ad esempio l'autore può facilmente accedere alla

distribuzione con la possibilità di essere remunerato, cosa ad oggi non facile.

c) La possibilità di costruire nuove catene del valore perché possono nascere nuovi intermediari che si «agganciano» alle catene del valore.

d) L'incentivazione del consumo perché esiste una grande varietà di contenuti e servizi a cui si può accedere usando lo stesso dispositivo, ad esempio la fruizione di tutti i contenuti *broadcast* dai *decoder* iDRM (distribuzione «simulcrypt»).

e) La disincentivazione dell'uso di contenuti ottenuti in modo improprio perché il rispetto dei diritti è esercitato in maniera flessibile ed equa, ancorché rigorosa.

f) La riduzione del costo delle tecnologie grazie alla standardizzazione ed all'offerta da parte di più fornitori in concorrenza.

g) La realizzazione di un modello esportabile nei mercati esteri dalle imprese che si saranno «fatte le ossa» nel nuovo mercato nazionale.

h) L'aumento della visibilità dei digital media italiani per promuovere l'«Italian lifestyle», con ricadute positive su cultura, turismo, abbigliamento, alimentari, *etc.*

6. Il calendario dei lavori

Da settembre 2006 ad oggi (marzo 2007) dmin.it ha lavorato, con lo stesso spirito di apertura nei confronti della comunità nazionale, alla realizzazione del secondo passo del suo programma. Questo è consistito nella redazione di un documento intitolato «Specifiche funzionali, azioni normative e governance per la realizzazione della proposta dmin.it» (chiamato brevemente «proposta operativa») che ha l'obiettivo di rendere concretamente realizzabili le proposte fatte nel primo documento di settembre 2006.

Per ognuna delle tre proposte il documento dà i requisiti giuridici e tecnici che devono essere soddisfatti, elenca una prima lista delle tecnologie necessarie, delle componenti base del sistema e delle interfacce tra le componenti del sistema. Inoltre il documento delinea il processo mediante il quale saranno scelte le tecnologie per ognuna delle tre proposte indicando le tipologie di interventi normativi che si reputano necessari per realizzare le singole proposte e la struttura di «governance» necessaria per il funzionamento dell'ecosistema. È opportuno far rilevare che dmin.it ritiene che la *governance* debba essere lasciata agli operatori economici ed alle associazioni di categoria incluse, naturalmente, le rappresentanze dei consumatori.

In parallelo dmin.it ha pubblicato, partendo dal materiale contenuto nella proposta operativa, altri quattro documenti in cui è richiesto alla comunità nazionale di fornire:

1. proposte di piattaforme DRM e di sistemi di pagamento *online* per permettere alla comunità dmin.it di verificare le possibilità offerte ed i limiti posti dalle principali piattaforme DRM;
2. proposte di tecnologie e soluzioni per la realizzazione della proposta dmin.it;
3. commenti alle proposte di governance della proposta dmin.it;
4. commenti agli interventi normativi delineati.

Il documento «Specifiche funzionali, azioni normative e governance per la realizzazione della proposta dmin.it» e le altre quattro richieste sono stati pubblicati il 15 marzo 2007. La scadenza per rispondere alla prima richiesta («Proposte di piattaforma DRM e di sistemi di pagamento online») era il 30 aprile 2007, mentre la scadenza per le altre tre richieste era il 31 maggio 2007.

Digital Media in Italia conta di iniziare la redazione delle specifiche tecniche il 15 giugno 2007 sulla base delle risposte ricevute, ma ritiene opportuno rivedere le proprie proposte di *governance* e di azioni normative alla luce dei commenti ricevuti e ripubblicare quindi una richiesta di commenti alle proposte di *governance* e di azioni normative il 31 luglio 2007. Nelle nuove richieste la data di scadenza per le risposte è fissata al 30 settembre 2007. Le specifiche tecniche, le regole di *governance* ed il testo delle azioni normative da proporre all'autorità pubblica saranno quindi pubblicate il 15 dicembre 2007.

Digital Media in Italia sta lavorando per la piena realizzazione dei benefici insiti nel processo di convergenza digitale per la comunità nazionale facendo nel contempo dell'Italia un paese di riferimento nel settore. Tutto questo è fatto in uno spirito di massima apertura e con l'invito a partecipare a questo avvincente progetto esteso a tutti coloro che condividono gli obiettivi di dmin.it.

IL DRM COME VIA PER LA CREAZIONE DI REGOLE CERTE NEL RAPPORTO TRA CONSUMATORE E TITOLARE DEI DIRITTI NELLA CIRCOLAZIONE DEI CONTENUTI AUDIOVISIVI DIGITALI

EUGENIO PROSPERETTI

SOMMARIO: *1. DRM come garante dei beni immateriali in rete - 2. Critica dell'equivalenza tra DRM e misure tecnologiche di protezione - 3. Digital Rights Management e regolamentazione contrattuale: uno «statuto del DRM» - 4. Il caso dei metadati.*

1. DRM come garante dei beni immateriali in rete

Il presente contributo è teso ad analizzare come una politica di Digital Rights Management (DRM), correttamente intesa, sia fondamentale per promuovere la circolazione dei contenuti digitali sulla rete.

Da recenti dibattiti, innescati dal gruppo Dmin.it¹ (Digital Media in Italia) ma anche, a livello globale, dal *paper* «Thoughts about music» di Steve Jobs, si confrontano due posizioni: alcuni sostengono che il DRM sia imprescindibile per un «ecosistema» dei contenuti in formato digitale, altri che il DRM sia una sovrastruttura della proprietà intellettuale e della rete, imposta da «timori del nuovo» di alcuni esponenti dell'industria, in assenza dei quali l'opera potrebbe di per sé, tranquillamente circolare in formato digitale senza particolari difficoltà.

¹ Si veda, per le attività del gruppo, il sito «www.dmin.it», si precisa che il presente contributo non è redatto a nome del gruppo Digital Media in Italia ma, a titolo personale, da un partecipante ai primi due anni di lavoro del gruppo. Opinioni espresse, errori ed omissioni sono quindi da imputarsi esclusivamente all'autore.

A sostenere la seconda teoria si porta l'esempio dei CD: si sono affermati e hanno liberamente circolato senza alcun DRM e, ancora oggi, la grandissima parte dei CD non possiede alcuna protezione. Tuttavia, vi è chi acquista cd originali per il semplice piacere di farlo, di possederli e collezionarli.

Viene tuttavia sottovalutato nel – pur brillante – *paper* di Jobs un aspetto che riguarda la struttura stessa del media CD rapportato alla musica liquida in vendita su iTunes e, in ogni caso, negli *store* digitali: il CD è un supporto fisico, e, per quanto sia riproducibile digitalmente, la riproduzione implica comunque un minimo costo (anche in termini di tempo per l'acquisizione e conversione di formato); tale costo è del tutto assente quando si debba riprodurre un *file* che, in partenza, è in formato digitale compresso.

Se, dunque, ci troviamo, in partenza di fronte ad un bene composto da *corpus mechanicum* e *corpus mysticum* (il CD), la musica liquida è certamente mero *corpus mysticum* e, pertanto, è l'incarnazione pura del bene immateriale.

Ora, secondo la più classica dottrina di diritto civile, si definisce bene ciò che (i) è suscettibile di appropriazione e (ii) possiede una funzione (iii) a condizione che non si tratti di qualcosa che si trovi nel pubblico dominio (aria, luce solare, *etc.*)²; qualora dunque venga a mancare la possibilità di appropriazione in via esclusiva, viene a mancare un requisito essenziale del bene.

I beni immateriali, inoltre, costituiscono oggetti immediati di diritti assoluti ma, diversamente da questi, non possono costituire oggetto di vera e propria proprietà³: essi sono per questo, come noto,

² Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1957, 42.

³ Questo, a meno che non si vogliano esplorare le più moderne nozioni di proprietà che sono, in estrema sintesi, nozioni di proprietà «affievolita» e, comunque, sottoposta a condizioni. Si può dunque forse teorizzare che la proprietà e la proprietà intellettuale si avvicinano a fronte di un reciproco indebolimento.

oggetto dei diritti di proprietà intellettuale e, tra questi, del diritto d'autore.

Il problema è allora di capire se, per quanto riguarda i beni digitali, in assenza di una politica di DRM, il diritto d'autore possa ugualmente essere esercitato o se, i beni immateriali in circolazione sulla rete privi di DRM, tendano verso la confusione con il pubblico dominio perdendo così la loro specificità e, in definitiva, la loro funzione.

2. Critica dell'equivalenza tra DRM e misure tecnologiche di protezione

Prima di procedere, tuttavia, è bene effettuare alcuni chiarimenti su cosa si debba intendere, ai nostri fini⁴, per DRM: la normativa, infatti, non offre una vera e propria definizione di tale termine e sul punto si confrontano numerose definizioni tecniche, economiche e giuridiche.

Riguardo alla definizione di DRM si confrontano, essenzialmente, due posizioni, ambedue legittime in quanto non esiste una vera e propria definizione normativa ma con conseguenze di non poco momento per l'interprete che voglia accogliere l'una o l'altra.

