

Roberto Caso, *Il (declino del) diritto d'autore nell'era digitale: dalle misure tecnologiche di protezione al Digital Rights Management* (Nota a Cass., sez. III, 7 aprile 2004), in *Foro it.*, 2004, II, 610

Il (declino del) diritto d'autore nell'era digitale: dalle misure tecnologiche di protezione al «Digital Rights Management». (*)

I. - La sentenza in epigrafe costituisce una delle prime applicazioni giurisprudenziali della disciplina delle misure tecnologiche di protezione contenuta nel nuovo art. 102 quater I. dir. autore. Le protezioni tecnologiche costituiscono un tema centrale del diritto dell'era digitale che merita un'attenta riflessione.

La fruizione dell'informazione (e della conoscenza) passa sempre più attraverso le tecnologie digitali. Ciò che ieri poteva essere rappresentato e comunicato solo attraverso la carta, il vinile o le onde radio, oggi può essere tradotto in codice binario e diffuso attraverso le reti digitali. Alla traduzione in codice binario vengono associati software ed hardware con funzioni in grado di governare ogni passaggio della produzione e della distribuzione dell'informazione. Alcune di queste funzioni perseguono uno scopo non nuovo: la protezione del copyright. Le protezioni tecnologiche di ultima generazione però non si limitano ad impedire all'utente la copia, ma piuttosto mirano a conformare l'uso dell'informazione. In altre parole, le tecnologie digitali consentono di predeterminare come, dove e quando l'informazione potrà essere fruita. Ad esempio, è possibile predeterminare se un file di testo potrà essere solo letto o anche modificato e stampato.

Le maggiori imprese titolari di diritti di proprietà intellettuale, in collaborazione con alcune imprese produttrici di hardware e software, stanno investendo massicciamente nella produzione e nella diffusione delle protezioni tecnologiche.

Lo scenario abbozzato è in rapida trasformazione. Più che di misure tecnologiche di protezione si sente parlare di Digital Rights Management (DRM).

Nei linguaggi informatico ed economico la formula DRM assume vari significati. Nell'accezione più ampia, DRM denota sistemi in grado di definire, tutelare e gestire, le regole — in gergo: «diritti» — di accesso e di utilizzo su contenuti digitali. Con maggiore precisione si può dire che un sistema di DRM si basa su:

- a) un business model di riferimento;
- b) una serie di «diritti», cioè di regole per l'utilizzo del contenuto digitale, espressi in un linguaggio «comprensibile al computer» denominato Rights Expression Language;
- c) misure di protezione incentrate su alcune tecnologie di base: crittografia, watermarking e fingerprinting. Tali tecnologie oltre a tutelare le regole poste alla base del DRM, perseguono anche scopi strumentali alla tutela come l'identificazione ed il rintracciamento del contenuto, del sistema informatico e dell'utente;
- d) tecnologie deputate a governare funzioni accessorie come la gestione dei pagamenti per ottenere forme di utilizzo dei contenuti digitali.

La differenza tra semplici misure tecnologiche di protezione e sistemi di DRM sta dunque nel fatto che questi ultimi non si limitano a blindare il contenuto digitale, ma piuttosto rappresentano l'infrastruttura tecnologica di un mercato di contenuti blindati. Chi promuove tali sistemi intende collocarli al centro del futuro ambiente digitale dove si punta a far convergere hardware e software per la fruizione di Internet, televisione digitale, telefonia cellulare. In proposito l'ultima promessa (o minaccia) è rappresentata dal Trusted Computing: lo sviluppo da parte di un gruppo di imprese leader del settore dell'hardware e del software di un'architettura informatica «sicura».

Sebbene i sistemi di DRM attualmente siano estremamente diversificati e non convergano su standard universali, essi sono già presenti sui nostri computer, palmari, telefoni e televisioni digitali.

Al momento i sistemi di DRM sono prevalentemente utilizzati per commercializzare contenuti digitali prodotti dall'industria dell'intrattenimento e dell'editoria. In questa prospettiva il DRM è, innanzitutto, uno strumento per il governo di operazioni economiche che avvengono sul mercato delle informazioni digitali: ad esempio, l'acquisto di un file musicale o di un e-book attraverso Internet.

Nell'operazione economica presidiata da un sistema di DRM si fronteggiano soggetti con diverso potere contrattuale. Vi è, da una parte, chi ha il controllo della tecnologia, dall'altra, chi è un mero fruitore della stessa. Questa operazione è differente dal tradizionale contratto finalizzato al consumo di prodotti culturali: ad esempio l'acquisto di un libro o l'acquisto di un biglietto per assistere ad uno spettacolo.

