

ancora assolutamente vago senza il supporto dei connessi concetti di razionalità limitata, asimmetria informativa, incompletezza contrattuale, opportunismo⁴⁰. Alcuni dei progressi registrati sul piano dell'analisi economica della disparità di potere contrattuale sono già patrimonio della dottrina giuridica che si occupa del diritto dei contratti⁴¹. In particolare, i giuristi hanno molto da dire sulla spiegazione di fenomeni quali le clausole vessatorie contenute in condizioni generali di contratto e l'abuso di dipendenza economica⁴². D'altra parte, gli stessi giuristi appaiono fortemente divisi sulle ricette da fornire al legislatore che affronta fenomeni come quelli appena evocati. Non è qui possibile ripercorrere – nemmeno a grandi linee – l'evoluzione della teoria giuridica della disparità di potere contrattuale, l'obiettivo delle pagine che seguono è piuttosto quello di mettere in evidenza come lo studio del DRM possa rappresentare un nuovo tassello di questa teoria.

Secondo una visione largamente condivisa nei sistemi giuridici occidentali la disparità di potere contrattuale è condizione fisiologica dei contraenti. In base a tale visione, ci si può spingere fino a dire che la disparità di potere contrattuale è l'anima del contratto. Tuttavia, una parte del pensiero economico e giuridico è convinta che ci sia una soglia oltre la quale la disparità di potere contrattuale può diventare patologica. Nel pensiero economico ricorre l'espressione "fallimento del mercato". L'asimmetria informativa tra imprese e consumatori e soprattutto la razionalità limitata di questi ultimi allontanano le condizioni generali di contratto dal modello ideale del contratto efficiente. Le imprese inseriscono nelle condizioni generali di contratto clausole che, non essendo frutto di negoziazione (e, quindi, non traducendosi in uno scambio di ricchezza), ribaltano rischi sul consumatore⁴³. L'incompletezza contrattuale (anch'essa derivante da razionalità limitata), l'hold up da investimenti specifici⁴⁴,

nel diritto inglese una dottrina di inequality of bargaining power. Per i primi riferimenti v. H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Portland (Oregon), 2002, 478 ss..

⁴⁰ Per un'applicazione di questi concetti in campo economico v. O.E. WILLIAMSON, *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998.

⁴¹ Sull'evoluzione dell'analisi economica del diritto v. A. ARCURI, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Encicl. dir.*, aggiornamento VI, Milano, 2002, 7. Sull'applicazione della teoria dell'incompletezza al diritto dei contratti v. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

⁴² V., e.g., R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 205 ss..

⁴³ Sul tema v., nella letteratura italiana, R. PARDOLESI, A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto privato* 1996 n. 2 - Condizioni generali e clausole vessatorie, Padova, 1997, 376.

⁴⁴ Il problema dell'hold up è già delineato in V. P. GOLDBERG, *Regulation and*

e l'opportunismo allontanano i contratti tra imprese dallo stesso modello. L'impresa con maggiore potere contrattuale può appropriarsi, senza negoziazione, di una parte della ricchezza generata dall'affare.

I fattori all'origine della patologica disparità di potere contrattuale sono molteplici, spesso concorrenti e interconnessi. Ai più rilevanti si è già fatto cenno: asimmetria informativa, razionalità limitata, incompletezza contrattuale, hold up da investimenti specifici e opportunismo.

Quando il contratto si esplica in contesti digitali, ai fattori appena elencati sembra si possa aggiungere il potere tecnologico.

I sistemi di DRM – soprattutto quando fanno leva su Internet – sono l'espressione più vistosa di tale potere tecnologico⁴⁵.

In primo luogo, mediante i sistemi di DRM i titolari di contenuti digitali traducono in realtà le declamazioni contenute nelle end user licenses. In altre parole, le regole di accesso e di utilizzo del contenuto digitale, così come il sanzionamento delle stesse sono governati direttamente dal DRM, di modo che le clausole delle licenze descrivono (più o meno fedelmente) una realtà in atto (i sistemi di DRM influiscono "sulla capacità di copia, visualizzazione e/o uso" del contenuto e "si avvalgono della facoltà di revocare la possibilità di uso del contenuto applicabile"⁴⁶), piuttosto che gli scenari potenziali delle classiche condizioni generali di contratto. Questa osservazione è già sufficiente a dimostrare che il potere tecnologico derivante dal DRM si pone ai confini tra

Administered Contracts, *The Bell Journal of Economics* 426, 439, ma la prima trattazione organica è in B. KLEIN, R. CRAWFORD, A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *J. Law & Econ.* 297 (1978), trad. it. *Integrazione verticale, rendite appropriabili ed il processo di contrattazione competitiva* in L. FILIPPINI e A. SALANTI (a cura di), *Razionalità, impresa e informazione. Letture di microeconomia*, Torino, 1993, 115. Sul tema v. altresì O. E. WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *J. Law & Econ.* 233 (1979), trad. it. *Teoria dei costi di transazione: il controllo delle relazioni contrattuali*, in O. E. WILLIAMSON, *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991, 135; B. KLEIN, *Hold up problem*, in NEWMAN (a cura di), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, II, New York, 1998, 241; P. L. JOSKOW, *Asset Specificity and Vertical Integration*, *ibid.*, I, 107; O. D. HART, *An Economist's Perspective on the Theory of the Firm*, 89 *Columbia Law Review* 1757 (1989), trad. it. *Il punto di vista degli economisti sulla teoria dell'impresa* in L. FILIPPINI e A. SALANTI (a cura di), *Razionalità, impresa e informazione. Letture di microeconomia*, cit., 153.

Per un'applicazione della teoria dell'hold up al diritto dei contratti v. R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale. Modelli economici e regole giuridiche*, Trento, 2000.

⁴⁵ Un altro esempio di potere tecnologico che genera potere di mercato (e contrattuale) è rinvenibile nei mercati virtuali di subfornitura: c.d. B2B (Business to Business). In argomento v. P. SABBATINI, *Il B2B e il paradigma dei costi di transazione*, in *Moneta e credito*, 2001, 139; R. B. BELL, W. F. ADKINSON JR., *Antitrust Issues Raised by B2B Exchanges*, in *Antitrust*, 2000 (Fall), 18 ss.; J. MIEZITIS, B. BATCHELOR, *Issues for B2B Exchanges Under EU Competition Law*, *ibid.*, 39.

⁴⁶ Le parole virgolettate nel testo sono tratte dal contratto di licenza dei prodotti Realnetworks sopra citato.

contratto e norma.

Il tema dell'indistinzione dei confini tra contratto e norma non è certo nuovo. Da tempo i giuristi parlano del potere normativo dell'impresa e del contratto come fonte di diritto⁴⁷. Esso, tuttavia, nel diritto dell'era digitale – caratterizzato da dematerializzazione, deterritorializzazione, destatalizzazione, tecnologizzazione⁴⁸ – assume differenti lineamenti⁴⁹.

Ma vi è di più. Il potere tecnologico connesso al DRM nasce a monte del processo che termina con la redazione di condizioni generali di contratto. Quando gli studiosi di business model e gli informatici parlano di "modelli, software, e linguaggi" che devono "incorporare diritti, regole o gradi di libertà", offrono un'ulteriore dimostrazione di come il potere tecnologico in discussione si collochi in una zona di frontiera tra contratto e norma: il codice binario è (di fatto) una norma che condiziona il comportamento umano⁵⁰! Tuttavia, essi sovente dimenticano (o fingono di dimenticare) che il mercato delle informazioni è già governato da principi e regole (molti dei quali sono di fonte statale). Così la costruzione di un sistema di DRM implica problemi giuridici che toccano almeno il diritto dei contratti, della proprietà intellettuale, del trattamento dei dati personali e dell'antitrust. Dalla prospettiva di chi rimane affezionato ad una tradizione giuridica plurimillennaria, l'espressione DRM – in quanto riferita a molti dei sistemi attualmente in uso – può risultare fuorviante, se non offensiva. C'è chi ha messo in evidenza che queste tecnologie non riguardano tanto la gestione dei "diritti" (propriamente intesi), quanto l'"autorizzazione" ad utilizzare in un certo modo contenuti digitali puntando a restringere i veri e propri diritti dell'utente; perciò, DRM sarebbe più correttamente da intendere come l'acronimo della locuzione Digital Restrictions Management⁵¹. Ad esempio, gli attuali RELs (Rights Expressions Languages) non incorporano un principio equivalente al fair use nordamericano⁵².

⁴⁷ Nella letteratura italiana, v., da ultimo V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, 2001, 529; si legge anche in *Contratto e impr.*, 2001, 1083, e in ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 3 ss.

⁴⁸ Per la messa a fuoco delle caratteristiche del diritto dell'era digitale v. G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002, spec. 173 ss.

⁴⁹ Cfr. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 193 ss..

⁵⁰ Il più compiuto sviluppo dell'idea che nell'era digitale il codice binario è fonte di regole si deve a L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; dello stesso autore v. anche *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, 2001.

⁵¹ V. SAMUELSON, *DRM {and, or, vs.} the Law*, cit., 42.

⁵² Sul tema v. D. L. BURK, J. E. COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems* 15 *Harv. J. Law & Tec* 41 (2001).

Il potere tecnologico derivante dal DRM si risolve, perciò, in potere contrattuale e normativo. I titolari dei contenuti non necessariamente si identificano con coloro i quali creano le tecnologie alla base dei sistemi di DRM. In ogni caso, l'attuale tendenza dei sistemi di DRM è quella di restringere i diritti che principi e regole derivanti dalla tradizione giuridica riconoscono ai fruitori di opere dell'ingegno e di informazioni.

Chi predispone e si serve dei sistemi di DRM utilizza il proprio potere contrattuale-normativo non solo per le classiche finalità (ribaltamento dei rischi su controparte, o appropriazione, senza negoziazione, della ricchezza generata dallo scambio), ma anche per regolamentare unilateralmente e pervasivamente il mercato. In questa prospettiva, l'antagonista di chi detiene il prepotere contrattuale-normativo non è tanto (o non è solo) la controparte contrattuale, quanto chi è in grado di porre regole diverse (gli stati ed i soggetti che detengono potere tecnologico, quello in grado di scardinare i sistemi di DRM). Le regole del codice binario, estendendosi, come già accennato, ben oltre la materia della proprietà intellettuale, diventano appunto pervasive. A ciò si deve aggiungere che il DRM genera regole tecnologiche scarsamente trasparenti (o del tutto insondabili) per la maggior parte delle persone ed automatizza le modalità di negoziazione, influenzando profondamente sul comportamento e sulla psicologia dei contraenti.