La prima – e più diffusa – concezione, che, in generale, nella c.d. «cultura della rete» tende a essere la più diffusa⁵, è quella che

⁴ Le indicazioni sulla definizione di DRM fornite dal presente lavoro sono anzitutto intese per chiarire cosa si intenda per DRM nella presente trattazione, tuttavia non è estraneo il fine di fornire un chiarimento «di sistema» pur coscienti che a far prevalere una definizione sull'altra sarà la lungimiranza degli interpreti del diritto.

⁵ Nel senso che articoli giornalistici, *blogs* e *forum* sul tema associano generalmente al tema DRM termini come lucchetto, protezione, divieto, *etc.* Complici, anche, alcuni casi poco fortunati dei quali le tecnologie DRM sono state protagoniste e che hanno conferito «cattiva fama» ai sistemi DRM in generale. Tra tutti, val la pena citare il caso Sony rootkit, ampiamente approfondito su «<http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/copyright/resources.html#interoperability>».

associa – alle volte in senso atecnico – ai DRM una concezione di «protezione/blocco» e, in genere, di strumento limitativo della circolazione e di restrizione tecnologica⁶. In tal modo, il DRM è tutt'uno con le misure tecnologiche di protezione (Technical Protection Measures o TPMs) che, così, ne vengono a costituire una componente essenziale (non vi è politica di DRM che non costituisca implementazione di TPMs).

Una simile concezione priva il DRM del suo valore aggiunto; non si tratta di una mera questione terminologica: affermare che il DRM costituisce una protezione, implica escludere dall'ambito di efficacia di tali sistemi tutto ciò che non ha bisogno di essere protetto o che rifiuta tecniche di protezione. La dottrina ha inoltre sovente ribadito come la centralità normativa delle TPMs sia causa di potenziali distorsioni giurisprudenziali e di mercato⁷.

A ben vedere, le misure tecnologiche di protezione sono infatti disciplinate «in quanto tali» dall'art. 102-*quater* della l. 22 aprile 1941 n. 633, protezione del diritto d'autore e di altri diritti

⁶ Fornisce una rassegna degli attuali tentativi di definire il DRM, CASO, dalla quale si evince come non sia chiaro il confine tra gestione e protezione, cfr. R. CASO, *Digital Rights Management – Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Trento, 2006, ristampa digitale, 10 ss., «<http://www.jus.unitn.it/users/caso/DRM/Libro/libri.html>».

⁷ Cfr. C. MC MANIS, *Mass market licenses and Digital Rights Management: Privatizing Access to Culture and Information?*, relazione al Convegno ATRIP 4-6/9/2006, Parma, in Atti (in corso di pubblicazione); R. CASO, *Il (declino del) diritto d'autore nell'era digitale: dalle misure tecnologiche di protezione al «Digital Rights Management»*, in *Foro it.*, 2004, II, 610; M. L. MONTAGNANI, *Dal «peer to peer» ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul Melting Pot della distribuzione on line*, in *Dir. autore*, 2007, 1 ss.; C. RABAZZI, *Modchip e console per videogiochi modificate: strumenti illegali o utili mezzi per potenziare e sfruttare in maniera lecita un'opera dell'ingegno?*, in *Giur. merito*, 2006, 7-8; cfr. anche la completa disamina delle obiezioni alla teoria economica del controllo contrattuale perfetto compiuta da CASO, *Digital Rights Management – Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, cit., 175 ss.

connessi al suo esercizio (l.d.a.)⁸, e richiamate dagli art. 71-*quinquies* comma 1⁹, 71-*sexies*¹⁰, 71-*septies* commi 1 e 2 l.d.a.¹¹; inoltre le misure tecnologiche di protezione sono ovviamente menzionate nelle

⁸ La quale, come noto, prevede che i titolari di diritti d'autore e di diritti connessi nonché dei diritti su banche dati, possono apporre sulle opere o sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendono tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti. Le misure tecnologiche di protezione sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione. La norma fa salva l'applicazione delle disposizioni relative ai programmi per elaboratore.

⁹ I titolari dei diritti che hanno apposto TPMs le devono rimuovere dietro richiesta dell'autorità competente per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario.

¹⁰ Tale articolo riguarda la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi la quale è consentita su qualsiasi supporto, se effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*. La riproduzione non può tuttavia essere effettuata da terzi e la prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione. Opere e materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater* o quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali sono esonerati dal disposto della norma (la riproduzione privata può cioè essere esclusa). I titolari dei diritti, devono comunque consentire la copia analogica per uso personale, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*, alla persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti.

¹¹ Si tratta della norma sull'equo compenso che, *inter alia*, stabilisce che per la determinazione del compenso si tiene conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di protezione, nonché della diversa incidenza della copia analogica rispetto alla copia digitale.

norme della legge sul diritto d'autore in tema di sanzioni¹². Nessuna di tali norme è di per sé idonea a fornire una definizione generale di DRM mentre, come si è detto, viene fornita una soddisfacente definizione di misure tecnologiche di protezione (TPMs).

Ciò suggerisce che DRM e TPMs non siano sempre coincidenti.

Un'ulteriore distinzione deve essere effettuata tra le politiche di DRM in senso proprio e quelli che la legge sul diritto d'autore identifica come sistemi di «informazioni elettroniche sul regime dei diritti», disciplinati dall'art. 102-*quinquies*.

Le «informazioni elettroniche sul regime dei diritti» sono definite come quelle che «identificano l'opera o il materiale protetto, nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti. Tali informazioni possono altresì contenere indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera o dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione».

Cosa dunque differenzia tali «informazioni» dalle politiche di DRM?

A ben vedere, neanche le informazioni elettroniche sul regime dei diritti coincidono pienamente con il DRM: esse rappresentano infatti una forma attenuata di misure tecnologiche di protezione generalmente denominata *watermarking*.

Tale pratica consiste nel marcare digitalmente i *files* e i contenuti in circolazione in maniera che siano riconoscibili e nel sanzionare chi altera la marcatura.

La marcatura è tale da essere digitalmente riconoscibile.

Per aversi una vera e propria politica di DRM, il *watermarking* potrebbe non essere sufficiente. Infatti, non basta che sia digitalmente indicato l'autore o siano digitalmente indicate le

¹² Cfr. art. 171-*ter*, comma 1, lett. *f-bis*) l.d.a. e art. 174-*ter* l.d.a.

condizioni d'uso dell'opera in maniera comprensibile ad un elaboratore digitale ma occorre che esista anche un sistema *hardware/software* tale per cui le informazioni elettroniche e, in particolare, le condizioni d'uso, possano ricevere attuazione per mezzo dell'elaboratore digitale. Potremo in tale circostanza parlare di DRM nel pieno senso del termine?

La condizione perché esista una vera e propria politica di DRM è anche giuridica. Occorre che esistano strumenti contrattuali (licenze) che regolino il rapporto tra il titolare dei diritti e il fruitore dell'opera anche per quanto riguarda l'*enforcement* digitale. Anche in tal senso, non vanno confuse le semplici informazioni elettroniche (che, in tal senso, dovrebbero fungere da trasposizione digitale di una eventuale licenza) con il DRM in senso proprio.

Il DRM è dunque la politica di gestione della circolazione delle opere digitali e può comprendere (senza esaurirsi nelle) misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti.

Da ciò deriva che non necessariamente il DRM deve proteggere e limitare la circolazione e, anzi, il DRM ha la funzione di mantenere la specificità del *corpus mysticum* digitale¹³.

Se abbiamo il caso di un DRM il cui scopo sia quello di attuare politiche che «consentano» la circolazione scopriamo che non è più necessario implementare TPMs: rimane il DRM come piattaforma applicativa delle informazioni elettroniche.

Si può dunque ipotizzare la possibilità di una politica di DRM anche volta a controllare che il contenuto sia distribuito con l'effettiva indicazione della licenza Creative Commons o, comunque, senza restrizioni di sorta.

¹³ Il DRM differenzia, ad esempio, l'opera dell'autore da un tentativo digitale di imitazione, altrimenti indistinguibile e mantiene separato il codice originale perché si possa sempre individuare. Rimane fermo il fatto che l'autore, attraverso tali strumenti può consentire le opere derivate.

Avremo dunque:

(i) DRM protettivi: (ad esempio Apple «Fairplay»), i quali implementano misure tecnologiche di protezione;

(ii) DRM traccianti: (ad esempio iTunes Plus)¹⁴, i quali incorporano nel contenuto informazioni digitali interpretabili sul suo autore, sui diritti concessi, *etc.*, senza con ciò porre vincoli tecnologici all'utilizzo;

(iii) DRM in senso proprio: i quali sono politiche di gestione dei diritti digitali attuate per mezzo di una piattaforma *hardware/software/contrattuale* e che, non necessariamente richiedono misure tecnologiche di protezione (perché i contenuti potrebbero dover essere diffusi invece che protetti) mentre richiedono che esitano strumenti (anche contrattuali) di *enforcement* e gestione del rapporto tra titolare dei diritti e fruitore.