Nel contratto governato dal DRM la fruizione di un contenuto digitale è sempre associata a condizioni generali di contratto (c.d. End User License Agreement: EULA). Tali condizioni generali di contratto differiscono da quelle tradizionali, poiché il loro contenuto può essere immediatamente tradotto nelle regole del DRM: ad esempio, la clausola che vieta di effettuare copie private trova immediato riscontro nella protezione tecnologica che inibisce la copia. Le regole del DRM altro non sono che il funzionamento di un sistema informatico complesso: esse sono ancor più intrasparenti delle consuete condizioni generali di contratto. Il contratto, il suo oggetto e la sua tutela finiscono per identificarsi nella macchina.

Nel contratto governato dal DRM la fruizione del contenuto digitale avviene sotto la sorveglianza di chi ha il controllo della tecnologia. La privacy legata al consumo dell'informazione è pesantemente minacciata.

Il DRM è dunque fonte di un potere contrattuale con implicazioni giuridiche, le quali vanno oltre l'apparente semplicità dell'operazione economica: prezzo contro fruizione dell'informazione. Contraccolpi di questo potere si risentono almeno sul piano del diritto d'autore, della privacy, dell'autotutela privata, della formazione del contratto.

II. - Pur essendo oggetto dell'attenzione di organi governativi e legislativi il DRM, inteso come architettura informatica complessa, non è ancora regolamentato. Le misure tecnologiche di protezione invece conoscono già alcune forme di regolamentazione. In particolare, la disciplina delle misure tecnologiche di protezione si pone al culmine della risposta normativa dei sistemi giuridici occidentali alla c.d. sfida digitale al diritto d'autore. Tale risposta normativa inizia a delinarsi negli anni ottanta del secolo scorso, è dominata dall'attivismo legislativo statunitense e si snoda attraverso nuovi accordi (e nuove dinamiche di contrattazione) internazionali, nonché attraverso l'opera di armonizzazione comunitaria. La sua tendenza è chiara: inserimento di nuove opere nel novero di quelle protette (in particolare, il software), rafforzamento dei diritti di esclusiva, restringimento delle prerogative riservate agli utenti (ad esempio, il fair use), attribuzione ai titolari dei diritti di esclusiva di una percentuale sul prezzo di vendita degli strumenti e dei supporti per la riproduzione domestica e, appunto, regolamentazione delle misure tecnologiche di protezione. Alla base di questo progetto espansivo del copyright (e della disorganicità delle nuove norme) ci sono interessi lobbistici e nazionali. Il legislatore occidentale appare più che mai preda dei gruppi che spingono per la creazione di un ambiente digitale caratterizzato dal controllo privato dell'informazione.

La prima rilevante forma di tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione si deve ai World Intellectual Property Organization Treaties del 1996. I legislatori statunitense ed europeo sono andati anche oltre il mandato internazionale emanando il Digital Millennium Copyright Act del 1998 e la direttiva 2001/29/Ce. Semplificando drasticamente. Il nucleo comune delle norme sta nel doppio divieto:

- a) di elusione delle protezioni;

b) di produzione o diffusione di tecnologie «finalizzate» all'elusione delle protezioni.

Non è difficile immaginare come uno degli snodi più controversi e problematici rimanga la (pretesa) distinzione tra tecnologia «buona» e «cattiva».

La regolamentazione delle misure tecnologiche di protezione ha già prodotto negli Stati Uniti esiti giudiziari paradossali. Molti dei soggetti colpiti dai primi giudizi non sono i c.d. pirati digitali, ma persone che operano nel mondo della scienza, della tecnologia e dell'editoria. Il sospetto è che si sia mostrato un bersaglio (i c.d. pirati), volendo colpirne (almeno anche) un altro: coloro che sono in grado di sviluppare e diffondere nuove e competitive tecnologie.

A margine delle attuali regolamentazioni sulle misure tecnologiche di protezione si può rilevare che:

a) esse consacrano di fatto una libertà (o meglio, un potere) contrattuale che si traduce in controllo assoluto dell'informazione, distorcendo il bilanciamento degli interessi che dovrebbe essere alla base dei diritti sulle opere dell'ingegno; in un ambiente già sovraffollato di diritti di proprietà intellettuale, l'attuale regolamentazione delle misure tecnologiche di protezione rischia di infliggere un colpo definitivo al pubblico dominio ed alla libera manifestazione del pensiero;

b) nel mondo le corti già lavorano alla connessione tra norme sulle protezioni tecnologiche e tessuto giuridico dei vari sistemi giuridici di riferimento; la capacità di comprendere le importanti implicazioni che stanno a ridosso di questo lavoro interpretativo dipende da caratteristiche sistemologiche come la presenza e l'impostazione di una clausola costituzionale sulla proprietà intellettuale o il rilievo del diritto d'autore nella riflessione dottrina; a tal proposito vi è da rilevare che una parte autorevole ed estesa della dottrina nordamericana ha mosso pesanti critiche alle norme in questione, e che alle medesime critiche fa eco l'attivismo delle associazioni che difendono le libertà fondamentali e i diritti civili nell'era digitale;

c) fuori dalle aule giudiziarie le protezioni tecnologiche sono sottoposte alla sfida di sempre; la loro vulnerabilità trova quotidiana conferma, ma le lobbies che ne promuovono la diffusione non indietreggiano, e puntano ad egemonizzare — anche con pressioni su Stati ed organizzazioni internazionali — gli standard tecnologici.