In conclusione, il DRM fa leva su un potere tecnologico in grado di imporre regole pervasive, unilaterali, non trasparenti e automatizzate. Se si parte dalla prospettiva della teoria del contratto, si può definire tale potere tecnologico come un nuovo peculiare fattore di patologica disparità di potere contrattuale (o, se si preferisce, di fallimento del mercato). Tuttavia, occorre sempre tenere a mente che tale potere tecnologico travalica i confini di ciò che si è inteso fino ad oggi per contratto.

Nella trattazione che segue si affronteranno prima le questioni relative al tentativo, da parte di chi crea ed utilizza sistemi di DRM, di restringere i diritti degli utenti, ponendo le proprie regole d'accesso e di utilizzo ai contenuti digitali, per poi passare alle questioni sollevate dalla leggibilità (trasparenza) delle stesse regole e dall'automazione del contratto.

4.2. Disintegrazione dei limiti giuridici alla tutela delle opere dell'ingegno: verso un controllo assoluto dell'informazione

La tutela delle opere dell'ingegno ha origini (relativamente) recenti e interne alla tradizione giuridica occidentale⁵³. Gli antecedenti del diritto d'autore nascono

⁵³ Sul tema v. U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, in G. PASCUZZI e R. CASO (curr.), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, 43 ss.

quando l'opera dell'ingegno diventa, grazie alla stampa a caratteri mobili, riproducibile su larga scala. I sovrani concedono – in cambio della possibilità di effettuare più comodamente la censura politica e religiosa – limitati privilegi agli stampatori di libri⁵⁴. Parallelamente al riconoscimento del privilegio nasce anche la possibilità di effettuare la contraffazione dell'opera⁵⁵. Nel passaggio, all'inizio del XVIII secolo, dal meccanismo accentrato dei privilegi a quello decentrato del diritto esclusivo di copyright, la privativa mantiene un carattere limitato. La natura limitata della tutela, invero, non dipende solo dal diritto, ma anche dalla tecnologia e dal costo di riproduzione. Sul piano giuridico, venuto meno il privilegio con la sua natura censoria e discrezionale, i limiti assumono un carattere funzionale. Quelli previsti dalla prima legge sul copyright – lo Statute of Anne del 1710 – sono di ampiezza (diritto di stampare e ristampare copie di libri) e di durata (il diritto dura per un termine di 14 anni, rinnovabile una sola volta)⁵⁶. L'obiettivo dichiarato della legge è, infatti, quello di incoraggiare gli uomini di cultura a scrivere libri che arricchiscano il patrimonio di conoscenza

⁵⁴ Sul punto v. Izzo, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 48: "occorre esercitare una vigilanza attiva sulle officine tipografiche, istituendo un controllo sistematico sulle idee impresse nei sempre più numerosi volumi dati alle stampe. È in questo clima che si consolida in tutta Europa la prassi di rilasciare concessioni e licenze, in base alle quali l'autorità del sovrano riconosce allo stampatore un monopolio di durata variabile sulla pubblicazione di una data opera o di un intero genere di opere librarie. Le tensioni politico-religiose innescate dalla diffusione del pensiero luterano nello spazio europeo ed il ruolo sempre più cruciale che la stampa assume nella circolazione delle idee preparano il terreno perché si cominci a delineare, in modo affatto naturale, l'opportunità di un tacito accordo istituzionale fra i sovrani e le corporazioni degli stampatori e librai, in un'epoca in cui il consolidarsi dell'autorità statale e la formazione delle monarchie assolute presuppone che il potere regio si apra al dialogo con i ceti mercantili. L'accordo si concretizzerà in uno scambio politico che durerà a lungo e che si rivelerà reciprocamente vantaggioso: agli stampatori vengono garantite forme di monopolio, subordinate ad autorizzazioni concesse dal sovrano dietro pagamento di tasse di concessione. In cambio, oltre a versare il dazio fiscale, le corporazioni si rendono garanti nei confronti della corona dell'esercizio di poteri censorii".

⁵⁵ Si può anche dire che la rivendicazione della tutela nasce quando la pirateria diventa profittevole. Su questa linea di pensiero si pone, e.g., 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).

⁵⁶ V. Izzo, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 74: "[...] il draft approntato dagli editori londinesi non riuscì ad attraversare indenne un'arena politica nella quale le idee propugnate da Locke nel suo *Memorandum* del 1694 avevano lasciato il segno, radicando una diffusa ostilità nei confronti di ogni forma di monopolio commerciale che non fosse assoggettata a precisi limiti temporali. Nel febbraio 1710 il progetto di legge fu emendato dalla *House of Commons*, con l'introduzione di cruciali modifiche che avrebbero offuscato l'impostazione giuridica originariamente infusa al testo dagli *Stationers*. Significativamente, il termine *securing* nella intestazione dell'Act veniva rimpiazzato dal termine *vesting*, mentre si apponevano precisi limiti temporali al godimento del diritto sulle opere di nuova pubblicazione che l'Act avrebbe riconosciuto in capo agli autori ed ai loro aventi causa [...]. Inoltre, "la tutelabilità dell'opera veniva subordinata al compimento della formalità dell'iscrizione nel registro degli *Stationers* [...].

della società⁵⁷. Questa declamazione rimbalzerà con alcune modificazioni nella clausola che la Costituzione statunitense dedica alla materia della proprietà intellettuale⁵⁸.

La storia e la natura del copyright (e dei suoi limiti) ne scandiscono la differenza rispetto al diritto di proprietà (ed ai suoi limiti). Di là dalla retorica che ancora si nasconde dietro l'espressione "proprietà intellettuale", le analogie tra copyright e proprietà sono poche⁵⁹. Anche lo *jus excludendi alios*, che rappresenta l'unico collante concettuale, funziona – soprattutto a livello di rimedi – in modo differente.

Il carattere limitato della tutela delle opere dell'ingegno ha resistito nel tempo ed è diventato un tratto riscontrabile – pur con differenze rilevanti⁶⁰ – sia nel copyright anglosassone, sia nel diritto d'autore continentale.

Nonostante le recenti tendenze legislative, puntate ad estendere l'ampiezza e la durata della tutela delle opere dell'ingegno, i limiti rimangono⁶¹. Molti di questi sono in forma di principi, che vengono specificati ed aggiornati dalla giurisprudenza.

È utile ricordare i limiti più rilevanti:

- a) la tutela è garantita solo alle opere originali;
- b) la tutela copre solo la forma in cui è espressa l'opera e non l'idea che vi è sottesa;
- c) se ricorrono determinati presupposti, al fruitore dell'opera sono

⁵⁷ La storia della famosa formula contenuta nell'intestazione dello Statute of Anne del 1710 ("An Act for the Encouragement of Learning ...") è ripercorsa in Izzo, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 73 ss., il quale rileva che "quando l'argomento [della tutela dell'incentivo economico] compare nell'intestazione della proposta di legge avviata a diventare la base testuale dello Statute of Anne, il suo valore declamatorio risalta dalla collocazione prioritaria che gli viene affidata: "A Bill for the Encouragement of Learning and for Securing the Property of Copies of Books to the rightful Owners thereof", una formula che pone strategicamente in secondo piano il reale obiettivo perseguito dagli *Stationers*, [...] mossi dall'intendimento di accreditare l'idea che alla nuova legge spettasse solo di apprestare tutela ad un preesistente diritto perpetuo, riconosciuto dalla tradizione di common law".

⁵⁸ U. S. Const., art. 1, section 8, cl. 8: "The Congress shall have Power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries". Sul processo storico che ha portato a questa formulazione v. Izzo, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 133 ss..

⁵⁹ Per riferimenti al dibattito italiano sui nessi tra proprietà e proprietà intellettuale v., in questo libro il capitolo di F. RONCONI, *Agenti software e proprietà intellettuale*.

⁶⁰ Per una concisa discussione sulle divergenze e convergenze tra i vari sistemi di proprietà intellettuale interni alla tradizione giuridica occidentale v. R. CASO, *L'evoluzione del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, in PASCUZZI, CASO, *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit., 21 ss..

⁶¹ Un quadro di sintesi sulle attuali tendenze legislative si trova in CASO, *L'evoluzione del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, cit., 26 ss..

consentite forme di utilizzazione che sarebbero normalmente illecite (negli Stati Uniti il principio è denominato *fair use*; nei sistemi di diritto continentale non si tratta tanto di un principio, quanto di singole libere utilizzazioni);

d) la vendita di una copia dell'opera estingue il diritto di controllare l'ulteriore distribuzione di quella stessa copia (*first sale doctrine* e principio dell'esaurimento del diritto d'autore);

e) il diritto patrimoniale di esclusiva si estingue dopo un certo numero di anni, conteggiato a partire dalla morte dell'autore; allo scadere di questo termine l'opera cade in pubblico dominio e tutti ne possono fruire liberamente.

A questi limiti interni alla privativa si devono aggiungere limiti esterni, come quelli derivanti dal principio di libertà di manifestazione del pensiero e dalle leggi antitrust (il riferimento è in particolare al principio del copyright *misuse*⁶²).

L'essenzialità dei limiti non è solo un portato della tradizione giuridica, ma si fonda su ragioni economiche compiutamente teorizzate solo in epoca recente⁶³.

Nell'analisi economica, il diritto d'autore e le altre forme di proprietà intellettuale sono visti come *property rights* (ma ricorre anche l'espressione "monopoly rights"⁶⁴) sull'informazione. Malgrado l'assonanza tra *property right* e diritto di proprietà strettamente inteso, nel ragionamento economico è netta la differenza tra informazione e beni ordinari. In un mondo senza *property rights*, l'informazione assume caratteristiche analoghe a quelle di un *public good* (si parla anche di quasi-*public good* o di bene pubblico spurio⁶⁵), cioè di un bene che non è escludibile (non si possono elevare barriere fisiche attorno all'informazione), e non è rivale al consumo (un'informazione diversamente da una mela può essere goduta da più soggetti contemporaneamente). Queste caratteristiche innescano problemi che non consentono di far emergere il

⁶² Per una prima introduzione all'applicazione principio del copyright misure alla protezione del software v. LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 139 ss..