Da quanto sopra è evidente che nella l.d.a. il tema «DRM» in quanto tale non è trattato pienamente e deve essere ricostruito per via interpretativa utilizzando i criteri sopra esposti.

3. Digital Rights Management e regolamentazione contrattuale: uno «statuto del DRM»

Si è detto che il DRM in senso proprio è tale se è presente anche una regolamentazione contrattuale.

Tali accordi di licenza dovranno tuttavia non prescindere dal generale contesto dell'ordinamento e dal rispetto dei suoi principi

¹⁴ Il recente sistema iTunes Plus nasce da un accordo tra Apple ed EMI in base al quale sono commercializzati su iTunes Store anche brani privi del DRM protettivo «Fairplay». Tali brani, tuttavia, non sono resi disponibili senza alcun accorgimento tecnologico, è indubbio che nel brano vi siano informazioni elettroniche che consentono l'identificazione del brano e, pertanto, si ritiene di classificare iTunes Plus tra i DRM traccianti.

fondamentali, in attesa di una normativa specifica che consenta e supporti il DRM di sola gestione.

Alternativamente, il legislatore potrebbe scegliere di richiamare normativamente le licenze che contenessero alcune tutele minime.

In ambedue i casi è sin d'ora utile sintetizzare quali possano essere i principi base di una licenza d'uso di DRM «sostenibile».

Una proposta in tal senso giunge dai lavori di Dmin.it, nel corso dei quali sono stati elaborati alcuni principi giuridici che costituiscono una sorta di «statuto del DRM»¹⁵.

Tali principi assicurano che qualunque DRM possa rimanere giuridicamente valido anche sulla base del solo accordo tra le parti e che sia validamente assoggettabile ai limiti che da tale accordo scaturiscono.

I principi assicurano la fondamentale primazia della regola giuridica sulla regola tecnica.

Il primo principio prevede che il DRM rispetti le libertà costituzionali fondamentali, il diritto alla riservatezza ed il diritto alla protezione dei dati personali.

Viene escluso il trattamento non necessario ma consentito il trattamento previo consenso di dati personali acquisiti per il tramite del DRM e trasmessi attraverso tale veicolo.

Il secondo principio si preoccupa della possibilità di compiere atti negoziali da parte dell'utente e del controllo del medesimo sugli strumenti che gli vengono posti a disposizione attraverso il DRM: deve essere l'utente a decidere consapevolmente quali atti porre in essere.

Il terzo principio si preoccupa di limitare l'ambito applicativo delle misure tecnologiche di protezione.

¹⁵ Si veda «<http://www.dmin.it/documenti/proposta-operativa4.0.doc>» paragrafo 2.2.1.

In particolare, per rientrare nella specifica proposta da Digital Media in Italia, le misure tecnologiche di protezione dovranno essere conformi alla normativa europea ed italiana e, soprattutto, incorporare, a favore dell'utente, le eccezioni e limitazioni di cui al d. lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, codice in materia di protezione dei dati personali.

Eventuali misure tecnologiche di protezione, applicate laddove la legge non preveda *enforcement* per tale strumento, non saranno vietate se disattivabili.

In ogni caso, un ulteriore principio consente di disattivare in ogni momento le misure in caso di cessazione della fruizione del contenuto; queste infatti potrebbero continuare ad esercitare un controllo sull'utente nonostante non vi sia più alcun interesse da tutelare.

Se dunque è possibile ricostruire un ecosistema giuridico, tecnico ed economico in cui il DRM esiste in quanto soggetto ai principi del diritto d'autore e a principi contrattuali di orientamento al «consumatore/utente», lo strumento DRM diviene idoneo e coesistente a promuovere la circolazione dei contenuti.

Infatti, in assenza di una politica di DRM regolata, lungi dall'essere vigente un regime di libertà di circolazione dei contenuti, l'unica certezza è che mancherebbe ogni possibilità di controllo sui protocolli applicati alla circolazione dei contenuti in rete e, di conseguenza, sono facilmente praticabili abusi sia sul fronte del mercato che della vera e propria concorrenza sleale.

Pertanto le richieste di «bandire i DRM» si scontrano con la menzionata difficoltà di definire preventivamente i DRM: meglio un approccio, quale quello che si propone, che applica criteri certi ad un DRM da individuarsi caso per caso.

Meglio ancora se esistesse un organo tecnico-giuridico deputato ad analizzare i contenuti dei singoli DRM applicati

tenendone un registro. Si ritiene comunque che la vera spinta alla circolazione dei contenuti, possa giungere dall'adozione di DRM interoperabili.

4. Il caso dei metadati

D'altronde, l'utilità dell'utilizzo del DRM nella circolazione dei contenuti si può riscontrare anche con un esempio pratico, verificando cosa possa accadere nel campo dei «metadati»¹⁶.

Nei lavori del gruppo Dmin.it si è discusso anche di metadati: il gruppo di ricerca ha identificato tra i contenuti digitali con la più ampia categoria dei «digital media», che comprende sia opere dell'ingegno che informazioni e dati che sfuggono a tale classificazione, tra i quali, per l'appunto, i metadati.

I metadati possono essere definiti come informazioni che descrivono il contenuto di altri dati¹⁷.

Prendiamo alcuni esempi di informazioni non coperte dalla normativa sul diritto d'autore: l'elenco dei numeri usciti al lotto e la quotazione dell'Euro rispetto al Dollaro; probabilmente nulla – salvo raffinate interpretazioni del caso Lexmark/Static Control – vieta che essi possano essere oggetto di una politica di DRM.

A maggior ragione, così è per i metadati: si può argomentare che informazioni quali ad esempio quelle inserite per favorire l'organizzazione strutturale dei diversi contenuti, per catalogare collezioni di documenti quali immagini, video e musica, per generare nuovi contenuti (*e.g.* comporre un poster formato da immagini di famiglia relative agli ultimi dieci anni) o per accedere velocemente ai contenuti di interesse (*e.g.* i goal in una partita di calcio, le scene in un film) non abbiano caratteristiche di originalità e novità. Se queste

¹⁶ Ringrazio il Dott. Nicola Adami del DEA Università di Brescia, componente di Digital Media in Italia, per il prezioso contributo sulle tecniche dei metadati.

¹⁷ D. MARCO, *Bulding and managing the metadata repository*, New York, 2000.

sono utilizzate come metadati possono dunque, con ogni probabilità essere tutelate da DRM e da misure tecnologiche di protezione¹⁸.

La *ratio* di applicare misure tecnologiche di protezione ai metadati è l'esigenza economica di proteggere il valore aggiunto che tale tipologia di informazioni viene assumendo nelle meccaniche del commercio elettronico, dell'audiovisivo e – più in generale – dell'archiviazione dati; prodotti, servizi, scene di un film, momenti di un evento sportivo, documenti, notizie sulla rete, vengono ad essere così trovati (o non trovati) in base alla bontà ed alla ricchezza dei metadati ad essi associati. Il *merchant* che ha un buon archivio di metadati ha molta più probabilità di produrre l'incontro tra domanda e offerta.

Da qui l'esigenza per chi si occupa di commercio di tutelare con DRM (si suppone protettivo) i metadati, onde poter investire su tale tecnologia.

Per quanto riguarda l'audiovisivo non protetto e la documentazione, invece, i metadati saranno assistiti da un DRM privo di misure tecnologiche di protezione, volto a facilitare la rapida diffusione di tali materiali senza che, tuttavia, il metadato possa essere riprodotto liberamente.

Tuttavia, occorre anche qui che il DRM sia posto in essere nella sua versione più completa.

Infatti, dottrina e giurisprudenza, da tempo affermano come i metadati debbono comunque rispettare generali canoni di veridicità e correttezza per non incorrere, eventualmente, in ipotesi di concorrenza sleale¹⁹.

¹⁸ Questo senza voler approfondire se i metadati godano o meno di tutela *sui generis* come banca dati.

¹⁹ Cfr. E. TOSI, «Domain grabbing», «linking», «framing» e utilizzo illecito di «meta-tag» nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online «vecchie» e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale, in *Riv. dir. ind.*, 2002, II, 371.

Ebbene, poiché si tratta di informazioni la cui tutela ai sensi della legge sul diritto d'autore è da verificare caso per caso, la licenza per il relativo DRM può essere di estrema utilità: infatti potrebbe essere necessario, in caso di applicazione di misure tecnologiche di protezione, verificare l'effettivo metadato per stabilire la congruenza con il prodotto/servizio.

Non si potranno quindi fornire indicazioni fuorvianti per «costringere» l'utilizzatore a visionare una certa scena in un film con la convinzione che i contenuti saranno diversi da quelli effettivi e rendere tali indicazioni del tutto inaccessibili.