III. - Le protezioni tecnologiche diventano sempre più sofisticate, pervasive e ricche di implicazioni giuridiche. Mentre la loro regolamentazione appare arretrata, semplicistica e sbilanciata. Le leggi attuali trascurano la complessa relazione che si instaura tra contratto e protezioni tecnologiche.

In proposito, non convince la teoria giureconomica che, in connessione con l'uso crescente di tecnologie come il DRM, raccomanda una politica normativa volta alla riduzione o alla cancellazione dei limiti del diritto d'autore. In base a tale teoria, il controllo privato dell'informazione, basato su protezioni tecnologiche e libertà contrattuale, dovrebbe condurre ad un accrescimento del benessere della società. Le protezioni tecnologiche darebbero finalmente fondamento alla (vagheggiata) idea della proprietà sull'informazione. Proprietà e contratto sarebbero in grado di far funzionare il mercato dei contenuti digitali come quello delle mele o delle lavatrici.

Altri ragionamenti giureeconomici, la considerazione di valori diversi dall'efficienza e l'osservazione della realtà inducono a smentire queste predizioni.

A dispetto della fuorviante assonanza tra le due categorie, la proprietà intellettuale è cosa totalmente diversa dalla proprietà delle cose materiali. La proprietà intellettuale si regge su un compromesso — raggiunto in epoca recente all'interno della tradizione giuridica occidentale — strumentale al raggiungimento di uno scopo: la collettività riconosce un incentivo, cioè un'esclusiva limitata in ampiezza e durata, al privato che è in grado di produrre nuova informazione e conoscenza. Le misure tecnologiche di protezione dell'informazione rompono il compromesso. Il controllo tecnologico, in quanto preventivo, invasivo e potenzialmente illimitato, è assai più forte e penetrante di quello garantito dalla proprietà intellettuale. Esso, inoltre, si riflette sui caratteri del

contratto, spianando la strada ad un inedito potere di autotutela di regole unilaterali ed intrasparenti.

Chi promuove la diffusione del DRM, d'altra parte, non si limita a reclamare libertà contrattuale e legittimazione dell'utilizzo (nonché tutela contro l'elusione) delle misure tecnologiche di protezione. Oltre al contratto il diritto dell'era digitale conosce un'altra fondamentale fonte di produzione delle regole: gli standard tecnologici. Come accennato è all'egemonia su questi ultimi che puntano i promotori delle misure tecnologiche di protezione.

È dunque necessario rimarcare l'importanza della conservazione dei limiti al controllo privato dell'informazione anche, ed a maggior ragione, nell'ambiente digitale. La conservazione di limiti come quelli forgiati, talvolta accidentalmente, dalla storia per il diritto d'autore — ad esempio, la distinzione tra forma espressiva ed idea o il principio nordamericano del fair use — mantiene in vita quella dinamica virtuosa che aiuta lo sviluppo e la diffusione della conoscenza. Nuove forme di produzione dell'informazione — si pensi al software libero e aperto o alle architetture Peer to Peer per la condivisione di files — cercano spazio nel mondo digitale. Nuovi modelli istituzionali — si pensi alla General Public License o al progetto Creative Commons — si fanno avanti. I limiti al controllo privato dell'informazione sembrano uno strumento giuridico indispensabile a garantire a nuovi mercati ed assetti istituzionali la possibilità di emergere.

Più in generale, è necessario riconsiderare nella prospettiva dell'imperatività i limiti al controllo privato dell'informazione, limiti come quelli interni ed esterni al diritto d'autore ed alle altre forme di proprietà intellettuale. Riconsiderare l'imperatività di tali limiti significa anche esplorare la possibilità di incorporarli a monte negli standard tecnologici alla base dei sistemi di DRM.

Tuttavia, a margine di questa che è la frontiera ultima e problematica del dibattito sul DRM va quantomeno rilevato che lo stato attuale delle tecnologie non consente di precipitare in un codice binario l'elasticità e la forza latente di un principio giuridico, le quali tanta parte hanno nell'evoluzione del nostro diritto.

ROBERTO CASO

(*) Le considerazioni che seguono nel testo costituiscono la sintesi di ragionamenti effettuati nell'ambito di una monografia e di un saggio: cfr. R. CASO, «Digital Rights Management». Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore, Padova, 2004, nonché «Digital Rights Management»: il potere tecnologico ai confini tra contratto e norma, in G. PASCUIZZI, Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico, Padova, 2004, 43 ss. A questi scritti si rinvia per i riferimenti legislativi, giurisprudenziali e dottrinali.