⁶³ Sull'analisi economica della proprietà intellettuale v. P.S. MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, 1999, § 1600, 129, disponibile sul sito Web <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/generali.htm>; sull'analisi economica del copyright v. W. J. GORDON, R. G. BONE, *Copyright*, *ibid.*, § 1610, 189. Nella letteratura italiana v. R. PARDOLESI, C. MOTTI, <L'idea è mia!>: *lusinghe e misfatti dell'economics of information*, *Dir. informazione e informatica*, 1990, 345; F. SILVA, G. RAMELLO, *Il mercato delle idee*, in *Economia e politica industriale*, 1999, 291.

⁶⁴ L'analisi economica, come il diritto, sfrutta retoricamente la natura polisemantica dei termini "proprietà" e "monopolio". Essendo ormai chiaro che i diritti di esclusiva sui beni immateriali non sono né proprietà, né monopolio (in senso stretto), è l'interprete del testo che, in riferimento al contesto storico e discorsivo, deve determinare se ed in quale misura uno dei due termini è utilizzato retoricamente.

⁶⁵ V., e.g., GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 191.

mercato: in particolare, i consumatori di un *public good* fornito da un privato sono incentivati a comportarsi da *free riders*, sfruttando il bene senza pagarne il prezzo. Si tratta insomma di un tipico caso di fallimento del mercato. Senza un intervento ad hoc dello stato, non vi sarebbe produzione sufficiente di un *public good*. La creazione di un *property right* sull'informazione è quindi una soluzione (non l'unica possibile)⁶⁶, che lo stato mette in atto al fine di incentivare la produzione dell'informazione. Il carattere (in senso lato) monopolistico del diritto d'autore è diretto a contrastare il problema della non escludibilità. Esso fa sì che il titolare del copyright possa sfruttare in esclusiva l'opera (cioè contrattare il suo utilizzo), godendo di un vantaggio sui concorrenti. Ma lo stesso diritto di esclusiva – analogamente ad un monopolio strettamente inteso⁶⁷ – ingenera costi sociali⁶⁸. È quindi necessario che i costi sociali non superino i benefici sociali derivanti dall'incentivo a produrre conoscenza. Nella visione economica i limiti del diritto d'autore servono appunto a questo scopo.

Va però rilevato che questa non è l'unica visione economica dei limiti del diritto d'autore. Secondo una differente impostazione (che si muove sulla scia

⁶⁶ Secondo la classica schematizzazione economica, lo stato ha tre alternative per rimediare al fallimento del mercato: la produzione diretta di informazione, la fornitura di sussidi e premi a soggetti che producono informazione, o appunto l'istituzione di *property rights* per la creazione di un mercato dell'informazione ed in particolare delle idee inventive (brevetti) e creative (opere dell'ingegno). Di fatto non si tratta di alternative, ma di rimedi che vengono attuati contemporaneamente. Il dibattito economico odierno quindi si concentra su due questioni: quanta proprietà intellettuale è necessaria, e come essa va disegnata nei diversi contesti di riferimento. In argomento v. MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, cit., 131 ss.

⁶⁷ Nei mercati della tecnologia avanzata, la creazione di (quasi) monopoli legali come quelli derivanti dalla proprietà intellettuale può associarsi a fenomeni simili a quelli dei monopoli naturali (sul punto v. R. COOTER, T. ULEN, *Law & Economics*, Reading, Massachussets, 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.

Le imprese dedite alla produzione di tecnologie dell'informazione possono, a volte, giovare di un altro fattore di creazione di monopoli naturali: gli standard. Ad esempio, la standardizzazione dei comandi di un word processor riduce i costi di apprendimento di chi lo usa. Più lo standard diviene dominante (cioè più soggetti usano lo standard), più aumenta il suo valore per chi lo usa. Per i primi ragguagli sul tema della intersezione, con effetti negativi e positivi, tra externalità di rete e diritti di proprietà intellettuale v. GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 197; nonché MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, cit., 141 s.

⁶⁸ Si tratta di varie tipologie di costi ingenerati da: a) prezzi monopolistici; b) inibizione della futura creatività; c) costi transattivi; d) costi di amministrazione e sanzionamento del diritto di esclusiva. Sul punto v. GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 194. Una categoria di costi, attualmente, oggetto di accesa discussione è quella derivante dalla frammentazione dei diritti d'autore su opere digitali.

dei lavori di Ronald Coase dedicati ai costi di transazione⁶⁹), il contratto sull'uso dell'opera rappresenta un rimedio al problema della non escludibilità solo quando l'autore mantiene un significativo controllo della stessa opera dopo la sua pubblicazione⁷⁰. 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, un tale potere di controllo 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 possibile 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)⁷¹. Basandosi su questa seconda visione del copyright, alcuni giuristi sostengono che lo sviluppo delle tecnologie digitali, comprimendo i costi di transazione e rendendo possibile una benefica differenziazione degli usi (delle opere) e dei prezzi, dovrebbe condurre alla riduzione o alla cancellazione dei limiti alla privativa⁷².

Ulteriori filoni di pensiero, che, in realtà, sono strettamente intrecciati con i precedenti, si dedicano all'applicazione di altri concetti, derivanti dalle teorie

⁶⁹ Le opere di Ronald Coase alle quali si fa riferimento sono ovviamente *The Nature of the Firm*, 4 *Economica* (n.s.) 386 (1937), trad. it. *La natura dell'impresa*, in COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, 73 ss., e *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.*, 1 (1960), trad. it. *Il problema del costo sociale* in COASE, *Impresa mercato e diritto*, cit., 199.

⁷⁰ V. GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 193, ivi riferimenti bibliografici; nonché MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, cit., 133.

⁷¹ In particolare il fair use viene giustificato dalla presenza di costi di transazione alti. Quando un uso non può, a causa degli elevati costi di transazione, essere oggetto di contrattazione, non vi è ragione di inibirlo. Anzi consentire quell'uso significa accrescere i benefici sociali. Sul punto v. GORDON, BONE, *Copyright*, cit., 201 ss..

Vi è però chi ritiene che il fair use debba evitare anche un altro tipo di fallimento del mercato legato all'impossibilità che il valore di alcuni usi socialmente benefici possa essere internalizzato nel prezzo richiesto dal titolare per l'uso dell'opera (v. BURK, COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, cit., 44 (2001)). Questo tipo di fallimento del mercato ricorre, ad esempio, nei casi di fair use finalizzati a commenti, critiche e parodie. Questi tipi di fair use servono a stimolare il dibattito pubblico e a propalare l'informazione. Tuttavia, il valore del dibattito e dell'informazione è diffuso, cioè non può essere internalizzato nel prezzo. Questo tipo di fallimento del mercato ricorre anche nel caso in cui i costi di transazione siano bassi e consentano il raggiungimento dell'accordo.

⁷² Per le critiche alla posizione che legittimerebbe una riduzione o un azzeramento dei limiti del copyright da Y. BENKLER, *An Unhurried View of Private Ordering in Information Transactions*, 53 *Vand. L. Rev.* 2063 (2000); COHEN, *Lochner in Cyberspace: the New Economic Orthodoxy of "Rights Management"*, cit. V. anche K. J. KOELAMAN, *Copyright Law & Economics in the Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé*, draft del luglio 2003, disponibile sul sito Web: www.ssrn.org, e in corso di pubblicazione sulla *European Intellectual Property Review*...

della path dependency⁷³, dei commons (e diritti di proprietà informali)⁷⁴, della tragedia degli anticommons⁷⁵, delle esternalità di rete⁷⁶, e dell'economia comportamentale⁷⁷, fino allo studio della proprietà intellettuale (e del diritto d'autore).

La maggior parte dell'attuale discussione degli economisti sulla proprietà intellettuale guarda ai limiti dei diritti di esclusiva ed in particolare al rapporto tra questi ultimi ed il pubblico dominio nel quadro della tendenza evolutiva (o involutiva) delle leggi sulla proprietà intellettuale (quelle che riguardano non solo il diritto d'autore, ma anche i brevetti per invenzione, le forme di privativa sui generis, etc.)⁷⁸.

Di là dalle argomentazioni in chiave economica⁷⁹, le quali rimangono assai

⁷³ V. 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 (CURT.), *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, 1998, 9.

⁷⁴ Sul concetto di commons v. E. OSTROM, *Private and common property rights*, in *Encyclopedia of law and economics*, cit., § 2000, 1997, reperibile sul sito Web: <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/2000art.htm>. Per un'applicazione alla proprietà intellettuale v. R. P. MERGES, *Property rights Theory and The Commons: The Case of Scientific Research*, paper disponibile all'URL: <http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/pubs/merges/>.

⁷⁵ V. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 *Harv. L. Rev.* 621 (1998). L'espressione "tragedy of the anticommons" rovescia la logica posta a fondamento della nostra teoria della tragedia dei beni comuni (la cui elaborazione iniziale si deve a G. HARDIN, *Tragedy of the commons*, 162 *Science* 1243 (1968)), che rappresenta uno dei cardini della tradizionale teoria dei diritti di proprietà.

Per un'applicazione della tragedy of the anticommons alla proprietà intellettuale v. M. A. HELLER, R. S. EISENBERG, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, *Science* (May 1) 698 (1998).

⁷⁶ Sul concetto di 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 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. Per un'applicazione alla proprietà intellettuale v. M. A. LEMLEY, *Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations*, 90 *Cal. L. Rev.* 1889 (2002).

⁷⁷ Per una discussione del copyright in termini comportamentali v. T. M. CULLEN, *Behavioralism and Copyright: Some Emerging Questions*, disponibile al sito Web: <http://www.serci.org>.

⁷⁸ V., per una visione fortemente critica dell'attuale tendenza della legislazione in materia di proprietà intellettuale, P. DAVID, D. FORAY, *Economic Fundamentals of the Knowledge Society*, 2002, 13 ss., paper disponibile sul sito Web: <http://www-econ.stanford.edu/faculty/workp/>.

⁷⁹ Gli inquadramenti teorici della proprietà intellettuale e del diritto d'autore non si riducono ovviamente alla lettura in chiave economica. Per una rassegna di questi inquadramenti v. M. A. LEMLEY, P. S. MENELL, R. P. MERGES, *Intellectual Property in the New Technological Age*, III ed., New York, 2003, 1 ss.; 319 ss..

controverse⁸⁰, si può dire che, alla prova dei fatti, i limiti del diritto d'autore si rivelano essenziali al fine di conciliare la tutela delle opere dell'ingegno con la circolazione delle informazioni e della conoscenza, la libera manifestazione del pensiero, il mantenimento della concorrenza, l'innovazione tecnologica⁸¹.