DRM E PUBBLICO DOMINIO

ANDREA GLORIOSO

SOMMARIO: *1. Introduzione - 2. Il pubblico dominio: alla ricerca di un nuovo linguaggio - 3. DRM e pubblico dominio - 4. Conclusioni (molto) provvisorie.*

1. Introduzione

Il dibattito in merito alla presunta necessità di sempre più efficaci ed efficienti sistemi tecnologici in grado di impedire la riproduzione, la distribuzione o altri atti che violino le norme poste a tutela delle opere dell'ingegno, in particolare quando queste sono espresse in forma digitale, soffre di numerosi limiti. Esso appare caratterizzato da un processo decisionale sostanzialmente chiuso e autoreferenziale, in cui – con rare eccezioni – le proposte di sempre più «inviolabili»¹ (ed opprimenti) sistemi di protezione sono spesso coadiuvate da retorici richiami alla difesa dei «creatori», mitologica categoria la cui reale composizione demografica, le caratteristiche sociali e culturali, nonché l'effettivo interesse ad essere protetti dai suddetti sistemi meriterebbero forse un approccio analitico più rigoroso, o almeno la

¹ Le virgolette sono d'obbligo, dati gli enormi limiti che le attuali implementazioni di tali «infallibili» sistemi di protezione hanno sinora incontrato. Si pensi al sistema di cifratura dei DVD (il CSS o Content Scrambling System) aggirato poco tempo dopo l'introduzione sul mercato, o al sistema di cifratura dei nuovi supporti ottici ad alta definizione (l'AACS o Advanced Access Content System) sulla cui resistenza è lecito nutrire seri dubbi – si veda T. S. PERRY, *Loser: DVD Copy Protection, Take 2*, in *IEEE Spectrum*, Gennaio 2007, disponibile *on-line* all'URL: <<http://www.spectrum.ieee.org/jan05/2703>>. Per ragioni di spazio non appare opportuno spendere troppe parole sugli intrinseci limiti tecnologici e sociali dei sistemi sinora proposti e immessi nel mercato, se non per ricordare il seminale P. BIDDLE, P. ENGLAND, M. PEINADO, B. WILLMAN, *The Darknet and the Future of Content Distribution*, 2002 *ACM Workshop on Digital Rights Management*, disponibile *on-line* all'URL: <<http://crypto.stanford.edu/DRM2002/darknet5.doc>>.

partecipazione effettiva dei «creatori» al dibattito in oggetto.

La reazione tipica a questa affermazione vede solitamente i proponenti di tali sistemi sottolineare come nulla giustifichi l'estensione del dibattito ad una cerchia numericamente più ampia e socialmente più rappresentativa di soggetti, nella misura in cui l'oggetto del contendere riguarda in ultima analisi dei meri «prodotti» da immettere in un «mercato»: dunque, la discussione sulla sostanza va mantenuta all'interno delle aziende produttrici, con il coinvolgimento eventuale di una o più *standard-setting organisation* al fine di ottimizzare l'impatto sul mercato o sui mercati di riferimento. Discutere dei (de)meriti di questo atteggiamento non è impresa possibile in questa sede, se non suggerendo che l'estensione della protezione propria del *copyright*/diritto d'autore anche a tali sistemi – ciò che alcuni hanno efficacemente descritto come «paracopyright»² – ha visto la partecipazione attiva di altre tipologie di soggetti, nel caso specifico gli Stati membri dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale³. In questo caso, aziende e gruppi di pressione ad esse vicini non sembrano aver avuto troppi problemi ad «allargare il dibattito» – anche se si potrebbe discutere se tale allargamento sia coinciso con una maggiore rappresentatività di tutti gli interessi in gioco.

Proprio uno di tali interessi vuole essere il nucleo centrale di questo contributo, che si propone di fornire elementi di riflessione su una variabile dell'equazione complessiva (e complessa) che non sempre viene tenuta nella debita considerazione: il pubblico dominio.

² Si veda R. CASO, «Modchips» e diritto d'autore: la fragilità del manicheismo tecnologico nelle aule della giustizia penale, in *Cyberspazio e dir.*, 2006, 183.

³ Il riferimento è all'approvazione, da parte dell'OMPI, dei cosiddetti «trattati di Internet» del 1996: il Trattato sul Copyright (Copyright Treaty) e il Trattato sulle Esecuzioni e sui Fonogrammi (Performances and Phonograms Treaty).

2. *Il pubblico dominio: alla ricerca di un nuovo linguaggio*

Nell'ambito del diritto d'autore⁴, il «pubblico dominio» è stato sinora un concetto sostanzialmente «sottrattivo»: l'insieme di ciò che non è proteggibile dal diritto d'autore (per esempio, fatti⁵ e mere idee) e di ciò che non è più protetto, essendo scaduti i relativi termini. In senso leggermente più ampio, è possibile ricomprendere all'interno della categoria anche le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, come la «riproduzione e la comunicazione al pubblico di opere o materiali protetti utilizzati in occasione di avvenimenti di attualità [...] ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e nei limiti dello scopo informativo»⁶, «il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico [...] se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini [...]»⁷, *etc.*⁸.

Una tale definizione del pubblico dominio, tuttavia, appare

⁴ I limiti di spazio non permettono di estendere le considerazioni qui svolte ad altri istituti giuridici, come il diritto dei brevetti. Ci si limiterà semplicemente a far notare che la possibile coesistenza sul medesimo bene di più diritti esclusivi – che siano catalogabili all'interno dei «diritti di proprietà intellettuale» o meno – aumenta notevolmente la complessità dell'analisi sugli argomenti oggetto di questo contributo.

⁵ Anche se la natura, l'estensione e la rinnovabilità della tutela *sui generis* accordata alle banche dati spinge ad una certa cautela nell'escludere tale categoria, nella misura in cui chiunque effettui degli «investimenti rilevanti per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro» e indipendentemente dalla rispondenza dei contenuti di tali banche dati ai criteri minimi di «creatività» propri del diritto d'autore, si vede riconoscere i diritti esclusivi di impedire l'estrazione o il reimpiego di tali contenuti. Si veda il d. lgs. 6 maggio 1999, n. 169, tramite cui l'ordinamento italiano ha recepito la direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

⁶ Si veda l'art. 65 della legge 22 aprile 1943, n. 633, protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio («l.d.a.» nel prosieguo di questo contributo).

⁷ Si veda l'art. 70 l.d.a.

⁸ Si veda in generale il titolo I, capo V della l.d.a.

oltremodo limitata e poco utile a cogliere i sostanziali cambiamenti delle pratiche sociali a cui la «società dell'informazione» è soggetta da almeno un decennio. La disponibilità di massa delle tecnologie digitali – in particolare di strumenti (*software* e *hardware*) che hanno massicciamente democratizzato l'atto della riproduzione e della diffusione di beni informazionali o ad alto contenuto informazionale⁹ – rappresenta un elemento di rottura profonda, a cui si è finora risposto con un irrigidimento normativo e culturale di scarsa efficacia sul piano pratico¹⁰, almeno a giudicare dalla persistenza di tali pratiche e dalle reiterate lamentele da parte dell'«industria culturale».

Al di là delle reazioni a volte scomposte di tale industria e dei suoi portavoce all'interno delle istituzioni¹¹, altri hanno cercato di

⁹ La terminologia è ripresa da P. AIGRAIN, *Cause Commune – L'Information entre Bien Commune et Propriété*, Paris, 2005, e in particolare dall'edizione italiana (*Causa Comune – L'informazione tra Bene Comune e Proprietà*, Viterbo, 2007); a sua volta, Aigrain usa la terminologia di M. CASTELLS, *The Information Age – The Rise of the Network Society*, Blackwell, 2000.

¹⁰ Chiunque sia andato al cinema o abbia guardato un DVD negli ultimi anni ha dovuto subire, volente o nolente, una martellante campagna propagandistica in base alla quale riprodurre un bene informazionale è sostanzialmente equivalente a scassinare un'automobile. Ciò, naturalmente, senza il minimo riferimento alle differenze di base tra i due tipi di beni – «public goods» verso «private goods», ovvero beni non escludibili e non rivali verso beni escludibili e rivali – che la teoria economica ha già da tempo individuato e fatto proprie, sia pur con rilevanti differenze in merito alle politiche da adottare per rispondere al «fallimento di mercato» (ma sarebbe più corretto parlare di fallimento di un certo modello di mercato) proprio dei «public goods». Sul tema, si veda ancora AIGRAIN, *Cause Commune – L'Information entre Bien Commune et Propriété*, cit.

¹¹ Il termine appare appropriato quando si considerino, per esempio, le dinamiche di dibattito che in Italia (non) hanno accompagnato l'emanazione del d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68, attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Si veda in merito A. GLORIOSO, A. SCALAS, *Country Report (Italy)*, in I. BROWN (ed.), *Implementing the European Union Copyright Directive*, FIPR, 2003, disponibile all'URL: <http://www.fipr.org/copyright/guide/eucd-guide.pdf>.

inquadrare il summenzionato sconvolgimento tecnologico e sociale all'interno di un approccio propositivo. Ciò è avvenuto prima di tutto all'interno del mondo del *software*¹²: il riferimento è naturalmente al Software Libero/Open Source¹³, e alla formalizzazione, su base privatistica¹⁴, delle pratiche di condivisione della conoscenza propria delle comunità di sviluppatori statunitensi dei tardi anni '70/primi anni '80¹⁵. Ma in tempi più recenti questo tentativo di costruire un «pubblico dominio attivo» su basi simili si è esteso anche ad altri settori, spesso riuniti impropriamente sotto l'etichetta di «contenuti»¹⁶: in questo senso l'esempio forse più famoso, ma non certo l'unico, è il progetto Creative Commons¹⁷ e le relative

¹² Da tempo è invalso l'uso di distinguere tra *software*, nel senso di programmi per elaboratore, e *content*, ovvero tutto ciò che non può essere definito come *software*. Tale distinzione è dal punto di vista formale artificiosa e da quello pratico poco utile, data l'estrema liquidità dei beni informazionali. Questo contributo mantiene comunque tale distinzione – residuo di categorie giuridiche che faticano a tenere il passo dei cambiamenti sociali e tecnologici in atto – per evitare di appesantire eccessivamente l'esposizione.

¹³ Si veda, all'interno dell'oramai sterminata letteratura sull'argomento, J. GRAY (ed.), *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston, 2002.

¹⁴ La dottrina è divisa nel qualificare le licenze proprie del Software Libero/Open Source, e in particolare la GNU General Public License, come un contratto (si veda ad esempio C. PIANA, *Licenze pubbliche di software e contratto*, in *Contratti*, 2006, 720). Per tale motivo si è preferito evitare l'uso del termine, preferendo un riferimento più neutro e omnicomprensivo.

¹⁵ Si veda S. LEVY, *Hackers: Heroes of the Computer Revolution*, Penguin Books, 2001.

¹⁶ Oltre alle considerazioni di cui sopra, riunire all'interno di un unico calderone il risultato di dinamiche sociali ed economiche molto differenti rende oltremodo difficile l'individuazione di appropriate politiche di gestione. Per alcune considerazioni in tal senso si vedano AIGRAIN, *Cause Commune – L'Information entre Bien Commune et Propriété*, cit., e M. W. CARROLL, *One for All: The Problem of Uniformity Cost in Intellectual Property Law*, Villanova University School of Law Public Policy Research paper No. 2005-17, 2005.

¹⁷ Si vedano i siti Web «<http://www.creativecommons.org/>» e «<http://www.creativecommons.it/>».

licenze¹⁸.

L'insieme degli artefatti informazionali posti sotto licenze di Software Libero/Open Source, licenze Creative Commons o strumenti equivalenti costituiscono un «pubblico dominio»? Da un punto di vista strettamente giuridico la risposta non può che essere negativa. Tuttavia, appare utile – quantomeno per cercare di capire dei fenomeni che da mero oggetto di curiosità accademica sono divenuti argomento di serissimi studi istituzionali¹⁹ – porci la domanda se questi fenomeni non siano una risposta reale e concreta ad un'esigenza di comprendere e, ancor più, vivere la (ri)produzione

¹⁸ Si veda quanto si afferma all'URL: <http://www.creativecommons.it/cosa-fa-cc>: «Le Creative Commons Public Licenses (CCPL) sono delle licenze di diritto d'autore che si basano sul principio de 'alcuni diritti riservati'. Le CCPL, infatti, rendono semplice, per il titolare dei diritti d'autore, segnalare in maniera chiara che la riproduzione, diffusione e circolazione della propria opera è esplicitamente permessa. Il funzionamento delle CCPL è reso possibile dal fatto che la legge italiana sul diritto d'autore [...] riconosce al creatore di un'opera dell'ingegno una serie di diritti; allo stesso tempo, la legge permette al titolare di tali diritti di disporne. Uno dei modi in cui ciò si può fare è con il meccanismo contrattuale della licenza, tramite cui il titolare dei diritti (il cosiddetto 'licenziante') concede o meno alcuni diritti alla controparte (il cosiddetto 'licenziatario') ovvero qualsiasi fruitore dell'opera. È importante sottolineare come le CCPL, e in generale tutte le licenze di diritto d'autore, non siano la fonte dei diritti in oggetto: è grazie alla legge che tali diritti sorgono. Le CCPL sono solo uno strumento tramite cui il titolare dei diritti concede determinati permessi ai licenziatari. Tali permessi sono flessibili e possono essere vincolati ad alcune condizioni: il titolare dei diritti d'autore può, per esempio, subordinare la riproduzione dell'opera – e in generale gli atti permessi dalla particolare licenza Creative Commons scelta – al vincolo che l'opera medesima non sia modificata (opzione 'No opere derivate') o che non vi sia una finalità prevalentemente commerciale (opzione 'Non commerciale'); oppure, in linea con i principi del 'copyleft' tipici del Software Libero, che qualora si modifichi un'opera e la si ridistribuisca, la cosiddetta 'opera derivata' debba essere ridistribuita sotto le medesime condizioni alle quali si è ricevuta l'opera originaria (opzione 'Condividi allo stesso modo')».

¹⁹ Con riferimento all'Unione Europea, si veda ad esempio R. A. GHOSH (ed.), *Study on the Economic impact of open source software on innovation and the competitiveness of the Information and Communication Technologies (ICT) sector in the EU*, Studio ENTR/04/112 per la Commissione Europea, DG Industria, 2006.

e la condivisione di conoscenza in termini più consoni ai cambiamenti tecnologici e sociali in atto. In altre parole, se dobbiamo continuare a considerare il «pubblico dominio» come una soffitta ammuffita in cui riporre ciò che il «mercato» non considera più degno di valore, o e invece esso non possa (o non debba, di fronte ai problemi globali che l'umanità si trova ad affrontare e che una prospettiva economica puramente individualistica non sempre appare adatta a risolvere) divenire uno dei modi in cui la socialità e la cooperazione umana possano pienamente esprimersi nei più diversi ambiti, dalla produzione letteraria alla ricerca scientifica²⁰, dalla realizzazione di *software* all'azione politica, in ragione e grazie alla progressiva importanza assunta dai beni informativi o ad alto contenuto

²⁰ Il tema del «pubblico dominio» nell'ambito della ricerca scientifica ha assunto particolare rilievo con l'emergere del cosiddetto «Open Access», termine che indica in senso generale tutte le forme di massimizzazione dell'accesso ai risultati della ricerca scientifica e più specificamente la pubblicazione su riviste scientifiche che permettano la riproduzione degli articoli e la pratica, da parte degli autori, di «auto-archiviare» *on-line* le bozze (le versioni «pre-print») seguendo i protocolli elaborati dall'Open Archives Initiative («<http://www.openarchives.org/>») in maniera tale da permettere, grazie all'uso delle tecnologie proprie del World Wide Web, la raccolta automatizzata e distribuita di riferimenti bibliografici.

Il termine «Open Access» ha cominciato ad essere usato a partire dal 2002, anno di pubblicazione della «Budapest Open Access Initiative» (BOAI – si veda «<http://www.soros.org/openaccess/read.shtml>»). Alla BOAI ha fatto seguito, nel 2003, la «Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities» (si veda «<http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>»). I messaggi della BOAI e della Dichiarazione di Berlino sono stati recepiti anche in Italia, con la Dichiarazione di Messina del Novembre 2004 («Gli atenei italiani per l'Open Access: verso l'accesso aperto alla letteratura di ricerca» – si veda «<http://www.aepic.it/conf/index.php?cf=1>»).

Per ulteriori informazioni in merito all'Open Access, si veda C. W. BAILEY, JR, *Open Access Bibliography – Liberating Scholarly Literature with E-Prints and Open Access Journals*, Association of Research Libraries, 2005, disponibile all'URL: «<http://www.escholarlypub.com/oab/oab.pdf>» e A. K. HO, C. W. BAILEY, JR, *Open Access Webliography*, 2005, disponibile all'URL: «<http://www.escholarlypub.com/cwb/oaw.htm>».

informativa²¹.

James Boyle, uno dei pionieri della riconcettualizzazione del pubblico dominio, sosteneva già nel 2003 la necessità di pensare al pubblico dominio in maniera dinamica, senza lasciarsi intorpidire da una visione meramente «sottrattiva» e senza necessariamente accettare le regole del gioco (semantico) da altri stabilite²². Questo suggerimento sembra essere stato accolto in contesti insospettabili: se all'interno dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale il Comitato Provvisorio sulle Proposte Relative ad un'Agenda per lo Sviluppo (PCDA) dà mandato all'Assemblea Generale dell'OMPI di adottare un insieme di raccomandazioni²³ – tutto sommato meno ardite di quanto avrebbero potuto essere senza la strenua opposizione di alcuni Stati membri – tra cui «considerare la preservazione del pubblico dominio all'interno dei processi

²¹ Oltre al già citato *Cause Commune* di Aigrain, l'opera che al momento affronta in maniera più compiuta il rapporto tra dinamiche sociali di collaborazione, tecnologie digitali e «pubblico dominio» in senso esteso è probabilmente Y. BENKLER, *The Wealth of Networks*, New Haven (CT), 2007 (in italiano, con una curiosa riduzione al singolare, *La Ricchezza della Rete*, Milano, 2007); per una comprensione migliore del pensiero di Benkler è opportuno leggere alcuni scritti antecedenti, tra cui particolare rilievo per le questioni qui affrontate assumono Y. BENKLER, *Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm*, 112 *Yale Law J.*, 369 (2002), e Y. BENKLER, *Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production*, 114 *Yale Law J.*, 273 (2004). La letteratura sull'argomento ha oramai raggiunto dimensioni intrattabili perché questo contributo possa fornire un resoconto soddisfacente: tuttavia, un riferimento a I. DE SOTA POOL, *Technologies of Freedom*, Cambridge, 1983 (in italiano, *Tecnologie di libertà: informazione e democrazia nell'era elettronica*, Torino, 1995) è d'obbligo per la stupefacente lungimiranza dell'opera.