Ebbene, i sistemi di DRM e le protezioni tecnologiche su cui essi fanno leva possono neutralizzare i limiti interni ed esterni della tutela delle opere dell'ingegno e, più in generale, scardinare l'intero sistema della proprietà intellettuale. I titolari dei contenuti digitali, agitando lo spettro di una pirateria economicamente devastante, puntano in questa direzione e commissionano la predisposizione di tecnologie di protezione sempre più sofisticate⁸². La storia recente di queste tecnologie conta più sconfitte che vittorie⁸³. Tuttavia, la

⁸⁰ L'analisi economica oltre a presentare teorie insanabilmente contrapposte (sulla varietà e sulla profonda diversità dei punti di vista v. P.S. MENELL, *Intellectual Property: General Theories*, cit., *passim*), ed a trovare a tutt'oggi scarsi riscontri empirici (v., e.g., DAVID, FORAY, *Economic Fundamentals of the Knowledge Society*, cit., 15), dimostra di non essere uno strumento sufficiente a spiegare la proprietà intellettuale. Sia la storia, sia l'analisi in termini di legal process si rivelano, infatti, strumenti irrinunciabili (per una prima riflessione sul punto v. CASO, *L'evoluzione del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, cit., 22 ss.).

⁸¹ Basti pensare all'applicazione statunitense del principio del fair use nel campo delle nuove tecnologie. Si pensi, in particolare, al pronunciamento del 17 gennaio 1984 da parte della Corte Suprema nel caso *Sony Corp. of America Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) (sentenza riprodotta anche in *Foro it.*, 1984, IV, 351 con nota di G. PASCUZZI, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla «Supreme Court»*), che giudicando fair use la pratica del time shifting, cioè la videoregistrazione di programmi televisivi coperti da copyright finalizzata ad una visione posticipata, ha salvato lo sviluppo di una nuova tecnologia. Si pensi ancora alla sentenza d'appello nel caso *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992), che qualificò, nel silenzio della legge che aveva annoverato il software tra le opere protette da copyright, fair use la pratica del reverse engineering.

⁸² Si possono citare, ad esempio, i due progetti della Secure Digital Music Initiative Foundation (SDMI) e del Digital Object Identifier System (DOIs). "Per reagire alle minacce rivenienti da fenomeni come Napster, le case discografiche hanno dato vita alla SDMI Foundation al fine di sviluppare specifiche utili a rendere tecnicamente possibile il commercio di musica in forma protetta. SDMI ha già prodotto specifiche per riprodurre musica su dispositivi portatili facendo ricorso ad una tecnologia di filtraggio e ai cosiddetti watermarks. [...] Il DOI è un progetto internazionale per applicare un identificativo comune e standard a tutto il materiale che viene pubblicato on-line" (così G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 164). Maggiori informazioni sui siti Web <http://www.doi.org>

⁸³ Le sconfitte che ricevono maggior clamore sono legate alla vulnerabilità delle protezioni, ma altre, non meno rilevanti, sono determinate dal mercato, cioè dallo scarso successo commerciale di prodotti protetti.

La vicenda recente più famosa, sulla quale si dovrà tornare quando si parlerà dell'applicazione del DMCA nordamericano, riguarda il Content Scrambling System (CSS), un algoritmo crittografico usato per proteggere l'accesso ai DVD in modo da renderli leggibili solo da alcuni apparecchi e sistemi operativi. La protezione è diventata vulnerabile, quando un teenager norvegese, Jon Johanssen, ha elaborato un codice - denominato DeCSS - in grado di aggirare la misura di protezione e lo ha diffuso attraverso il Web. Il DeCSS continua a circolare,

preoccupazione cresce⁸⁴. D'altra parte, l'impatto delle protezioni tecnologiche dipende da vari fattori. Il più scontato è legato alla possibilità della protezione di imporsi (o di essere imposta dal legislatore) come standard⁸⁵. In architetture tecnologiche complesse come Internet, un altro fattore è legato al livello di architettura sul quale la protezione si colloca. In ogni caso, tali tecnologie sono potenzialmente in grado di offrire un controllo assoluto sull'opera (o, meglio, su ogni tipo di contenuto digitale). Si tratta di un controllo con caratteristiche completamente differenti da quelle del controllo discendente dal copyright. Il controllo tecnologico è infatti conformante, preventivo, perpetuo e indiscriminato. È il caso di soffermarsi brevemente su ciascuna di queste caratteristiche.

Secondo una distinzione invalsa nella riflessione giuridica, occorrerebbe distinguere tra tecnologie anticopia e tecnologie antiaccesso⁸⁶. Le prime si porrebbero, almeno apparentemente, nel solco della logica del copyright (in particolare, del diritto di riproduzione), le seconde sarebbero invece assai distanti da quella stessa logica. Posta in questi termini la distinzione è fuorviante sia dal punto di vista giuridico, sia da quello tecnologico e fattuale.

L'enfasi posta sull'accesso⁸⁷ - termine che nel diritto dell'era digitale

nonostante le cause intentate ad alcuni dei soggetti che lo hanno pubblicato. Sul Web esiste un sito dove possono essere acquistate magliette sulle quali è stampato il codice sorgente del DeCSS (v. P. SAMUELSON, *The Constitutional Law of Intellectual Property After Eldred v. Ashcroft*, 2003, disponibile sul sito Web: <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/post-Eldred.pdf>).

⁸⁴ Si pensi all'allarme suscitato dal recente annuncio della Microsoft di incorporare un meccanismo di DRM nell'hardware legato al proprio sistema operativo di prossima generazione. Il progetto è denominato Next-Generation Secure Computing Base (NGSCB), ma prima era conosciuto come "Palladium" (maggiori informazioni sul sito www.epic.org).

Per un quadro a tinte fosche dell'NGSCB e del più ampio progetto - quello della creazione di una piattaforma 'sicura' ad opera del Trusted Computing Group (TCG), del quale fanno parte Microsoft, Intel, IBM, HP e AMD - nel quale esso rientra v. R. ANDERSONN, *Il "Trusted Computer" viola la mia sicurezza*, FAQ, versione 1.1. (agosto 2003), disponibile all'URL: <http://www.interlex.it/675/trustedcomp.htm>; nonché R. STALLMAN, *Can You Trust Your Computer?*, 2002, disponibile sul sito Web: <http://www.gnu.org/philosophy/can-you-trust.html>.

⁸⁵ Attualmente molti sistemi di DRM sono protetti da licenze proprietarie. In questo caso, la privativa sembra giocare contro l'emersione dello standard. Dal punto di vista dei consumatori, il fatto di dover fare riferimento a diversi sistemi di DRM per diversi contenuti digitali costituisce un notevole problema. Il successo di Napster dimostra come sia particolarmente attrattivo un unico sistema di raccolta e distribuzione dei contenuti. Un ulteriore fattore che muove contro una definitiva affermazione del DRM è generato dal fatto che molti degli attuali sistemi non sono agevolmente portabili dal PC - che al momento non è il mezzo più comodo di fruizione di un contenuto digitale - ad altri apparecchi di lettura.

Tuttavia, va rilevato il notevole successo incontrato finora dal DOI e dall'XrML.

⁸⁶ V., e.g., K.J. KOELMAN, *The protection of technological measures vs. the copyright limitations*, paper presentato all'ALAI Congress "Adjuncts and Alternatives for Copyright", New York, del 15 giugno 2001.

⁸⁷ Fuori dai discorsi dei giuristi, il termine "accesso" ha assunto una valenza simbolica,

assume la valenza di una polisemantica categoria dottrinale e legislativa⁸⁸ - non deve però far dimenticare che le protezioni tecnologiche accrescono il potere di controllo anche sotto altri profili. Le tecnologie digitali, infatti, sono in grado di limitare e conformare l'uso dell'opera dell'ingegno con modalità impensabili nell'era predigitale, che vanno molto oltre la semplice possibilità di impedire la copia. Gli esempi possono essere numerosissimi, ma - per tornare all'opera letteraria - basta fare mente locale sulle opzioni offerte da Acrobat Reader per limitare l'uso del testo.

L'enfasi posta sull'accesso rischia quindi di far vedere solo una parte del problema. Ciò si deve ad un uso metaforico del termine. Non convincono, perciò, quei ragionamenti secondo i quali il nuovo concetto di accesso avrebbe rubato la scena a quello di copia (che, peraltro, da tempo non occupa più l'intero spazio del diritto d'autore). La metafora delle chiavi è spesso usata per descrivere funzionalità della crittografia digitale e ha forse contribuito ad evocare categorie proprietarie. L'accesso è infatti una categoria intimamente legata alla proprietà delle cose materiali. La proprietà delle cose materiali è evocata da secoli per legittimare una versione forte del diritto d'autore (da qui appunto l'utilizzo declamatorio dell'espressione "proprietà intellettuale")⁸⁹.

che si estende ben oltre il mondo digitale fino a diventare l'identificativo di un'epoca (il riferimento è a J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000).

D'altra parte, nei discorsi dei giuristi l'uso della parola "accesso" può caricarsi di una retorica che preferisce evocare la categoria della proprietà (piuttosto che quella del contratto), al fine di reclamare una maggiore protezione giuridica dei contenuti digitali (v. BURK, COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, cit.).

⁸⁸ Il legislatore parla di accesso nell'ambito della tutela giuridica delle protezioni tecnologiche di opere dell'ingegno (v. la sec. 1201 dell'U.S.C. e l'art. 6 della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione), dell'accesso condizionato (Direttiva 1998/84/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato e dei servizi di accesso condizionato), e dei contratti sulle informazioni digitali (UCITA). La dottrina fa eco al legislatore e parla di diritto di accesso (v. T. HEIDE, *Copyright in the E.U. and United States: What "Access Right"?*, in *EIPR*, 2001, 469) e di contratti di accesso (v. PALMIERI A., PARDOLESI R., *Gli access contracts: una nuova categoria per il diritto dell'età digitale*, in *Riv. dir. privato*, 2002, 265; A. PALMIERI, *I contratti di accesso*, Roma, 2002).

⁸⁹ Sul punto v. Izzo, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d'autore*, cit., 87 ss., il quale, a margine delle prime battaglie sul copyright, rileva che "nondimeno, le difese svolte nel corso del procedimento anticiparono il contenuto saliente delle argomentazioni giuridiche che si scontravano sul concetto di literary property caro agli Stationers. Blackstone, ingaggiato da questi ultimi quando già ricopriva la prestigiosa cattedra di Vinerian Professor ad Oxford, pronunciò una dotta arringa in difesa di questo concetto, citando Grotius, Selden, Pufendorf e Locke a supporto dell'idea che fosse il lavoro intellettuale a legittimare il sorgere del diritto di proprietà dell'autore sulla sua produzione letteraria. E per quanto l'oggetto di questo diritto fosse intangibile al punto da potersi caratterizzare come un "sentimento", tangibile era il valore economico, sotteso a questo sentimento, che il diritto avrebbe dovuto tutelare, proteggendo la proprietà del creatore dell'opera letteraria dall'indebita appropriazione che avrebbero realizzato quanti, divulgando l'opera senza il necessario consenso di quest'ultimo, avessero percepito

Tuttavia, come curiosamente affermano alcuni degli stessi promotori della centralità dell'accesso, la proprietà ha ben poco a che fare con il contesto digitale.

Nel mondo non digitale dove la proprietà del supporto (c.d. corpus mechanicum) si incrocia con il diritto di esclusiva sull'opera (c.d. corpus mysticum), l'accesso propriamente detto (alla proprietà) può effettivamente diventare il presupposto per la fruizione dell'opera stessa (si pensi al tipo di fruizione che si basa sul preventivo accesso al luogo dove le opere sono custodite o vengono eseguite: ad es. opere d'arte figurativa, od opere teatrali).

Riferendosi al mondo digitale si può - come si fa nelle pagine di questo lavoro - usare descrittivamente il termine "accesso". Ciò al fine di rilevare correttamente che il problema dell'accesso (cioè il problema dell'utilizzo della crittografia) diviene ubiquitario ed indifferente alle caratteristiche del contenuto digitale. Persino la lettura di una sola parola - come sa benissimo chiunque abbia una conoscenza elementare di Word o di Acrobat Reader - può essere subordinata alla disponibilità di un codice di decrittazione.

Tuttavia, le c.d. tecnologie antiaccesso operano sovente in connessione con altre tecnologie di protezione, dimostrando che la finalità ultima è (non solo il controllo dell'accesso ma) la conformazione di ogni tipo di utilizzo del contenuto digitale. È fin troppo evidente, alla luce dei problemi posti dal DRM, che l'accesso è solo uno dei passaggi che sono alla base di una relazione contrattuale governata da tecnologie digitali evolute. In un sistema di DRM, l'utente non esaurisce il suo interesse nell'accesso al contenuto digitale, ed anzi si preoccupa maggiormente di quello che potrà fare successivamente all'accesso con lo stesso contenuto. Paradossalmente, poi, alcuni dei problemi più rilevanti del DRM stanno invece nell'accesso da parte di chi ha il controllo del sistema ai dati personali dell'utente.

Va poi rilevato che il carattere preventivo del controllo differenzia radicalmente una regola di DRM protetta tecnologicamente da una regola di

profitti che sarebbero altrimenti spettati all'autore stesso. Alla dotta disquisizione di Blackstone seppe replicare con altrettanta arguzia un altro fine giurista dell'epoca, Joseph Yates, che di lì a poco avrebbe raggiunto Lord Mansfield sugli scranni del King's Bench. Egli accettò la linea argomentativa del suo avversario, per rovesciarne però le conclusioni: non v'era questione sul fatto che l'autore disponesse della proprietà esclusiva sul frutto della sua fatica creativa fino al momento della pubblicazione, ma era proprio la volontà divulgativa (quasi si trattasse di un intento negoziale, sia pur presunto) sottesa alla scelta di dare diffusione alle proprie idee con l'atto della pubblicazione ad immettere l'opera letteraria nel pubblico dominio, recidendo il legame proprietario esclusivo vantato dall'autore nei confronti della sua creazione letteraria, per consentire che la stessa venisse liberamente fruita dalla collettività. A quel punto Blackstone replicò al suo contraddittore con un'immagine che riportava l'asse del discorso sul registro della proprietà fondiaria. Il diritto di cui l'autore disponeva con la pubblicazione era come una servitù di passaggio acquistata dal proprietario di un fondo chiuso da un cancello: poteva pattuirsi che l'acquirente disponesse di un certo numero di chiavi per accedere al fondo, senza che ciò implicasse il diritto di quest'ultimo di forgiare nuove chiavi per venderle a terzi".

copyright. Quest'ultima entra (eventualmente) in funzione solo ex post (chi lamenta un plagio o una contraffazione deve andare in corte e dimostrare di essere il titolare di un'opera originale) ed è in settori cruciali il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale di un principio generale⁹⁰. La regola tecnologica è rigida ed opera ex ante: è chi costruisce il DRM a decidere la distinzione tra contenuto protetto e contenuto libero, tra usi consentiti e usi non consentiti, e così via.

Sulla potenziale perpetuità delle protezioni tecnologiche non vi è molto da dire. Tali protezioni usualmente non vengono programmate con una scadenza temporale. Finora la storia ha dimostrato che la tenuta di questa tecnologia non è effettivamente perpetua. Col tempo, infatti, emergono tecnologie in grado di eludere le protezioni. Tuttavia, il fatto che non sia programmata una scadenza temporale mina alla base la certezza e la prevedibilità della regola tecnologica. Un risultato tanto più devastante nel settore della proprietà intellettuale, che fa della certezza e prevedibilità dei limiti temporali un proprio cardine.

Rimane da illustrare il carattere indiscriminato della protezione tecnologica. Anche su questo tema bastano poche parole. Il bilanciamento dei molteplici interessi che stanno a ridosso del diritto d'autore si regge su principi quali quello dell'originalità e della distinzione tra idea e forma espressiva. Inoltre, l'intero sistema della proprietà intellettuale (intesa nel senso più lato) poggia sulla differenza tra varie tipologie (diritto d'autore, brevetti, privative ibride, segreti industriali, concorrenza sleale) di tutela dell'informazione. La protezione tecnologica può (e, nella maggior parte dei casi, deve per i limiti strutturali già messi in evidenza) ignorare queste distinzioni, scardinando l'intero sistema della proprietà intellettuale ed i principi ad esso correlati.

4.3. Invasione della privacy, trattamento di dati personali e condizionamento del consumo intellettuale

Come i diritti di proprietà intellettuale, anche il diritto alla privacy è un prodotto recente della tradizione giuridica occidentale⁹¹. Come i diritti di proprietà

⁹⁰ Si noti che il DRM distrugge non solo i limiti strutturali del diritto d'autore, ma anche i suoi (più o meno controversi) corollari. Rispetto ad un sistema di DRM non ha ovviamente senso porsi questioni relative all'estensione dei singoli diritti di utilizzazione economica (e.g., si pensi all'accesa controversia, emersa qualche anno fa, circa la questione se il diritto di distribuzione comprendesse anche il diritto di noleggio, discussione sopita solo con gli interventi legislativi che negli Stati Uniti ed in Europa hanno riconosciuto un più o meno ampio diritto di noleggio; o alla discussione attualmente in corso circa la possibilità che i diritti di utilizzazione economica comprendano anche le forme di utilizzo rese possibili dalla tecnologia non prevista ai tempi dell'emanazione della legge che regola la privativa).

⁹¹ Sul tema v. R. PARDOLESI, *Riservatezza: problemi e prospettive*, in M. SPINELLI (cur.), *Responsabilità civile*, Bari, s.d. (ma 1973), II, 391; da ultimo, R. PARDOLESI (con la collaborazione di L. LAMBO e A. PALMIERI), *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di*

intellettuale anche il diritto alla privacy è strettamente connesso alla tecnologia. L'evoluzione del concetto di privacy è proficuamente letta in chiave di diritto e tecnologia⁹². Secondo autorevole dottrina, sono i mutamenti delle tecnologie dell'informazione, della riproduzione e dell'ingegneria genetica a muovere il cammino che porterebbe dal diritto alla riservatezza (il diritto ad essere lasciato solo) al diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni personali⁹³. Sebbene il panorama legislativo sia ben più frastagliato di quello che fa da sfondo ai diritti di proprietà intellettuale⁹⁴, è possibile sostenere che almeno la complessità dell'attuale concetto di privacy costituisce un dato condiviso da tutti i sistemi giuridici occidentali. In particolare, il trattamento informatico dei dati personali chiama in causa le molteplici dimensioni del concetto di privacy. In altri termini, il c.d. diritto di mantenere il controllo sui propri dati personali è espressione sintetica dietro la quale ci sono più valori giuridici e, in ultima analisi, più diritti.

Nell'era di Internet, privacy (nelle sue varie dimensioni) e diritti di proprietà intellettuale trovano più occasioni di conflitto che di convergenza⁹⁵. La tensione tra privacy e diritti di proprietà intellettuale si manifesta in modo evidente nell'utilizzo dei sistemi di DRM⁹⁶. Il problema si riflette – come si è visto – nel tono delle condizioni generali di contratto che accompagnano i sistemi di DRM. Il potere di controllo ed i contratti sui contenuti digitali, infatti,

evoluzione e discontinuità, in PARDOLESI (cur.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, I, 1 ss., ivi i principali riferimenti dottrinali.

⁹² In argomento v. PASCUIZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 37 ss., ivi riferimenti alle opere fondamentali in tema di privacy e diritto alla riservatezza.

⁹³ Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma – Bari, 1999, 201.

⁹⁴ Per le prime indicazioni sulle differenze tra modello normativo statunitense, fondato su singole discipline settoriali, e modello europeo, fondato sulla disciplina organica contenuta nella 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", v. PASCUIZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 44 ss.

⁹⁵ Per una discussione critica della possibilità di concepire la privacy come una forma di proprietà intellettuale v. P. SAMUELSON, *Privacy As Intellectual Property?*, 52 *Stan. L. Rev.* 1125 (2000).