²² Poche righe non possono in alcun modo rendere giustizia al pensiero dell'autore: la lettura di J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, 66 *Law and Contemporary Problems* 33 (2003), è un passaggio obbligato per chi si voglia avvicinare al pubblico dominio come ad un qualcosa da plasmare secondo le necessità umane, e non semplicemente come al cadavere dei fuoriusciti dal «mercato della cultura».

²³ Si veda <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/pcda07_session4.html>.

normativi dell'OMPI e approfondire l'analisi delle implicazioni e dei benefici di un pubblico dominio ricco e accessibile» (raccomandazione 16) e «promuovere, all'interno degli Stati Membri, delle attività normative relative alla Proprietà Intellettuale che sostengano un pubblico dominio forte, ivi inclusa la possibilità di preparare delle linee guida che possano assistere gli Stati Membri, qualora essi siano interessati, ad identificare ciò che è caduto nel pubblico dominio all'interno delle rispettive giurisdizioni» (raccomandazione 20), la Commissione Europea risponde con il Programma di Lavoro 2006 del programma «eContentPlus»²⁴, in cui il concetto di pubblico dominio viene riferito a «contenuti che non sono o non sono più protetti dal *copyright* [...] [e] materiale che è protetto dal *copyright*, ma a cui tutti possono accedere e che tutti possono usare, per esempio [...] [perché] rilasciati sotto licenze Creative Commons».

Forse una rondine non fa primavera, ma per chi ricorda l'atteggiamento da «tutti i diritti riservati (e qualcuno in più)» che sino a pochi anni fa queste due istituzioni nutrivano nei confronti delle politiche sui «diritti di proprietà intellettuale» e non rammenta invece – perché del tutto assente – la loro attenzione al pubblico dominio, questi sviluppi non possono passare inosservati.

3. *DRM e pubblico dominio*

Delineati alcuni tratti fondamentali del «nuovo» pubblico dominio, occorre capire quali siano le sue linee di intersezione con i sistemi di Digital Rights Management o DRM.

Nel corso del tempo sono state proposte varie definizioni di «DRM»; molte di esse derivano dalla cosiddetta «definizione

²⁴ Si veda «http://ec.europa.eu/information_society/activities/econtentplus/index_en.htm» («a multiannual Community programme to make digital content in Europe more accessible, usable and exploitable»).

NIST»²⁵, ovvero «un sistema di componenti e servizi propri delle tecnologie dell'informazione unitamente alle norme, politiche e modelli di *business* corrispondenti, il cui obiettivo è distribuire e controllare la proprietà intellettuale e i relativi diritti»²⁶. Dal punto di vista giuridico, gli elementi essenziali dei sistemi DRM e delle relative dinamiche sociali sono le misure tecniche di protezione²⁷ (MTP) e le informazioni sul regime dei diritti²⁸ (IRD), entrambe oggetto di una protezione ulteriore rispetto a quella concessa all'opera a cui esse vengono applicate²⁹ in forza del recepimento dei

²⁵ G. E. LYON, *The Internet Marketplace and Digital Rights Management*, NIST Software Diagnostic and Conformance Testing Division – 897, presentato alla *Conference on Infrastructure for e-Business, e-Education and e-Science on the Internet* (6-12 Agosto 2001, L'Aquila, Italia), 2001.

²⁶ La definizione in lingua inglese è «a system of information technology (IT) components and services along with corresponding law, policies and business models which strive to distribute and control intellectual property (IP) and its rights». La traduzione in italiano è dell'autore del testo.

²⁷ L'art. 102-*quater* della l.d.a., come novellata dal d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68, definisce le MTP come «tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti»; le MTP, per essere considerata degne di tutela, devono essere «efficaci», il che si verifica quando «l'uso dell'opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l'obiettivo di protezione».

²⁸ Così l'art. 102-*quinquies* l.d.a., come novellata dal d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68: «[I]e informazioni elettroniche sul regime dei diritti identificano l'opera o il materiale protetto, nonché l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti. Tali informazioni possono altresì contenere indicazioni circa i termini, le condizioni d'uso dell'opera o dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione».

²⁹ La l.d.a. (come novellata dal d. lgs. aprile 2003, n. 68) prevede sanzioni penali per chiunque «fabbrica, importa, distribuisce, vende, noleggia, cede a qualsiasi titolo, pubblicizza per la vendita o il noleggio, o detiene per scopi commerciali, attrezzature, prodotti o componenti ovvero presta servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche [...] ovvero siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di

«trattati Internet» dell'OMPI³⁰ e, nel caso dell'Italia e degli altri Stati membri dell'UE, della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

Mentre l'introduzione nel nostro ordinamento delle IRD e della relativa tutela non provoca, almeno in prima battuta, particolari problemi nel contesto dei beni informazionali costituenti il pubblico dominio in senso esteso – potendosi anzi prefigurare un utilizzo a fini di catalogazione, ricerca, individuazione e comprensione dei possibili usi di tali beni³¹ –, il discorso è alquanto diverso quando si estenda l'analisi alle MTP. Semplificando all'eccesso, il rischio concreto è che la tutela che l'ordinamento accorda a queste ultime renda possibile un'*enclosure* del pubblico dominio esteso per tre motivi: il primo, che sarebbe possibile a soggetti terzi di «estrarre» da esso del materiale a cui apporre delle MTP, rischio mitigato sia dal fatto che la tutela delle MTP si limita ai casi in cui esse impediscano o limitino atti non autorizzati «dal titolare dei diritti» e non da un qualsiasi soggetto, sia da meccanismi di autotutela previsti da alcuni degli strumenti privatistici per la costruzione del pubblico

rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure» (art. 171-ter, comma 1, lettera f-bis) e per chiunque «abusivamente rimuove o altera le informazioni elettroniche [...] ovvero distribuisce, importa a fini di distribuzione, diffonde per radio o per televisione, comunica o mette a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti dai quali siano state rimosse o alterate le informazioni elettroniche stesse» (art. 171-ter, comma 1, lettera h). L'estensione della protezione dall'opera a ciò che caratterizza o protegge l'opera è stata da alcuni definita «paracopyright» (si veda *supra* la n. 2»).

³⁰ Si veda *supra* la n. 3.

³¹ In questo senso appare rilevante la scelta, da parte del progetto Creative Commons, di progettare e fornire le istruzioni necessarie ad integrare, all'interno delle opere in forma digitale a cui è applicata una licenza CC, dei metadati (anch'essi in forma digitale) atti a descrivere in forma comprensibile per dei *software* una sintesi dei termini della particolare licenza CC scelta dal licenziante.

Si veda in merito «http://wiki.creativecommons.org/Embedded_Metadata».

dominio sopra menzionati³²; il secondo, che tale tutela – unitamente alla non cristallina chiarezza delle norme in materia – può causare una progressiva riduzione della portata pratica delle eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore³³; il terzo, che ammesso e non concesso che dal punto di vista teorico l'eventuale apposizione di MTP possa

³² Così è in particolare per le licenze Creative Commons, secondo cui il licenziatario «[n]on [può] distribuire, comunicare al pubblico, rappresentare, eseguire, recitare o esporre in pubblico l'Opera, neanche in forma digitale, usando misure tecnologiche miranti a controllare l'accesso all'Opera ovvero l'uso dell'Opera, in maniera incompatibile con i termini della presente Licenza», vincolo esteso anche alle Opere Derivate, nel caso delle licenze CC con opzione «Condividi allo stesso modo» (si veda *supra* la n. 18).