⁹⁶ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit.; ID., *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, cit.; ID., *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, cit.; v. altresì L. A. BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy – Legal Aspects in the European Union*, cit.; P. GANLEY, *Access to the Individual: Digital Rights Management Systems and the Intersection of Informational and Decisional Privacy Interests*, cit.; G. GREENLEAF, 'IP, Phone Home'. ECMS, ©-tech., and Protecting Privacy Against Surveillance by Digital Works, 1999, cit..

Sull'utilizzo di agenti software v. L. A. BYGRAVE, *Electronic Agents and Privacy: A Cyberspace Odyssey*, 9 *International Journal of Law and Information Technology* 275 (2001).

fanno leva anche sull'acquisizione e sul trattamento di dati personali.

Si possono prendere le mosse dalla constatazione che un sistema di DRM completo è dotato almeno delle seguenti funzioni di base:

- a) controllo sull'accesso al contenuto;
- b) controllo sugli usi del contenuto;
- c) identificazione del contenuto, dei titolari del contenuto e delle condizioni generali per l'utilizzo del contenuto;
- d) autenticazione dei dati di identificazione elencati al punto c)⁹⁷.

A queste funzioni di base ne vanno aggiunte altre, superiori o supplementari, che sono state già evocate: la possibilità di monitorare la fruizione del contenuto, la possibilità di sanzionare comportamenti che non rispettano le regole del DRM, la possibilità di gestire i pagamenti per l'utilizzo del contenuto e così via.

Occorre poi aggiungere che solitamente il consumatore interessato all'acquisizione dell'accesso e dell'utilizzo di un contenuto digitale viene identificato prima della conclusione del contratto⁹⁸, o addirittura viene identificato anche quando nessun contratto è concluso⁹⁹. Questa dinamica è esaltata in Internet, ma non è da escludere per contratti conclusi presso i tradizionali negozi (si pensi all'acquisto o al noleggio di un dvd mediante carta di credito, o mediante tessera di abbonamento).

A prima vista, la natura della minaccia che il DRM muove alla privacy è la stessa che caratterizza altre tipologie di trattamento dei dati personali. Quando il DRM fa leva su Internet si possono ripetere i ragionamenti svolti a proposito dell'incrocio tra privacy e commercio elettronico: in particolare, sulla rete i maggiori timori sono connessi al profiling (cioè, alla definizione delle abitudini e dei gusti dei consumatori) ed ai forti incentivi che lo muovono¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy – Legal Aspects in the European Union*, cit., 506 ss..

⁹⁸ La maggior parte dei sistemi di DRM prevede la registrazione almeno di alcuni dati personali dell'utente finale. I dati registrati possono confluire in una banca dati centralizzata o essere incorporati nel contenuto digitale. V. sul punto BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy – Legal Aspects in the European Union*, cit., 507.

⁹⁹ Cfr. BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy – Legal Aspects in the European Union*, cit., 507-508.

¹⁰⁰ Sulla privacy in Internet v. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 49 ss., ivi riferimenti bibliografici. Per una panoramica dell'esperienza statunitense v. LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 859 ss..

Che vi sia un forte incentivo al monitoraggio delle abitudini dei consumatori è testimoniato dall'utilizzo di tecnologie come cookies, spyware, adware (per l'illustrazione delle quali v. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 62-63), o Globally Unique Identifier (GUID) (un codice univoco e universale per l'identificazione di un hardware o di un software).

Fin qui, dunque, niente di nuovo sotto il sole. Tuttavia, la fruizione delle opere dell'ingegno implica risvolti rilevanti e peculiari in tema di privacy, sui quali occorre soffermarsi per un momento. Da sempre, la lettura di un testo letterario o l'ascolto di una musica rappresentano attività nelle quali si rispecchiano i tratti più intimi della personalità di un uomo, come i gusti artistici o le idee politiche e religiose. La riproducibilità in serie dell'opera dell'ingegno ha poi esaltato la possibilità di rendere private e anonime tali attività. Nell'era predigitale anche il contratto tra fornitore e fruitore dell'opera dell'ingegno avviene usualmente prescindendo dall'identificazione di quest'ultimo.

Dopo le polemiche sollevate dall'utilizzo di alcune di queste tecnologie, molte imprese si sono limitate ad offrire ai consumatori un sistema c.d. di opt out, cioè la possibilità di disattivare le stesse tecnologie o alcune delle loro funzionalità. Il limite del sistema di opt out è scontato: funziona solo con chi ha abilità informatiche e tempo. Per avere un'idea del problema in discussione è sufficiente leggere la seguente informativa di accompagnamento alla versione 7.01 di Windows Media Player:

"Microsoft rispetta la riservatezza dei dati degli utenti e ha progettato Windows Media Player in modo che l'utente possa avere il controllo sul trasferimento dei dati personali. Per utilizzare al meglio le caratteristiche del programma, le seguenti funzionalità di Windows Media Player trasmettono, attraverso dei server, dati su Internet. È possibile disattivare una qualunque o tutte queste funzionalità dopo l'installazione. Per ulteriori informazioni, fare clic sul pulsante "Ulteriori informazioni".

Identificativo univoco:

Windows Media Player utilizza un identificativo univoco per indicare una connessione univoca al server. Questo identificativo è necessario per attivare servizi come ad esempio il pay per view. L'identificativo univoco può essere disattivato nella finestra di dialogo Opzioni nel menu Strumenti.

Identificativo licenza (ID) per file musicali:

Windows Media Player facilita l'acquisto di file musicali e di altri file multimediali. Quando si acquistano file multimediali, si riceve una licenza con un ID non rintracciabile. È possibile disattivare questa funzione nella finestra di dialogo Opzioni nel menu Strumenti sotto "Se consentito, ottieni licenze automaticamente".

Catalogo multimediale:

Il Catalogo multimediale elenca e gestisce la propria raccolta di file audio e video e collegamenti a file audio e video. Altre applicazioni sul computer in uso e siti Internet possono accedere a queste informazioni. È possibile controllare l'accesso nella finestra di dialogo Opzioni.

Identificativo (ID) CD:

Quando si riproduce un CD audio, Windows Media Player cerca di individuare le informazioni ad esso associate quali il nome dell'artista e il titolo del CD inviando l'ID del CD su Internet. È possibile evitare che Windows Media Player invii l'ID del CD per la ricerca delle informazioni scegliendo Non in linea nel menu File.

Cookie:

Windows Media Player utilizza Internet come fonte di informazioni e di servizi di rete. Quando si accede ad Internet, dei cookie potrebbero essere scaricati sul computer in uso. I cookie possono essere disattivati nella finestra di dialogo Opzioni di Internet Explorer.

Aggiornamento protezione (individualizzazione):

Alcune società forniscono file audio e video con licenza che possono richiedere un aggiornamento del componente di protezione nel sistema Windows Rights Manager. Per rifiutare

Secondo una suggestiva ricostruzione d'oltreoceano, il "consumo intellettuale", legato alla fruizione di opere dell'ingegno e di altre informazioni, chiama in causa due fondamentali dimensioni del concetto di privacy: la prima, "informazionale"; la seconda, spaziale¹⁰¹.

La dimensione informazionale riguarda i casi in cui i dati concernenti il consumo intellettuale sono acquisiti e registrati da parte di terzi. Queste attività di acquisizione e registrazione, quando diventano persistenti e sistematiche, possono condizionare il comportamento, l'identità e la dignità dell'individuo. Ad essere minacciato è l'aspetto della privacy funzionale all'autodeterminazione della propria personalità. In buona sostanza, la dimensione informazionale della privacy delinea uno spazio (intellettuale) nel quale il pensiero può liberamente esprimersi¹⁰².

La dimensione spaziale concerne, invece, i luoghi (fisici) privati – non l'aggiornamento della protezione, scegliere Annulla nella finestra di dialogo Individualizzazione.

Servizio di ripristino:

Windows Media Player consente di eseguire il backup delle licenze per la musica nel caso in cui le si volesse ripristinare in un momento successivo. Quando le licenze vengono ripristinate, per motivi di protezione un identificativo univoco viene memorizzato su un server. Queste informazioni rimangono all'interno di Microsoft.

Per impedire la creazione di questo ID, non fare clic su "Ripristina" nella finestra di dialogo Gestione licenze nel menu Strumenti.

Per ulteriori informazioni relative al trattamento di dati personali da parte di Microsoft, fare clic sul pulsante "Ulteriori informazioni".

¹⁰¹ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit. 576 ss.. L'individuazione di più dimensioni si deve al filone di studi che si è dedicato alla concettualizzazione della privacy (per riferimenti bibliografici v. COHEN, *ibid.*; BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy – Legal Aspects in the European Union*, cit., 506). Nell'ambito di questo filone, si parla anche di altre dimensioni oltre a quella spaziale ed informazionale. In questa prospettiva, vi è chi ritiene che i sistemi di DRM mettano in gioco anche la dimensione decisionale della privacy, la quale implica libere scelte (nella specie, di contenuti digitali) al riparo da interferenze esterne (v. GANLEY, *Access to the Individual: Digital Rights Management Systems and the Intersection of Informational and Decisional Privacy Interests*, cit., 252).

¹⁰² "Surveillance and compelled disclosure of information about intellectual consumption threaten rights of personal integrity and self-definition in subtle but powerful ways. Although a person cannot be prohibited from thinking as she chooses, persistent, fine-grained observation subtly shapes behavior, expression, and ultimately identity. The inexorable pressure toward conformity generated by exposure, and by loss of control over uses of the gathered information, violates rights of self-determination by coopting them. Additionally, surveillance and exposure devalue the fundamental dignity of persons by reducing the exposed individuals to the sum of their «profiles». For these reasons, in circumstances where records of intellectual consumption are routinely generated – libraries, video rental memberships, and cable subscriptions – society has adopted legal measures to protect these records against disclosure. Privacy rights in information about intellectual activities and preferences preserve the privacy interest in (metaphoric) breathing space for thought, exploration, and personal growth". Così COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 577-578. Sui risvolti in tema di libertà di manifestazione del pensiero del "diritto di leggere in forma anonima" v. COHEN, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, cit.

necessariamente oggetto di proprietà – nei quali i comportamenti della persona sono liberi dal condizionamento altrui. Tali comportamenti possono includere quelli che risultano aberranti per le norme sociali dominanti e quelli che semplicemente non sono destinati ad essere assunti in pubblico. Tra questi comportamenti vi sono molte forme di consumo intellettuale. In definitiva, la seconda dimensione della privacy delimita uno spazio (fisico) nel quale la persona è libera di esplorare i propri interessi intellettuali¹⁰³.