³³ In tal senso si vedano, per una panoramica generale sul tema, D. L. BURK, J. COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 *Harv. J. Law & Tec* 41 (2001); S. BECHTOLD, *The Present and Future of Digital Rights Management. Musings on Emerging Legal Problems*, in E. BECHER, W. BUHSE, D. GÜNNEVIG, N. RUMP (eds.), *Digital Rights Management. Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, Berlin, 2003, 597; J. S. ERICKSON, *Fair Use, DRM, and Trusted Computing*, 46 *Comm. ACM* 34 (Apr. 2003); P. SAMUELSON, *DRM {and, or, vs.} the Law*, 46 *Comm. ACM* 41 (Apr. 2003); T. K. ARMSTRONG, *Digital Rights Management and the Process of Fair Use*, in 20 *Harvard Journal of Law & Technology* 49 (2006); per una ricognizione della realtà europea, v. BROWN (ed.), *Implementing the European Union Copyright Directive*, cit.; S. DUSOLLIER, *Fair Use by Design in the European Copyright Directive of 2001*, 46 *Comm. ACM* 51 (Apr. 2003); U. GASSER, M. GIRSBERGER, *Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States*, Berkman Center for Internet and Society, Berkman Publications Series No. 2004-10, 2004; G. WESTKAMP (ed.), *The Implementation of Directive 2001/29/EC*, parte II di L. GUIBAULT, G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN, B. HUGENHOLTZ, M. VAN ECHOUDE-N. HELBERGER, L. STEIJGER, M. ROSSINI, N. DUFFT, P. BOHN (eds.), *Study on the Implementation and Effects in Member States' Law of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, Studio ETD/2005/IM/D1/91 per la Commissione Europea, DG Mercato Interno, 2007; specificamente incentrati sull'ordinamento giuridico italiano, P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 591; A. M. CASELLATI, *Protezione legale delle misure tecnologiche ed usi legittimi. L'art. 6.4 della direttiva europea e sua attuazione in Italia*, in *Dir. autore*, 2003, 360; M. DE SANCTIS, *Misure tecniche di protezione e libere utilizzazioni*, in *Dir. autore*, 2003, 1.

essere illegittima, le inefficienze delle procedure a cui il singolo utente può ricorrere per porre rimedio a tali *enclosure* rendono oltremodo difficile ipotizzare un reale equilibrio e bilanciamento degli interessi in gioco³⁴.

Al di là di queste sintetiche considerazioni, le questioni a cui questo contributo accenna brevemente possono – devono – essere affrontate anche da una prospettiva più generale. Nel momento in cui si assiste alla democratizzazione di strumenti di produzione intellettuale, la vera contrapposizione diventa quella tra due opposte visioni della cultura. Non si tratta solo di opporre ad una cultura «nobile» una supposta cultura «popolare» (ammesso e non concesso che la prima non sia sempre e comunque sintesi e derivazione della seconda). Il punto nodale è tra due opposti modi di intendere e modellare la produzione, la riproduzione e la gestione della conoscenza e della cultura: uno in cui domina il controllo capillare, la micro-gestione, l'ansia (e l'illusione) di poter veramente controllare il flusso cognitivo umano senza ricorrere a pratiche difficilmente accettabili in una società democratica; un altro, in cui si dà spazio alla creatività umana di adattarsi liberamente alle nuove possibilità tecnologiche, senza esigere controlli preventivi il cui costo sociale non può davvero essere misurato, sia perché all'assenza di una «richiesta di permesso» non corrisponde necessariamente una mancanza di reale interesse quanto un elevato (elevatissimo, specie se confrontato alla liquidità dei beni informativi) costo transattivo di tale richiesta, sia perché l'abbattimento di questo costo viene spesso ottenuto semplicemente ignorando le norme esistenti, con risultati deleteri per una «cultura della legalità» già duramente

³⁴ L'art. 71-*quinquies*, comma 2 e comma 4 della l.d.a. (come novellata dal d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68) sono emblematici di un approccio macchinoso, difficilmente in grado di raggiungere gli effetti di bilanciamento a cui il legislatore ambiva, o avrebbe dovuto ambire, specie alla luce della composizione del comitato preposto ai tentativi di conciliazione prevista dal medesimo comma 4.

provata in altri contesti³⁵.

4. Conclusioni (molto) provvisorie

L'obiettivo di questo contributo non è la costruzione di categorie spicciole, con i buoni dalla parte del pubblico dominio e i cattivi dalla parte del DRM nella sua accezione «dura», in cui le MTP divengono lo strumento principe per un *enforcement* privato. Ma occorre riconoscere che il DRM nasce come risposta ad una «tecnologia dirompente» e a pratiche sociali letteralmente terrorizzanti per un'industria abituata a modelli di *business* che forse necessitavano (e necessitano) di qualche aggiornamento. La generalità e adattabilità ai contesti più differenti della «definizione NIST» non può far dimenticare quel «controllo» che di tale definizione è una parte fondante; dire oggi che il DRM può anche consistere nella mera gestione delle IRD è un'operazione accettabile solo se si riconosce contestualmente che prendere il DRM «duro» come dato di partenza per ogni discussione e strategia non ha portato ai risultati sperati.

In ogni caso, saranno gli storici del futuro a tentare di capire se la «risposta DRM», nelle forme che ha sinora preso, sia stata eccessiva; come contemporanei non possiamo però non interrogarci sugli effetti che tale risposta ha provocato, qui ed oggi, cercando di tenere in considerazione anche quegli elementi che sono stati fino ad oggi ignorati dal «discorso dominante», come il pubblico dominio.

³⁵ L'argomento che l'esistenza di norme pressoché impossibili da rispettare, data la tecnologia e le pratiche sociali diffuse, possa minacciare una cultura della legalità – è ulteriormente sviluppato in L. LESSIG, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, 2004 e in W. FISHER III, *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment*, Stanford, 2004.

CONCLUSIONI

ROBERTO CASO

Il diritto d'autore consegnatoci dalla storia è al crepuscolo. I valori (almeno alcuni) che lo animano sovrastano ancora la linea dell'orizzonte.

Più che di diritto d'autore occorre parlare di «controllo delle informazioni digitali». La concettualizzazione di questa nuova categoria e del diritto che essa ricomprende è ai primordi. Alcune indicazioni di massima, però, si possono considerare acquisite.

Tale controllo assume forme differenti. Si delinea da una parte un controllo rigido e accentrato, dall'altra un controllo flessibile e decentrato. Le regole che disegnano in modo differente il controllo trovano le loro fonti negli standard tecnologici, nei contratti, nelle consuetudini e nei diritti statali.

Il progresso della conoscenza e la libertà di pensiero raccomandano di non preferire e legittimare un'unica forma di controllo. La libertà di poter scegliere la forma di controllo che si ritiene più opportuna costituisce il presupposto dell'accrescimento della conoscenza nell'era digitale.

Il controllo rigido ed accentrato serve (anche) a riprodurre nel contesto digitale la logica dell'esclusività che costituisce il nucleo centrale della proprietà intellettuale e del diritto d'autore. Se il controllo esclusivo continua a rappresentare – pur se in una forma diversa dal diritto d'autore tradizionale – un incentivo necessario alla produzione di conoscenza, allora a maggior ragione i limiti dell'esclusiva continuano a rappresentare un baluardo delle dinamiche creative basate sulla rielaborazione delle informazioni esistenti. Più nello specifico, tali limiti svolgono funzioni

consolidate, come la tutela della concorrenza, o funzioni nuove (connesse a quelle consolidate), come la difesa del pluralismo tecnologico (che è altresì pluralismo giuridico e culturale, in quanto attraverso le tecnologie si esprimono regole e valori).

Finora, sul piano del diritto legislativo statale, si è guardato, più che alla limitazione, al rafforzamento del controllo rigido ed accentrato e, peraltro, solo dalla prospettiva asfittica di una disciplina minimale delle misure tecnologiche di protezione e delle informazioni sul regime dei diritti collocata nelle leggi sul diritto d'autore. Occorrerebbe invece rovesciare ed allargare la prospettiva limitando il controllo esclusivo con una disciplina organica del DRM che guardi alle sue varie implicazioni (in termini di diritto della proprietà intellettuale, dei contratti, della concorrenza, della protezione dei dati personali, *etc.*). Tale disciplina, per essere minimamente efficace, dovrebbe necessariamente incidere sulla produzione della tecnologia e dei suoi standard. Si tratta di un'operazione complessa, non priva di rischi. Primo fra tutti: quello di orientare la produzione tecnologica nella direzione sbagliata.

D'altra parte, la storia insegna che la capacità del diritto statale di incidere sulla produzione di tecnologia è limitata.

Con tutta probabilità la sorte del DRM si giocherà più sul piano degli ordinamenti privati che su quello del diritto statale. In particolare nell'incontro-scontro tra gli standard tecnologici, forgiati dagli interessi economici che emergono dai nuovi modelli di produzione dell'informazione, e le consuetudini che negli stessi non possono essere ingabbiate. In quest'ottica, il dialogo tra saperi differenti (come il diritto, l'economia e l'informatica) costituisce il presupposto per orientare gli ordinamenti privati nella giusta direzione.

CONCLUSIONI

Per ora, a noi rimane solo da dire: fummo non fatti a viver soggiogati dalla forza bruta della tecnologia, ma per seguir diritto e canoscenza! Non è vero (forse), però (di sicuro) aiuta a vivere.