Le dimensioni informazionale e spaziale sono messe in gioco dalle funzionalità di base e supplementari dei sistemi di DRM. Questi condizionano il (comportamento legato al) consumo (intellettuale) del contenuto digitale e rendono possibile l'acquisizione – in forme che di sovente non sono trasparenti e visibili al consumatore – di informazioni dettagliate e permanenti, cioè la creazione di banche dati su tale consumo¹⁰⁴.

Il condizionamento del consumo intellettuale è evidente nei sistemi di DRM che pongono limiti al (cioè restringono direttamente il) comportamento dei fruitori di contenuti digitali¹⁰⁵. Ad esempio, alcuni formati audio o video possono escludere la copia o possono limitare le tipologie di apparecchi di lettura. Tecnologie di questo genere restringono lo spazio di libertà tradizionalmente legato al consumo intellettuale, riducendo l'autonomia con la quale un soggetto decide le condizioni di uso e godimento di un contenuto informativo. In altri termini, esse dislocano dal fruitore al titolare dei contenuti la scelta relativa al consumo intellettuale.

La possibilità di creare banche dati sul consumo intellettuale è generata dai sistemi di DRM che rinviando al titolare dei contenuti digitali informazioni (cioè, effettuano monitoraggio) sulle attività dei fruitori¹⁰⁶. Ad esempio, esistono tecnologie in grado di ricostruire le preferenze dei fruitori o di rilevare l'uso non

¹⁰³ "Spatial privacy affords the freedom to explore areas of intellectual interest that one might not feel as free to explore in public. It also affords the freedom to dictate the circumstances – the when, where, how, and how often – of one's own intellectual consumption, unobserved and unobstructed by others. In many nonprivate spaces, this freedom is absent or compromised. For example, one may enter a library or a bookstore only during business hours, and copyright law restricts the ability to watch movies on the premises of video rental establishments. The essence of the privacy that private space affords for intellectual consumption is the absence of such limits. The interest in unfettered intellectual exploration includes an interest in the unfettered ability to use and enjoy intellectual goods within those spaces". Così COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 579-580.

¹⁰⁴ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 580. Cfr. BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy – Legal Aspects in the European Union*, cit., 508; GANLEY, *Access to the Individual: Digital Rights Management Systems and the Intersection of Informational and Decisional Privacy Interests*, cit., 266.

¹⁰⁵ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 580 ss.

¹⁰⁶ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 584 ss.

autorizzato dei contenuti forniti¹⁰⁷. Tecnologie di questo genere sono in grado di creare banche dati sul consumo intellettuale e sui modi in cui tale consumo si svolge negli spazi privati. Il fatto che la raccolta dei dati avvenga mediante funzionalità automatizzate non diminuisce la minaccia che le banche dati – potenzialmente accessibili ai titolari dei contenuti ed a terzi – pongono alla privacy legata al consumo intellettuale.

Occorre poi aggiungere che, oltre alla restrizione diretta e al monitoraggio del consumo digitale, i sistemi di DRM possono essere dotati di un'ulteriore funzionalità: l'autotutela. Su questa funzionalità si avrà modo di soffermarsi, per altri profili giuridici, nel prossimo paragrafo. Qui però si deve porre in risalto che l'autotutela ha implicazioni in tema di privacy¹⁰⁸. Tecnologie per la restrizione dell'uso del contenuto digitale possono essere dotate di funzionalità atte a sanzionare o disabilitare gli usi non autorizzati. Tali funzionalità possono operare anche in tandem con quelle di monitoraggio e possono altresì essere attivate automaticamente senza il bisogno di comunicare con un sistema informativo esterno a quello dove gira il file protetto dal DRM.

Ebbene, le funzionalità di autotutela minacciano la privacy legata al consumo intellettuale in modo peculiare. Esse, in primo luogo, identificano un particolare fruitore di contenuti digitali come il bersaglio di una misura di autotutela. Tale fruitore in questo modo non è più uno dei tanti anonimi consumatori di contenuti digitali, ma subisce una classificazione. In secondo luogo, le funzionalità di autotutela distruggono quello spazio di libertà che la privacy conferisce a chi assume comportamenti che sono condannati solo da norme sociali e non da norme giuridiche¹⁰⁹. In questo senso, sistemi di DRM altamente restrittivi assistiti da funzionalità di autotutela possono rappresentare

¹⁰⁷ Val la pena di rilevare che oltre alle tecnologie incorporate dai sistemi di DRM, il consumo di contenuti digitali su Internet è monitorabile attraverso le tecnologie comunemente in uso. La Recording Industry Association of America (RIAA) preme sugli Internet Service Provider affinché gli stessi rilascino i dati identificativi di coloro i quali hanno scaricato musica senza l'autorizzazione dei titolari del copyright.

¹⁰⁸ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 586 ss.

¹⁰⁹ "By inserting automatic enforcement functions into private spaces and activities, these technologies elide the difference between public/rule-governed behavior and private behavior that is far more loosely circumscribed by applicable rules and social norms. Some offenses, most notably crimes against persons, are so severe that they may justify such elision. In other cases, however, looseness of fit between public rules and private behavior serves valuable purposes. Where privacy enables individuals to avoid the more onerous aspects of social norms to which they may not fully subscribe, it promotes tolerance and pluralism. Where the precise contours of legal rules are unclear, or the proper application of legal rules to particular facts is contested, privacy shields a range of experimentation with different behaviors that furthers the value-balancing goals of public policy. Highly restrictive DRM technologies do not permit this experimentation, and eliminate public policy and privacy alike from the calculus of infraction and enforcement". Così COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 587-588.

una nuova forma di autoritarismo decentrato.

La suggestiva ricostruzione dottrinale che si è fin qui sintetizzata presenta certo passaggi che necessitano di approfondimento e di discussione. Tuttavia, essa ha sicuramente il pregio di dimostrare come la privacy del consumo intellettuale soggetto a sistemi di DRM sia composta di molteplici (e nuovi) interessi. Rimane il fatto che l'individuazione delle regole giuridiche per la protezione di questi interessi e la possibilità di incorporarle nella tecnologia presentano problemi non meno complessi di quelli che si incontrano sul terreno – precedentemente perlustrato – dei limiti del copyright¹¹⁰. Ma su questo punto si avrà modo di tornare in seguito.

4.4. Autotutela illimitata e dislocazione del potere di coercizione

In tutti sistemi giuridici progrediti vige il divieto di farsi giustizia da sé¹¹¹. Tuttavia, esistono ipotesi circoscritte in cui lo stato rinuncia al monopolio della coercizione e concede ai privati la possibilità di ricorrere all'autotutela¹¹². Alcune ipotesi riguardano il rafforzamento della posizione del creditore e si poggiano anche su ragioni economiche¹¹³. Anch'esse sono presidiate da principi e regole che ne scandiscono rigorosamente i limiti¹¹⁴.

Il DRM, conferendo ai titolari dei contenuti il potere di un'autotutela illimitata delle regole (contrattuali) unilateralmente predisposte, si pone in conflitto con il quadro giuridico appena evocato¹¹⁵. Di questo quadro fanno parte integrante i principi e le regole in materia di diritti di proprietà intellettuale e di privacy finora illustrati. Qui si discuteranno ulteriori implicazioni giuridiche.

¹¹⁰ Sul tema v. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 588 ss.

¹¹¹ V. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XIII ed., Milano, 2000, 37-38.

¹¹² Sul tema dell'autotutela v., nella letteratura italiana, C. M. BIANCA, *Autotutela*, in *Encicl. dir.*, aggiornamento-IV, Milano, 2000, 130; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela (diritto civile)*, in *Encicl. giur.*, Roma, 1988, vol. IV; E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Encicl. dir.*, Varese, 1959, 529.

¹¹³ Sull'analisi economica dell'autotutela del creditore v. R. E. SCOTT, *Rethinking the Regulation of Coercive Creditor Remedies*, 89 *Colum. L. Rev.* 730 (1989); R. E. BARNETT, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, 78 *Va. L. Rev.* 821 (1992).

¹¹⁴ In ambito nordamericano, sui limiti con i quali common law e UCC autorizzano venditori e creditori ad esercitare alcune forme di self-help v. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1101 ss. (1998). Nel diritto italiano "al creditore non pagato non è solamente vietato di sottrarre la cosa con la forza, al fine di venderla e soddisfarsi con il prezzo; normalmente gli è vietato anche, qualora abbia già in mano una cosa consegnatagli dal debitore stesso in deposito o in uso, di approfittarne per trattenerla e soddisfarsi su essa" (per questa enunciazione v. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 37). Di più: nel diritto italiano è vietato il patto commissorio (art. 2744 c.c.), cioè una forma di autotutela che si basa sul previo consenso.

¹¹⁵ Sul tema v. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit..

Si deve partire dalla constatazione che il codice binario genera nuove forme di autotutela. Ne è testimonianza la prassi della commercializzazione del software¹¹⁶. Da tempo, infatti, i licenziatari del software utilizzano strumenti tecnologici, quali programmi che si disattivano dopo un tempo predeterminato e si riattivano solo previo inserimento di un nuovo codice di accesso, o "bombe logiche" per la disabilitazione di funzionalità del sistema informatico, al fine di "garantirsi" il rispetto della licenza¹¹⁷. Internet ha poi moltiplicato il potere di autotutela. Oggi strumenti come le bombe logiche possono essere innescati a distanza. Occorre inoltre considerare che un crescente numero di aziende produttrici di software non distribuisce copie di file, ma fornisce, tramite rete, l'accesso a determinate funzionalità o applicazioni. Tale modello di commercializzazione, chiamato anche "Applications Software Provider" (ASP) può servirsi della più semplice delle forme di autotutela: la negazione dell'accesso¹¹⁸.

Il DRM, perciò, non è che l'ultima frontiera di questa prassi. Esso, infatti, è in grado di incorporare una o più forme di autotutela: ad esempio, la negazione dell'accesso, la disattivazione di funzionalità o la distruzione di informazioni. Tali forme di autotutela si innestano sul – e diventano difficilmente distinguibili dal – controllo del contenuto e delle relative possibilità di fruizione. Dunque, come si è anticipato, il DRM conferisce un potere di autotutela sostanzialmente illimitato.

La pericolosità di questo potere non è ridimensionata dal carattere "dematerializzato" dell'autotutela. Il divieto di autotutela non si fonda solo sulla finalità di scongiurare occasioni di violenza fisica. Occorre in proposito ricordare che tale principio si esprime in diverse fattispecie rispetto alle quali la violenza fisica a persone o cose è esclusa¹¹⁹. Inoltre, il concetto di dematerializzazione del contesto digitale non deve essere frainteso. Un sistema informatico è pur sempre costituito anche da supporti fisici, oltre che da informazioni, che sono – o meglio, dovrebbero essere – sotto il controllo del fruitore. Il fatto che una misura di autotutela come la disabilitazione di una funzione avvenga in modo non violento, incruento ed indolore non ne

¹¹⁶ V. LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 355 ss.. Per approfondimenti v. H. GITTER, *Self-Help Remedies for Software Vendors*, 9 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 413 (1993); E. C. RODITTI, *Is Self-Help a Lawful Contractual Remedy?*, 21 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 341 (1995); P. SAMUELSON, *Embedding Technical Self-Help in Licensed Software*, 40 *Comm. ACM* 13 (Oct. 1997).

¹¹⁷ Le corti americane appaiono decisamente severe nel reprimere le forme di autotutela sperimentate nella distribuzione del software. Sul punto per le prime indicazioni v. LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 357-358.

¹¹⁸ V. LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 358.

¹¹⁹ Si pensi, nel diritto italiano, al principio già evocato che vieta al creditore non pagato di soddisfarsi sulla cosa consegnatagli dal debitore.

diminuisce l'invasività e la distruttività¹²⁰. Quand'anche la misura si risolva in una negazione dell'accesso ad una risorsa informatica remota, il principio del divieto di autotutela non è fuori gioco. Anzi, un contratto di ASP fa leva su un maggiore potere tecnologico – non è un caso che i consumatori siano restii a convertirsi totalmente a tale schema negoziale: si pensi, ad esempio, cosa significa per una biblioteca universitaria la transizione dagli abbonamenti cartacei ad un sistema interamente basato su banche dati on-line –, che deve esser oggetto di severi limiti giuridici alla possibilità di autotutela¹²¹. A questo va aggiunto che, diversamente dalle forme tradizionali di autotutela (ad esempio, lo spoglio di una cosa materiale), quelle digitali sono scarsamente trasparenti e visibili. Per l'utente può essere difficile o impossibile – a causa delle condizioni generali di contratto e, soprattutto, di lacune nella propria abilità informatica – conoscere l'esistenza di una misura di autotutela e comprenderne il funzionamento.

In buona sostanza, i principi e le regole che tradizionalmente limitano le possibilità di autotutela contrattuale valgono a maggior ragione per chi gestisce il DRM. L'esigenza di individuare preventivamente e rigorosamente i presupposti (ad esempio, il tipo di inadempimento) dell'autotutela e di rendere trasparente il funzionamento della stessa sono caricati di nuovi significati.

D'altra parte, a favore di quelle forme di autotutela che si sovrappongono o si confondono con il controllo ex ante sul contenuto digitale non può essere invocato il principio della libertà contrattuale. In proposito, è stato acutamente rilevato che la regolazione ex ante della performance contrattuale dell'utente non è equiparabile al consueto diritto dell'impresa di conformare liberamente il prodotto, diritto che trova la sua ragione nella libertà del consumatore di

¹²⁰ Cfr. COHEN, *Copyright and The Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1105-1106, la quale – ragionando a margine del repossessio, che nel diritto angloamericano è una forma di self-help – ricorre al seguente esercizio logico: "plainly, the nonviolent nature of electronic self-help – not to mention electronic "regulation" of performance – does not negate its invasiveness from the consumer's perspective. The widespread outrage that greeted rumors of a "registration wizard" in Microsoft's Windows software, which purportedly reported back to Microsoft via the Internet on the contents of users' hard drives, suggests that individuals also assess intrusion in other ways. (Imagine, for example, that a team of high-tech repo men had just used a transporter device to "beam" your sofa out of your living room and back to the furniture store. It would be difficult for the creditor to convince you that no intrusion had occurred.) The law of privacy agrees that intrusion need not be violent to be actionable; nonconsensual "intrusion upon seclusion" is actionable without regard to the intruder's use of force. Assessing the degree of intrusion allowable as a matter of commercial law, therefore, requires us to do more than simply weigh the risk of physical injury to persons or property against the licensor's countervailing proprietary rights".

¹²¹ Si pensi alla cautela dalle quali è circondato il potere di distacco dei servizi di pubblica utilità come l'energia elettrica, il gas ed il telefono. In argomento v., per alcuni riferimenti all'ordinamento statunitense, COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1110.

scegliere o rifiutare lo stesso prodotto. La conformazione di un contenuto digitale – come già si è rilevato – comporta un diretto condizionamento del fruitore che minaccia gli spazi di libertà garantiti da proprietà intellettuale e privacy.

Più in generale, le argomentazioni economiche mobilitate a favore dell'autotela privata si devono misurare con la peculiare natura del contesto in cui si realizzano contratti su contenuti digitali. In primo luogo, si tratta di contratti di massa rispetto ai quali la presunzione di efficienza del meccanismo negoziale entra in crisi¹²². In secondo luogo, difficilmente si può invocare il supporto di norme sociali, in quanto queste ultime presuppongono una condivisione degli attori del mercato (o delle componenti della comunità di riferimento), condivisione difficile da presumere in capo a chi aderisce a condizioni generali di contratto e non è parte del processo di creazione della regola tecnologica¹²³. In terzo luogo, i contenuti digitali hanno una natura economica particolare¹²⁴, e per questo sono sottoposti ad un regime assai

¹²² Cfr. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1125-1126 secondo la quale "economic analysis of commercial law posits that the law of commercial transactions should focus primarily on establishing default rules that are "efficient." For some legal scholars, this means that legal rules for resolving disputes should reflect the ex ante bargains that a majority of the parties would have reached. Others contend that the law should sometimes set default rules differently, to encourage one or both parties to reveal information in the course of bargaining around them. Once again, however, the notion that a rule should mirror or encourage "bargaining" is less than useful in the mass market context, where bargaining typically does not occur on a term-by-term basis. In the mass market, consumers are contract takers; they can refuse to buy, or hold out for a lower price, but they generally cannot demand a particular package of contract terms or product characteristics".

¹²³ Cfr. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1123; nonché, più estesamente e con riferimento soprattutto ad Internet, M. A. LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1257, 1273 (1998).

¹²⁴ V. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1120-1121, secondo la quale "the simplest economic rationale for allowing self-help repossession turns on the seller's opportunity cost. Creditors seeking expanded self-help powers typically have argued that requiring them to incur litigation costs, or to charge off as losses items of collateral too small to justify litigation, will raise the price of credit for other, law-abiding consumers. This "lost-value" justification for self-help does not apply as neatly to intangible intellectual property [...]. The "lost value" attributable to a product whose value lies chiefly in its public good aspect is inherently speculative. Failure to recover a car after the buyer defaults precludes the secured creditor from recovering a portion of its investment; failure to recover a copy of a creative or informational work does not preclude the information provider from realizing a profit on the work. Particularly in the case of digital works, the supply of copies is infinite and virtually costless, and there is no necessary or inevitable relationship between the price charged to consumers and the value invested in each copy. The point is not that information providers have no claim to remuneration for copies of works - plainly, they do and should - but only that "lost value" arguments are less compelling in this context; thus, it seems odd that information providers should demand greater powers of self-help than are available to purveyors of tangible goods".

diversa da quella dei beni materiali. Anche quando questi contenuti assurgono al livello di opere dell'ingegno, il diritto di esclusiva sopporta i limiti posti a presidio del bilanciamento dei molteplici interessi che ruotano intorno alla produzione e fruizione della conoscenza¹²⁵. In quarto luogo, il carattere illimitato dell'autotela digitale genera incentivi ad abusare della stessa (ad esempio, ad attivare l'autotela al fine di coprire il proprio inadempimento)¹²⁶. Infine, come si è già rilevato, la dislocazione di (maggiore) potere coercitivo in capo ai privati che hanno il controllo originario dell'informazione rende concreto il rischio di un autoritarismo decentrato.

4.5. (In)trasparenza delle regole e automazione del contratto

Fin qui si è trattato delle minacce che il DRM pone ai principi e alle regole della proprietà intellettuale, della privacy e dell'autotela privata. Molti dei principi e delle regole fin qui evocati hanno natura imperativa. In questa prospettiva, l'antagonista del DRM è il potere normativo dello stato. Tuttavia, quando il DRM si muove nei margini dell'autonomia privata, occorre chiedersi perché il fruitore dei contenuti digitali debba piegarsi, senza contrattare, a regole contrattuali che avvantaggiano – rispetto al quadro dispositivo disegnato dalle norme statali – il titolare dei contenuti. Più in generale occorre chiedersi se il fruitore di contenuti digitali è in grado di conoscere, comprendere, contrattare o attaccare davanti ad un giudice le regole del DRM¹²⁷.

Si è già accennato alla tutela dell'accettante quando si sono illustrate per sommi capi le condizioni generali di contratto legate ai software che incorporano sistemi di DRM. Si è anche accennato all'asimmetria informativa e alla

¹²⁵ Cfr. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1127-1128, la quale rileva che "[...] copyright system promotes the social goals of creative progress and public access to creative works in important ways that the market cannot measure. Because it is difficult to assess creative potential ex ante, because there is no necessary relationship between creative potential and ability to pay, and because current information providers may perceive some works by second-comers (for example, parodies) as detrimental to their interests, there is no reason to think that giving information providers control over all uses of their information products would result in more or better creative progress. Even under a well-functioning regime of contractual usage rights, moreover, second-1128 comers whose works produce substantial shared social benefits would be unable to appropriate the full value of their contributions, and would be unwilling to pay the prices demanded by existing content owners. In this respect, the enhanced accessibility of creative and informational works under copyright law produces important external benefits that most likely would be underproduced by a private-law, market-based regime. Copyright's access and use privileges, which distribute the "costs" of uncompensated uses broadly among all consumers, attempt to correct for this market failure - or, more accurately, for this failure of markets".

¹²⁶ Cfr. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1122.

¹²⁷ Per una discussione della nozione di consenso contrattuale in riferimento a contesti digitali v. M. J. RADIN, *Humans, Computers, and Binding Commitment*, 75 *Ind. L.J.* 1125 (2000).