1. *Legal Scholarship in Africa* - MARCO GUADAGNI (1989)
2. *L'insegnamento della religione nel Trentino-Alto Adige* - ERMINIA CAMASSA AUREA (1990)
3. *Il nuovo processo penale. Seminari* - MARTA BARGIS (1990)
4. *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario* - MAURO BUSSANI (1992)
5. *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale* - GIANMARIA AJANI (1993)
6. *Il giudizio di "congruità" del rapporto di cambio nella fusione* - LUIGI ARTURO BIANCHI (1993)
7. *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza del mercato* - FRANCO PELLIZZER (1993)
8. *La legge controllata. Contributo allo studio del procedimento di controllo preventivo delle leggi regionali* - EMANUELE ROSSI (1993)
9. *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* - DAMIANO FLORENZANO (1994)
10. *Dall'organizzazione allo sviluppo* - SILVIO GOGLIO (1994)
11. *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata* - CARLO CASONATO (1995)
12. *Lezioni di diritto del lavoro tedesco* - ULRICH ZACHERT (1995)
13. *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* - MICHELE GRAZIADEI (1995)
14. *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici* - LUISA ANTONIOLLI DEFLORIAN (1996)
15. *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata* - BARBARA MARCHETTI (1996)

16. *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (1997)
17. *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale* - EMANUELE CUSA (1997)
18. *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto* - FRANCESCO PALERMO (1997)
19. *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese* - CARLO CASONATO (1998)
20. *Scritti inediti di procedura penale* - NOVELLA GALANTINI e FRANCESCA RUGGIERI (1998)
21. *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato* - ALBERTO M. MUSY (1999)
22. *L'Anti-Rousseau di Filippo Maria Renazzi (1745-1808)* - BEATRICE MASCHIETTO (1999)
23. *Rethinking Water Law. The Italian Case for a Water Code* - NICOLA LUGARESI (2000)
24. *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project* - MAURO BUSSANI e UGO MATTEI (2000)
25. *Considerazioni in tema di tutela cautelare in materia tributaria* - ALESSANDRA MAGLIARO (2000)
26. *Rudolf B. Schlesinger – Memories* - UGO MATTEI e ANDREA PRADI (2000)
27. *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte* - GIANDOMENICO FALCON e CRISTINA FRAENKEL (cur.) (2000)
28. *La responsabilità civile. Percorsi giurisprudenziali* (Opera ipertestuale. Libro + Cd-Rom) - GIOVANNI PASCUZZI (2001)
29. *La tutela dell'interesse al provvedimento* - GIANDOMENICO FALCON (2001)

30. *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza* - ANNA SIMONATI (2002)

31. *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2002)

32. *Storia, istituzione e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800). 2° Colloquio europeo Martini, Trento 18-19 ottobre 2000, Università degli Studi di Trento* - (a cura di) HEINZ BARTA, GÜNTHER PALLAVER, GIOVANNI ROSSI, GIAMPAOLO ZUCCHINI (2002)

33. *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi. Contiene l'inedito "Poteri prorogati delle camere e stato di guerra"* - (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e ROBERTO D'ORAZIO (2002)

34. *Il principio dell'apparenza giuridica* - ELEONORA RAJNERI (2002)

35. *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata* - GABRIELLA DI PAOLO (2002)

36. *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi. Atti della Giornata di studio - Trento, 22 giugno 2000* - (a cura di) MAURIZIO MANZIN (2002)

37. *Ricordi Politici. Le «Proposizioni civili» di Cesare Speciano e il pensiero politico del XVI secolo* - PAOLO CARTA (2003)

38. *Giustizia civile e diritto di cronaca. Atti del seminario di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 7 marzo 2003* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2003)

39. *La glossa ordinaria al Decreto di Graziano e la glossa di Accursio al Codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici* - RUGGERO MACERATINI (2003)

40. *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi. Un bilancio della normativa trentina alla luce del nuovo testo unico sull'edilizia. Atti del Convegno tenuto nella Facoltà di*

Giurisprudenza di Trento l'8 maggio 2003 - (a cura di) DARIA DE PRETIS e ALESSANDRO MELCHIONDA (2003)

41. *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada* - CARLO CASONATO (ED.) (2004)

42. *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno "Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola"*. Giornata di Studio in onore di Umberto Pototschnig (Trento, 14 maggio 2003). *In appendice: U. Pototschnig, SCRITTI VARI (1967-1991)* - (a cura di) DONATA BORGONOVO RE e FULVIO CORTESE (2004)

43. *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania - Austria - Italia* - CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE (2004)

44. *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI e FRANCESCO PALERMO (2004)

45. *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese* - ANNA SIMONATI (2004)

46. *Profitto illecito e risarcimento del danno* - PAOLO PARDOLESI (2005)

47. *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA e CARLO CASONATO (2005)

48. *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli* - MARINO MARINELLI (2005)

49. *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18 marzo 2005* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA e GIOVANNI PASCUZZI (2005)

50. *L'Italia al Palazzo di Vetro. Aspetti dell'azione diplomatica e della presenza italiana all'ONU* - (a cura di) STEFANO BALDI e GIUSEPPE NESI (2005)

51. *Appalti pubblici e servizi di interesse generale. Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Novembre - Dicembre 2004* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e DARIA DE PRETIS (2005)

52. *Il termalismo terapeutico nell'Unione europea tra servizi sanitari nazionali e politiche del turismo* - ALCESTE SANTUARI (2006)

53. *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2006)

54. *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)

55. *Dialoghi sul danno alla persona. Saggi raccolti nell'ambito della seconda edizione dei "Dialoghi di diritto civile" tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento (a.a. 2004-2005)* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2006)

56. *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. 26 novembre 2004* - (a cura di) CARLO CASONATO e MARCO BERTI (2006)

57. *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato* - CARLO CASONATO (2006)

58. *La famiglia senza frontiere. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2006)

59. *Sicurezza informatica: regole e prassi. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 6 maggio 2005* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)

60. *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: le forme di tutela del turista-consumatore. Atti del Convegno. Trento-Rovereto, 4-5 novembre 2005* - (a cura di) SILVIO BUSTI e ALCESTE SANTUARI (2006)

61. *La Società Cooperativa Europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana?* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Economia di Trento il 24 giugno 2005 - (a cura di) ANTONIO FICI e DANILO GALLETTI (2006)
62. *Le impugnazioni delle delibere del c.d.a. Premesse storico-comparatistiche* - SILVANA DALLA BONTÀ (2006)
63. *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche.* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 10-11 marzo 2006 - (a cura di) ELENA IORIATTI FERRARI (2007)
64. *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2007)
65. *Il contratto di trasporto di persone marittimo e per acque interne* - ALCESTE SANTUARI (2007)
66. *Il Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali.* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007 - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007)
67. *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* - GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007)
68. *Modelli sanzionatori per il contrasto alla criminalità organizzata. Un'analisi di diritto comparato* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI (2007)
69. *Il fattore "R". La centralità della riscossione nelle manovre di finanza pubblica. Atti del Convegno. Trento, 17 novembre 2006* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2007)
70. *Digital Rights Management. Problemi teorici e prospettive applicative.* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007 - (a cura di) ROBERTO CASO (2008)

CUPON D'ORDINE COLLANA "QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE
GIURIDICHE DELL'UNIVERSITÀ DI TRENTO"

Compilare ed inviare al Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, via posta (Via Verdi 53 – 38100 Trento – Italia) o via fax (+ 39 0461 881874).

Dati per la spedizione:

Cognome e nome
o Ragione sociale

Indirizzo

Città e C.A.P.

Telefono

E-mail

Barrare la casella qui a fianco se si desidera ricevere la fattura.

Codice fiscale / Partita IVA
(obbligatorio)

N. copie	Titolo	Autore

Accetto la forma di pagamento a mezzo contrassegno postale con l'addebito delle spese di spedizione correnti per ordini di importo inferiore a euro 25,00.

*Informativa resa ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003
- Codice in materia di protezione dei dati personali -*

Il trattamento dei dati personali viene svolto nell'ambito del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, nel rispetto di quanto stabilito dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e dalle norme regolamentari della medesima Università. Il "titolare" del loro trattamento è l'Università di Trento. I dati personali sono trattati esclusivamente per fini istituzionali, con strumenti automatizzati per il tempo strettamente necessario a conseguire gli scopi per cui sono stati raccolti. Specifiche misure di sicurezza sono osservate per prevenire la perdita dei dati, usi illeciti o non corretti ed accessi non autorizzati. I soggetti cui si riferiscono i dati personali hanno il diritto in qualunque momento di ottenere la conferma dell'esistenza o meno dei medesimi dati e di conoscerne il contenuto e l'origine, verificarne l'esattezza o chiederne l'integrazione o l'aggiornamento, oppure la rettificazione (art. 7 del d.lgs. n. 196/2003). Ai sensi del medesimo articolo si ha il diritto di chiedere la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, nonché di opporsi in ogni caso, per motivi legittimi, al loro trattamento. Le richieste vanno rivolte al Dipartimento di Scienze Giuridiche. Nessun dato personale viene comunicato o diffuso. Il presente modulo integra una richiesta di invio di materiale informativo. I dati personali forniti mediante il medesimo modulo sono utilizzati al solo fine di eseguire il servizio o la prestazione richiesta e sono comunicati a terzi nel solo caso in cui ciò sia a tal fine necessario.

Data:

Firma leggibile:

