

razionalità limitata degli aderenti alle condizioni generali di contratto come fattori che generano situazioni di patologica disparità di potere contrattuale. Ora questi temi vanno ripresi e trattati organicamente.

I sistemi di DRM esasperano i problemi di asimmetria informativa e di razionalità limitata. In altri termini, il potere tecnologico legato al DRM spiana la strada a nuove forme di approfittamento contrattuale.

Per dimostrare il fondamento di questa affermazione conviene scomporre il ragionamento in due parti. Nella prima parte si può riprendere il filo logico delle riflessioni svolte a margine delle condizioni generali di contratto poste in forma digitale e di sovente utilizzate nel contesto del commercio elettronico. Infatti, come si è già rilevato, i sistemi di DRM si possono relazionare – anche contemporaneamente – con più tipi di condizioni generali di contratto poste in forma digitale: a) quelle che disciplinano l'utilizzo del software di lettura del contenuto digitale; b) quelle che disciplinano l'utilizzo del contenuto digitale; c) quelle che disciplinano l'utilizzo dei siti Internet dove si acquisiscono i contenuti. Nella seconda parte occorre prendere le mosse dalla constatazione che un sistema di DRM è – come si è anticipato – una traduzione in forma tecnologica di regole unilaterali.

È stato convincentemente sostenuto che la digitalizzazione delle condizioni generali di contratto modifica, ma non migliora la posizione dell'aderente. In particolare, nel contesto del commercio elettronico quest'ultimo continua a non leggere o a non comprendere i termini negoziali¹²⁸. Il predisponente, per parte sua, continua ad avere maggiori informazioni circa le implicazioni giuridiche degli stessi termini. Vero è che l'aderente dispone di nuovi mezzi tecnologici che possono – almeno teoricamente – avvantaggiare la sua posizione (si pensi agli shopbots, cioè a quei siti Internet che offrono, tramite tecnologie ad agenti software, la possibilità di comparare, soprattutto rispetto al prezzo, le offerte sulla rete di un determinato prodotto¹²⁹). Ma è altrettanto vero che anche il predisponente, in quanto impresa, dispone di nuovi – generalmente assai sofisticati – mezzi tecnologici utili a perpetuare nel contesto digitale le strategie di approfittamento riscontrate nel commercio tradizionale. Infatti, sebbene il quadro degli incentivi connesso al commercio elettronico – soprattutto quello c.d. diretto, che riguarda la distribuzione attraverso la rete di contenuti digitali – rimanga a tutt'oggi poco chiaro¹³⁰, è assai

¹²⁸ V. R. A. HILLMAN, J. J. RACHLINSKI, *Standard-form Contracting in the Electronic Age*, 77 *N.Y.U.L. Rev.* 429 (2002).

¹²⁹ Su questo tema v., in questo libro, G. BELLANTUONO, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici*.

¹³⁰ Cfr. J. B. DE LONG, A. M. FROOMKIN, *The Next Economy?*, in D. HURLEY et al. (eds.), *Internet Publishing and Beyond: The Economics of Digital Information and Intellectual Property*, Cambridge, 1999.

plausibile che le imprese conservino motivi per inserire nelle condizioni generali di contratto clausole che ribaltano rischi sugli aderenti¹³¹. Questi incentivi sono generati proprio dal fatto che le imprese conoscono (e manipolano) i fattori che portano gli aderenti a non leggere o a non comprendere i termini contrattuali. D'altra parte, perché le imprese dovrebbero farsi concorrenza su una caratteristica del prodotto (i termini contrattuali, appunto) che non è conosciuta o non viene compresa? Anche nel contesto digitale l'ignoranza del testo contrattuale deriva da limiti (interni e di contesto) della razionalità dell'aderente e dai condizionamenti sociali che gravano su quest'ultimo¹³².

Ad esempio, la lettura di un testo contrattuale sullo schermo di un computer, allo stato attuale della tecnologia, può risultare – a meno che il lettore non adoperi accorgimenti – più difficoltosa che su un equivalente cartaceo. Il contesto digitale rende poi il contraente accettante più impaziente di concludere il contratto. Il tempo – ad esempio, quello che passa dalla verifica delle caratteristiche del prodotto alla conclusione del contratto – e la sua percezione sono differenti rispetto a contesti non digitali. È inoltre probabile che limiti cognitivi spingano a non investire il tempo risparmiato – grazie alle tecnologie che facilitano la ricerca del prodotto desiderato – nella lettura e nella (difficile, se non impossibile) valutazione delle condizioni generali di contratto. Le imprese, poi, possono adoperare nuovi mezzi tecnologici per scoraggiare questa eventuale lettura. Per quel che più conta, le imprese possono pilotare in modo più sottile il comportamento del consumatore al fine di indurre la conclusione del contratto, prescindendo dalla valutazione dei suoi rischi (si pensi alle tecnologie Internet che stilano profili del consumatore al fine di presentare siti Web ed offerte in sintonia con i profili stessi).

A queste osservazioni va anche aggiunto il fatto, dal quale si sono prese le mosse, che il DRM può implicare differenti rapporti e controparti contrattuali, ai quali corrispondono differenti condizioni generali di contratto. La moltiplicazione delle condizioni generali costituisce perciò un ulteriore fattore di opacità del contratto.

È ora il momento di passare alla seconda parte del ragionamento. L'acquisizione di una forma di utilizzo di un contenuto digitale soggetto ad un sistema di DRM avviene secondo modalità differenti: come il download di un file video da un sito Web, o lo streaming di una conferenza attraverso un ASP. Ma in ogni caso il funzionamento delle tecnologie di cui è composto il DRM rispecchia le regole volute dal titolare dei contenuti. Più delle precedenti forme di commercio elettronico, il DRM fa prevalentemente leva su tecnologie orientate agli interessi delle imprese. Le regole del DRM attengono sia alle

¹³¹ V. HILLMAN, RACHLINSKI, *Standard-form Contracting in the Electronic Age* cit., 465 ss.; G. BELLANTUONO, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici* cit.

¹³² V. HILLMAN, RACHLINSKI, *Standard-form Contracting in the Electronic Age*, cit., 478 ss.

modalità di negoziazione (cioè alla formazione dell'accordo contrattuale), sia agli obblighi contrattuali (cioè al contenuto del contratto). Chi governa il DRM è in grado di predeterminare, oltre che le possibilità di fruizione del contenuto digitale, la tempistica, la visibilità e la modalità degli atti negoziali del consumatore. Chi governa il DRM è altresì in grado di modificare nel corso della relazione negoziale una o più componenti del sistema - si pensi all'update o all'upgrade del software di lettura multimediale - con modalità che possono essere scarsamente visibili per l'utente.

L'intrasparenza delle regole del DRM è direttamente proporzionale alla complessità del funzionamento delle tecnologie digitali sulle quali lo stesso si basa (per avere un'idea più precisa di quello che si sta dicendo, può essere utile confrontarsi con le spiegazioni del funzionamento di un software per la lettura multimediale di ultima generazione: si va da documenti, sibillini, di una pagina, a spiegazioni, sterminate, di centinaia di pagine)¹³³. Inoltre, il fruitore ha limitati margini di intervento solo sulla parte del sistema che si trova sotto il suo controllo (ad esempio, si possono studiare le opzioni offerte da un software di lettura multimediale e impostare come predefinite quelle più adatte alle proprie preferenze). Solo un utente con abilità e mezzi informatici sofisticati può esercitare un maggiore impatto sul funzionamento del DRM.

Quanto detto dovrebbe essere sufficiente a dimostrare che l'intrasparenza del DRM non deriva tanto (o solo) dalle condizioni generali di contratto che lo accompagnano, quanto dal suo stesso funzionamento, che si presenta complesso e orientato agli interessi delle imprese. Detto più brutalmente le regole unilaterali sono incorporate nella tecnologia (e, come si è visto, sanzionate attraverso quest'ultima). Ciò non significa ovviamente che la rilevanza delle condizioni generali di contratto sia azzerata, in quanto la trasparenza e gli obblighi di informazione vanno valutati anche sulla base della corrispondenza tra regole incorporate nella tecnologia e quanto dichiarato nelle stesse condizioni. Tuttavia, è chiaro, una volta di più, che nell'ambito del DRM il potere

¹³³ È assai utile il rilievo - che in questo libro si deve ad A. ROSSATO, *Tendenze evolutive nello spazio digitale* - in base al quale il concetto di trasparenza assume significati e valori differenti a seconda che sia utilizzato in un contesto discorsivo giuridico o informatico. In un discorso come quello del testo dedicato al diritto dei contratti l'aggettivo trasparente qualifica positivamente un testo contrattuale dal quale emergono nitidamente diritti ed obblighi delle parti. In un discorso informatico uno strumento (ad esempio, un software) è trasparente quando compie operazioni senza che l'utente ne sia consapevole. Dunque, la mancanza di consapevolezza può essere un bene sotto il profilo dell'informatica, perché alleggerisce i compiti dell'utente, ma può essere un male sotto il profilo del diritto, perché rende l'utente meno consapevole delle implicazioni giuridiche dello strumento informatico. Naturalmente è probabile che esista un trade-off tra controllabilità giuridica e utilizzabilità dello strumento informatico. D'altra parte, anche per la trasparenza del testo contrattuale cartaceo sembra valere il principio che il sovraccarico di informazioni svantaggia almeno alcune categorie di contraenti, come quella dei consumatori.

contrattuale è soprattutto potere tecnologico.

5. Le regole di governo del DRM

5.1. Fonti e formanti

Fin qui non si è affrontato approfonditamente il problema della natura del potere tecnologico derivante dal DRM. Il precedente paragrafo era teso a dimostrare che il potere tecnologico è un importante fattore di un potere di fatto. Questo potere minaccia una serie di principi e di regole dei sistemi giuridici occidentali. Si è anche qualificato lo stesso potere come contrattuale. La qualifica appare giustificata dal fatto che il DRM è destinato, almeno nei suoi intenti immediati, a regolare scambi commerciali tra imprese fornitrici di contenuti digitali e utenti degli stessi. Si è anche cercato di dimostrare come le regole del DRM poggino su qualcosa che è assolutamente differente dall'idea di contratto a cui ci ha abituato la nostra tradizione giuridica. La differenza deriva dalle caratteristiche di queste regole, le quali sono unilaterali (non sono frutto di effettiva contrattazione), intrasparenti (non sono percepite dagli utenti; possono mutare rapidamente), e pervasive (riguardano non solo il contenuto dello scambio commerciale, ma anche modalità e tempi dell'«accordo»; riguardano non solo l'oggetto dello scambio commerciale, ma anche materie che attengono a principi giuridici fondamentali come la libertà di pensiero, la privacy e il divieto di autotutela privata).

In definitiva, si è lasciata (volutamente) aperta la questione evocata dal titolo di questo lavoro. Il potere derivante dal DRM è un potere contrattuale o normativo? E quali sono i limiti giuridici di questo potere? La risposta a queste domande dipende dalla prospettiva prescelta. Se si sceglie la prospettiva di chi (non solo il teorico, ma anche il giudice) ragiona all'interno di un sistema giuridico occidentale, le domande possono trovare una risposta in termini di limiti - derivanti da principi giuridici sovranazionali, principi costituzionali e leggi - alla libertà contrattuale. In questo senso, si sviluppano i successivi paragrafi, partendo dal presupposto che alla base del DRM ci sia - anche se in forma minimale - un accordo (o più accordi) tra privati. Se si sceglie la prospettiva che esalta il carattere ateritoriale e (tendenzialmente) destatualizzato del diritto dell'era digitale, il discorso passa attraverso l'individuazione dell'ordinamento giuridico (o degli ordinamenti) di riferimento.

Prima di passare a discutere delle norme statali che attengono all'incrocio tra DRM e limiti alla libertà contrattuale, è necessario aprire una parentesi, necessariamente sintetica, sulla seconda prospettiva. Ciò per due ragioni. In primo luogo, i sistemi più evoluti di DRM passano per Internet, il che si riallaccia al problema della c.d. governance della rete (cioè dell'ordinamento e

delle sue fonti)¹³⁴. In secondo luogo, riflettere sulla governance di Internet significa esercitarsi sulle caratteristiche del diritto dell'era digitale e, quindi, spianare la strada ad una discussione sensata su limiti efficaci alla libertà contrattuale.

È da notare, in via preliminare, che molto spesso il discorso sulla governance della rete prende le mosse dalla valutazione di adeguatezza del diritto dell'era predigitale (a base statale) e punta ad immaginare il modello migliore di regolamentazione. Su questo tipo di impostazione si scontrano due visioni opposte. Da una parte, c'è chi afferma la superiorità dell'ordinamento privato. Dalla parte opposta, c'è chi ripropone la validità e la supremazia del diritto di origine statale. A volte, questa seconda visione transita attraverso la via dei trattati internazionali sul diritto sostanziale o sulle regole della legge e della giurisdizione applicabile¹³⁵.

Una diversa e più promettente impostazione – che si deve soprattutto al costituzionalista nordamericano Lawrence Lessig – passa attraverso uno snodo concettuale svincolato dalla teoria delle fonti. In base a tale snodo concettuale, il comportamento umano è condizionato, sia nella realtà tradizionale, sia nella realtà di Internet, da permessi e divieti. Le regole che permettono o vietano sono il frutto di più fattori: il diritto [di origine statale], le norme [consuetudinarie], il mercato, le architetture [il modo in cui le tecnologie disegnano lo spazio del comportamento]¹³⁶. Questo tipo di riflessione mira a mettere in esponente, da una parte, che le tecnologie digitali rivestono un peso decisivo nel condizionare il comportamento degli attori di Internet, dall'altra, che le stesse tecnologie interagiscono in modo complesso con gli altri fattori di condizionamento. Sotto il profilo del peso che le tecnologie digitali hanno sul comportamento umano, non c'è bisogno di aggiungere altro a quello che si è detto nelle pagine precedenti. Sotto il secondo profilo, si rileva che il diritto di origine statale può influire anche indirettamente, cioè regolando le tecnologie, sul comportamento degli utenti della rete¹³⁷. Per comprendere l'impatto di questa forma di regolamentazione, occorre tener presente che le tecnologie di Internet si basano su un'architettura complessa che è fatta di standard tecnologici¹³⁸, e che tali

¹³⁴ V. per un inquadramento del problema PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 173 ss.

¹³⁵ Per una ricostruzione del dibattito, che si presenta assai più articolato e ricco di sfumature della semplificazione offerta nel testo V. LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, cit., 1257 ss.

¹³⁶ V. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, cit., 85 ss.

¹³⁷ V. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, cit., 90 ss.

¹³⁸ L'architettura di Internet si basa su diversi livelli di protocolli di comunicazione (sul punto v. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 19 ss.; e dello stesso autore *Scoperte scientifiche, invenzioni e protocolli relativi a Internet*, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 161).

standard possono essere di pubblico dominio o soggetti a proprietà intellettuale¹³⁹.

Gli standard tecnologici di Internet (come le altre tipologie di standard¹⁴⁰) possono emergere dal basso (c.d. approccio bottom-up): cioè possono essere il frutto di scelte alle quali aderisce spontaneamente un numero crescente di soggetti; o possono essere imposti dall'alto (c.d. approccio top-down): cioè dagli organismi preposti alla creazione di standard, i quali a loro volta possono subire pressioni da centri di potere privati (ad es. accordi fra imprese volti al riconoscimento dello standard o richieste di riconoscimento dell'esistenza di una forma di proprietà intellettuale sullo standard) o dagli stati¹⁴¹.

Anche le norme consuetudinarie nella dimensione di Internet non si muovono svincolate dagli altri fattori di condizionamento. E ciò è un bene rispetto alle norme finora individuate. È stato infatti convincentemente dimostrato che le c.d. Internet norms sembrano essere mutevoli, frammentarie e

Nell'opera che qui si cita, Lessig, parlando di regolamentazione del codice da parte del diritto di origine statale, si riferisce alle applicazioni di Internet, che, mediante hardware e software, fanno uso o implementano i protocolli TCP/IP, e quindi anche ad applicazioni come programmi per la navigazione, sistemi operativi, software per la crittazione dei dati, programmi di posta elettronica (v. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, cit., 102).

¹³⁹ Lessig sostiene che quando il codice sorgente è aperto, cioè leggibile (come è per i protocolli TCP/IP, o per i programmi soggetti a licenze open source), la regolamentazione da parte dello stato è più difficile.

¹⁴⁰ Sul tema degli standard v. LEMLEY, MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, cit.; M. A. LEMLEY, *Standardizing Government Standard-Setting Policy for Electronic Commerce*, 14 *Berkeley Tech. L.J.* 745; Id., *Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations*, cit.

¹⁴¹ V. RADIN, *Humans, Computers, and Binding Commitment*, cit., 1148; M. J. RADIN, R. P. WAGNER, *The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace*, 73 *Chi.-Kent. L. Rev.* 1295, 1297, i quali precisano che "The bottom-up "versus" top-down distinction tends to be obfuscatory in cyberspace, as it is elsewhere. A regime can be characterized as either, depending upon how you look at it. Legislation itself is bottom-up when considered as a good purchased by competing interest groups. To some, nuisance law is unwanted top-down regulation; to others it is a needed inherent limitation on property titles arrived at by bottom-up coordination among neighbors. Top-down legislative regimes are no less the result of social evolutionary processes than are bottom-up regimes of norms. Most regimes are mixed anyway: there are myriad ways for governmental and non-governmental organizations and individuals and groups to be intertwined with each other in social ordering. Sometimes a law laid down seems best (someone has to declare that the speed limit shall be; sometimes a customary norm seems best (a validation of a usage of trade); many times a mixture is best. We ought to be talking about the details of good mixtures, rather than debating top-down "versus" bottom-up. It may make no sense for the Internet to be governed by existing nation-states (or the powerful among them), and it is true that the Internet (at least in its earlier non-commercial stage) has (or had) the potential for ordering a great deal through custom rather than law. That raises interesting questions about the role of custom in the commercialized Internet. It does not mean that a Hayekian free-for-all is the only alternative, or even a viable alternative, to attempted government in detail by nation-states".

pur sempre limitate a piccole ed instabili comunità (e quindi non riferibili alla globalità di Internet)¹⁴²; in altri termini, non rispondono ai requisiti che i sistemi giuridici occidentali ritengono necessari per annoverare le consuetudini tra le fonti del diritto¹⁴³. Anche quando esse sono osservate stabilmente da ampie comunità, sembrano rappresentare nient'altro che una bandiera degli interessi di opposte categorie di soggetti che fanno parte della medesima comunità: la copia illecita di opere protette da copyright non diventa consuetudine solo perché ampie comunità di utenti P2P si scambiano copie illecite¹⁴⁴; le condizioni generali di contratto non diventano consuetudini solo perché i legali delle imprese sono convinti della loro efficacia¹⁴⁵. Sovente, poi, il sanzionamento delle c.d. Internet norms comporta esternalità e costi insostenibili¹⁴⁶.

Dunque, l'interazione tra regole private e regole di origine statale si presenta assai complessa e necessita ancora di notevoli sforzi ricostruttivi.

In questa sede, ci si può limitare a rilevare che Internet ripropone il confronto e lo scontro tra dimensione transnazionale e dimensione territoriale, tra tangibilità ed intangibilità, tra ordinamenti privati e statali. Una differenza evidente rispetto al passato sta nei linguaggi che costituiscono la base di questa nuova forma di pluralismo giuridico. E non è una differenza da poco¹⁴⁷. La

¹⁴² V. LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, cit., 1266 ss.

¹⁴³ V. per una rivisitazione critica del tema R. SACCO, *Il diritto non scritto, Le fonti del diritto italiano. Vol. 2: Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. SACCO), Torino, 1999, 5.

¹⁴⁴ Cfr. LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, cit., 1278.

¹⁴⁵ Cfr. LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, cit., 1273-1274.

¹⁴⁶ V. LEMLEY, *The Law and Economics of Internet Norms*, 1277 ss.

¹⁴⁷ "[...] La terminologia giuridica racchiude valori i quali trascendono la funzione pratica di qualunque terminologia scientifica. Racchiude, appunto, valori di legalità e di uguaglianza" così A. GAMBARO, *Iura et leges nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, Europa e dir. privato*, 1998, 993, 1017. L'affermazione si pone al termine di un ragionamento (v. *ibid.*, 1013 ss.) a proposito del linguaggio del legislatore comunitario: "in realtà appare fondata l'impressione che la burocrazia europea ricerchi una intesa linguistica diretta con le categorie di operatori economici di volta in volta interessati al particolare ambito normativo che essa si propone di armonizzare, e si rassegni a dialogare con i giuristi solo quando essi sono l'unico referente possibile. [...] Il fatto è che esiste ed ha cittadinanza nel mondo contemporaneo la tendenza a porre qualunque problema economico e sociale nell'ottica di una riforma da promuoversi legislativamente dopo aver compiuto la necessaria analisi costi e benefici. Questa tendenza si sposa con l'idea che simili riforme sono meglio attuate se coloro che sono chiamati a partecipare al processo di legal implementation sono in grado di cogliere i sottesi obiettivi di policy e quindi di dare ad essi lo sviluppo che meritano mediante un'interpretazione orientata alle conseguenze. In simile contesto non solo lo spazio per la traduzione giuridica europea è marginale, ma poiché tale tradizione è, in qualche misura, nociva, essa va emarginata. Io credo che la tendenza alla quale ho appena accennato sia il vero pericolo che incombe sul processo di edificazione del diritto civile europeo". L'autore ha poi sviluppato il suo pensiero in *Comprendere le strategie comunicative del legislatore*, in *Riv. critica dir. privato*, 2000, 605.

tecnologia digitale ed il suo processo di creazione incorporano valori (o antivalori) che hanno riflessi giuridici (politici, ed economici), ma rispondono ad un linguaggio tecnico radicalmente diverso – esso è, in ultima analisi, rivolto ad una macchina che capisce solo la diversità tra gli stati di acceso e spento – da quello giuridico¹⁴⁸. Le tradizionali teorie delle fonti non sembrano essere attrezzate ad affrontare tutte le implicazioni di questo tema, che piuttosto si prestano ad essere indagate con la lente della teoria dei formanti.

Quanto detto forse basta ad affrontare con maggiore consapevolezza il problema dei limiti alla libertà contrattuale connessi all'utilizzo dei sistemi di DRM.

5.2. Regole sulle protezioni tecnologiche tra copyright e diritto dei contratti: il modello legislativo statunitense

A tutt'oggi non esistono leggi che prendano in considerazione il fenomeno DRM nel suo complesso. Tra le molte materie che sono messe in gioco dai sistemi di DRM, ve ne sono due sulle quali si registrano recenti interventi legislativi statunitensi e comunitari che prevedono una diretta regolamentazione delle tecnologie di protezione dei contenuti digitali (le quali, come si è visto, costituiscono una componente fondamentale del DRM): il copyright ed il diritto dei contratti.

Sul piano delle leggi sul copyright, occorre riprendere brevemente un ragionamento effettuato in altra sede, in chiave di evoluzione e circolazione dei modelli giuridici¹⁴⁹. In conseguenza della rivoluzione digitale, gli Stati Uniti e l'Unione Europea hanno ridisegnato il volto delle leggi sui diritti sulle opere dell'ingegno. A partire dai primi anni '80, si delinea la risposta normativa alla sfida da parte delle nuove tecnologie (in particolare, quelle digitali) di elaborazione, riproduzione e diffusione delle opere dell'ingegno. Essa è dominata dall'attivismo legislativo statunitense e si snoda attraverso nuovi accordi internazionali, nonché attraverso l'opera di armonizzazione comunitaria¹⁵⁰. Il modello dominante è quello statunitense. La sua tendenza evolutiva è chiara: inserimento di nuove opere nel novero di quelle protette (in particolare, il software), rafforzamento dei diritti di esclusiva, creazione di nuovi strumenti di tutela, e restringimento delle prerogative riservate agli utenti¹⁵¹. In

¹⁴⁸ Cfr. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 195.

¹⁴⁹ V. CASO, *L'evoluzione del copyright statunitense e del diritto d'autore italiano*, cit.

¹⁵⁰ Sul tema v. F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, in PASCUZZI e CASO (curr.), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, cit., 195, ivi ampi riferimenti.

¹⁵¹ Che il copyright federal law abbia potuto assumere un volto così intransigente, determinando, secondo una parte consistente della dottrina americana, un palese contrasto con la

molti casi, la Comunità Europea esaspera la logica sottesa all'evoluzione normativa d'oltreoceano, inducendo fenomeni di circolazione inversa e competizione con il modello nordamericano¹⁵².

In questa sede il ragionamento sarà limitato al modello nordamericano.

La tendenza legislativa statunitense ha come ultimo esito l'emanazione nell'ottobre del 1998 di una legge federale dalla mole spropositata e dal titolo pomposo: Digital Millenium Copyright Act (DMCA)¹⁵³. Oltre a prevedere, in base a differenti presupposti, esenzioni di responsabilità a favore degli Internet

garanzia costituzionale della libertà di espressione, non sorprende. Non si tratta, tanto, della demonizzazione del fenomeno Internet, pur riscontrabile anche con conseguenze più gravi in altri campi del diritto, quanto, delle modalità di funzionamento della macchina legislativa federale nel settore della proprietà intellettuale. Una brillante ricostruzione di un'autrice americana ha convincentemente dimostrato come il modo in cui è stato costruito il DMCA non sia altro che un'esasperazione di modelli procedurali già sperimentati a partire dalla riforma generale del 1909. Il Congresso si rifiuta di tentare il bilanciamento tra i molteplici interessi coinvolti e affida a commissioni di giuristi specializzati l'opera di mediazione e l'abbozzo della normativa. Nei lavori delle commissioni vengono attivamente coinvolti solo i gruppi cui fanno capo interessi già riconosciuti dalla legislazione vigente e non i gruppi che potrebbero trarre vantaggio dalle nuove forme di sfruttamento delle opere propiziate dall'evoluzione tecnologica. Nella fase di stesura della legge, poi, il Congresso fallisce nel fare quadrato attorno all'interesse che nessuna lobby sembra in grado di rappresentare e difendere efficacemente, ovvero l'interesse pubblico.

Sul tema v. J. LITMAN, *Digital Copyright*, New York, 2001, *passim*; e, sia pure con toni più sfumati, R.P. MERGES, *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law*, 88 *Calif. L. Rev.* 2187 (2000).

¹⁵² Si pensi all'elevazione del limite temporale del copyright determinata con il Sonny Bono Copyright Term Extension Act ed alle proposte di legge che mirano ad una protezione delle banche dati ricalcata sul diritto sui generis di matrice comunitaria.

¹⁵³ È il caso di ricordare il percorso che ha portato al DMCA. Nel luglio del 1994, le prime conclusioni (Green Paper) del Working Group on Intellectual Property presentano un ambizioso progetto di rinnovamento di alcuni fondamentali passaggi del Copyright Act, nettamente orientato al rafforzamento dell'esclusiva. Ma le indicazioni che emergono dalla serrata discussione tra le lobbies coinvolte nel processo di normazione spingono i membri della commissione a riformulare i suggerimenti indirizzati al Congresso. I lavori si chiudono nel settembre del 1995 con un rapporto finale (detto anche White Paper), che, pur puntando su toni più sfumati e su interventi legislativi di minor portata, conserva inalterati gli obiettivi di fondo che caratterizzavano la precedente versione del documento: rafforzamento dell'esclusiva, restringimento delle prerogative degli utenti e introduzione di nuovi meccanismi di protezione degli interessi dei titolari di copyright. In particolare, il White Paper suggeriva due rilevanti modifiche della legge federale: in primo luogo, l'inserimento di una previsione che qualificasse la trasmissione non autorizzata di opere dell'ingegno come violazione dei "distribution, reproduction, performance and display rights"; in secondo luogo, l'introduzione di norme volte a proibire qualsiasi strumento o servizio finalizzato all'aggiornamento delle tecnologie di protezione dei diritti di copyright.

I titolari di copyright speravano in una rapida trasformazione in legge dei suggerimenti contenuti nel White Paper, ma i lavori parlamentari si dovevano dimostrare più lunghi e travagliati del previsto. Il documento del gruppo di lavoro, aveva all'indomani della sua pubblicazione, suscitato le critiche di organizzazioni a protezione degli interessi di biblioteche,

provider¹⁵⁴, ed a porre disposizioni a tutela dei sistemi di gestione sulle informazioni relative al regime dei diritti di copyright, il DMCA ha, per quel che più rileva in questa sede, inserito nel title 17 dell'USC la sec. 1201 relativa all'elusione (o aggiramento) di misure (tecnologiche) di protezione del copyright¹⁵⁵. Non è possibile entrare nel dettaglio di una legge così (dis)articolata e complessa¹⁵⁶, tuttavia è necessario illustrare brevemente i principi che ispirano la disposizione da ultimo richiamata. Il legislatore statunitense è andato ben oltre il "mandato" dell'art. 11 WIPO Copyright Treaty del 1996, disegnando una disciplina esasperatamente restrittiva (peraltro presidiata anche da severe sanzioni penali¹⁵⁷), destinata a diventare una tra le più criticate degli ultimi decenni.

La sec. 1201 (a) (1) (A) proibisce l'elusione di efficaci misure tecnologiche usate dai titolari di copyright per controllare l'accesso alle proprie opere (c.d. disposizioni sull'elusione delle misure antiaccesso). Le sec. 1201 (a) (2) e 1201 (b) (1) proibiscono lo sviluppo o la distribuzione di tecnologie che

online service provider, compagnie telefoniche, produttori di strumenti informatici, e consumatori, così come di molti prestigiosi giuristi. Nel clima di forte resistenza che andava delineandosi, i gruppi terminali degli interessi dei titolari di copyright ben presto decidono di meglio articolare la propria strategia di pressione. Il rafforzamento dell'esclusiva e la proibizione di tecnologie di aggressione dei diritti di copyright diventano, infatti, un modello normativo da promuovere in sede internazionale. L'approvazione di un trattato che avesse recepito quel modello poteva servire a spianare la strada del processo legislativo interno. La strategia doveva rivelarsi vincente. Anche se i trattati WIPO del 1996 non danno ingresso a tutte le richieste della delegazione statunitense, nondimeno recepiscono i principi del rafforzamento dell'esclusiva e della regolamentazione delle tecnologie. A quel punto il più era fatto. Le istituzioni federali erano internazionalmente obbligate a recepire quei principi. Le direttive contenute nel White Paper potevano, quindi, riprendere con più vigore il cammino della trasformazione in legge. Il bill destinato a giungere in porto assume subito un piglio più intransigente di quello riscontrabile nelle norme internazionali. Le resistenze dei gruppi più forti ed organizzati riescono ad ottenere deroghe ritagliate su misura, ma l'interesse pubblico nel suo complesso è destinato a subire i maggiori sacrifici. Infatti, le organizzazioni a difesa delle libertà fondamentali e dei diritti civili su Internet sono tenute ai margini del processo legislativo.

¹⁵⁴ V. la nuova sec. 512 del title 17 U.S.C., intitolata "Online Copyright Infringement Liability Limitation Act".

¹⁵⁵ Nella 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 recita, l'equivalente della sec. 1201 è rappresentato dall'art. 6. La direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. 9 aprile 2003, n.68, il quale ha novellato in più punti la l. 22 aprile, n.633, sul diritto d'autore. Per quel che più rileva in questa sede, la legge n. 633 del 1941 presenta ora al titolo II (intitolato "Misure tecnologiche di protezione. Informazioni sul regime dei diritti") l'art.102-quater dedicato alle misure tecnologiche di protezione, ed al capo V (intitolato "Eccezioni e limitazioni") una completa rivisitazione delle libere utilizzazioni (v., in particolare, gli art. 71-quinquies e ss.).

¹⁵⁶ V., per tutti, D. NIMMER, *Puzzles of the Digital Millennium Copyright Act*, 46 *J. Copyright Soc'y U.S.A.* 401 (1999).

¹⁵⁷ V. le sec. 1203-1204 del title 17 U.S.C..

siano, principalmente, progettate o prodotte allo scopo di eludere misure tecnologiche usate dai titolari di copyright per proteggere le proprie opere, e che abbiano solo un limitato fine o uso commercialmente rilevante diverso da quello elusivo, ovvero che siano immesse sul mercato per un uso finalizzato all'elusione (c.d. "anti-trafficking provisions"). Le due sottosezioni differiscono per il fatto che la (a) 2 vieta tecnologie finalizzate all'elusione di misure antiaccesso¹⁵⁸, mentre la (b) 1 vieta tecnologie finalizzate all'elusione di altre misure di protezione¹⁵⁹.

Il DMCA prevede poi una complessa serie di eccezioni severamente circoscritte.

La regolamentazione della sec. 1201 non è simmetrica. In quanto non

¹⁵⁸ Le sec. 1201 (a) (2) e 1201 (a) (3) così recitano:

"(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that-
(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or
(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

(3) As used in this subsection-

(A) to "circumvent a technological measure" means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner; and
(B) a technological measure "effectively controls access to a work" if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work".

¹⁵⁹ Le sec. 1201 (b) (1) e 1201 (b) (2) così recitano:

"(b) Additional Violations.-(1) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that-

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof; or
(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof.

(2) As used in this subsection-

(A) to "circumvent protection afforded by a technological measure" means avoiding, bypassing, removing, deactivating, or otherwise impairing a technological measure; and
(B) a technological measure "effectively protects a right of a copyright owner under this title" if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title".

esiste una disposizione equivalente alla sec. 1201 (a) (1) (A) che proibisca direttamente l'atto di elusione di una misura tecnologica di protezione diversa da quelle destinate a controllare l'accesso¹⁶⁰. Essa consacra la distinzione tra misure antiaccesso ed altre misure di protezione dei diritti di copyright (comunemente, dette anche, con espressione riduttiva e fuorviante, "misure anticopia").

Le critiche della dottrina nordamericana si sono appuntate soprattutto sul coordinamento di questa nuova forma di protezione delle opere digitali con il sistema del copyright e con la costituzione. I nodi di maggior rilievo sono i seguenti:

a) posto che le misure tecnologiche di protezione si basano, al momento, sulla crittografia, la disciplina sembra pensata da qualcuno che intende (o meglio, crede di potere) favorire le tecnologie di crittazione e proibire quelle di decrittazione;

b) la disciplina cambia lo standard che governa la responsabilità per "contributory infringement" del copyright, standard elaborato dalla Corte Suprema in *Sony v. Universal City Studios*¹⁶¹, la quale dichiarava lecita la tecnologia suscettibile di consistenti usi non illeciti;

c) la disciplina sull'elusione delle misure antiaccesso non condiziona l'illiceità della stessa elusione alla prova che l'utente ha violato la legge sul copyright;

d) le anti-trafficking provisions non sembrano offrire a chi sia convenuto per la loro violazione la possibilità di eccepire il fatto che le proprie tecnologie non sono state sviluppate sulla base di un'elusione di misure antiaccesso o di altre misure di protezione di opere dell'ingegno¹⁶²;

e) la categoria di accesso è nuova rispetto alla tassonomia del copyright (o per lo meno è usata con nuovi significati) e non è chiara¹⁶³;

f) alla violazione delle misure antiaccesso si riconnettono specifiche ipotesi - frutto della pressione esercitata dai soli gruppi capaci di guadagnarsi un

¹⁶⁰ Il fatto che le misure di protezione diverse da quelle antiaccesso sono meno protette delle altre misure di protezione, in quanto alle prime si applicano solo le anti-trafficking provisions, sembra sia dovuto all'intenzione del legislatore di non disarmare gli utenti della possibilità di compiere atti giustificabili mediante fair use su materiali ai quali gli stessi possono legittimamente accedere. Tuttavia, se questa era effettivamente l'intenzione, vi è da rilevare che l'utente medio, anche in considerazione del divieto di commercializzare tecnologie di elusione, potrebbe non disporre degli strumenti per fruire del fair use (in questo senso v. LEMLEY, MENELL, MERGES, *Intellectual Property in the New Technological Age*, cit., 501).

¹⁶¹ V. *Sony Corp. of America Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), cit..

¹⁶² Per i primi quattro rilievi v. LEMLEY, MENELL, MERGES, SAMUELSON, *Software and Internet Law*, cit., 746.

¹⁶³ V., e.g., LITMAN, *Digital Copyright*, cit., 144, la quale rileva che non è chiaro se la legge si riferisca solo al primo accesso all'opera o anche ad ogni ulteriore accesso.

coinvolgimento nel processo legislativo - di esenzione dalla responsabilità¹⁶⁴, mentre non è chiaro se ed in che modo rimanga applicabile la clausola generale del fair use contenuta nella sec. 107 del title 17 dell'USC¹⁶⁵.

La regolamentazione delle misure antielusione ha prodotto esiti giudiziali paradossali¹⁶⁶, ed un clima da caccia alle streghe su Internet che può essere sintetizzato con una battuta: non meravigliatevi se qualcuno dovesse bussare alla vostra porta (quella di casa e non una delle tante che rendono il vostro computer un colabrodo!), per chiedervi conto e ragione di un file presente su uno dei pezzi del vostro sistema informatico o sul vostro cellulare¹⁶⁷.

Il risultato (apparentemente) paradossale - non sempre messo in luce dalla stampa - sta nel fatto che molti dei soggetti colpiti dai primi giudizi non sono i c.d. pirati della rete, ma persone che operano nel mondo della scienza, della tecnologia e dell'editoria. Il sospetto è che alcuni settori imprenditoriali, che hanno premuto per l'emanazione della legge, abbiano mostrato un bersaglio (gli "utenti-pirati"), volendo colpirne (almeno anche) un altro (coloro che sono in grado di sviluppare nuove e competitive tecnologie). Più in generale, in un ambiente già sovraffollato di diritti di proprietà intellettuale (sempre più restrittivi), la comunità scientifica teme che la tutela delle misure antielusione

¹⁶⁴ Sulla insufficienza delle eccezioni a garantire i necessari spazi di libertà v. P. SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 *Berkeley Tech. L. J.* 1 (1999).

¹⁶⁵ V., e.g., nel senso che il fair use continua ad avere margini di manovra, SAMUELSON, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, cit.; nel senso opposto v. D. NIMMER, *A Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act*, 148 *U. Pa. L. Rev.*, 673 (2000). Posto che entrambi gli autori sono fortemente critici nei confronti del DMCA si tratta evidentemente di diverse strategie interpretative.

¹⁶⁶ V. *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 317-18 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd sub nom.*, *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001); *RealNetworks, Inc. v. Streambox*, 2000 WL 127311 (W.D. Wash. 2000); *Sony Computer Entertainment of America, Inc. v. GameMasters*, 87 F. Supp. 2d 976 (N. D. Cal. 1999). Sul piano penale v. *United States v. Elcom, Ltd.*, 203 F. Supp. 2d 1111 (N.D. Cal. 2002).

Per valutare il reale impatto del DMCA vanno però considerate anche tutte quelle controversie che non sono arrivate a sentenza. Da questo punto di vista l'impatto sembra effettivamente devastante. La legge sta colpendo il fair use, la libertà di espressione all'interno della comunità scientifica, il fisiologico funzionamento delle dinamiche concorrenziali, il legittimo accesso alle reti digitali. Per un quadro aggiornato delle controversie in atto v. il documento dell'EFF intitolato *Unintended Consequences: Five Years under the DMCA*, disponibile al sito Web: www.eff.org.

¹⁶⁷ Attualmente, le multinazionali dell'intrattenimento cercano di colpire non solo i provider che offrono servizi P2P, ma anche gli utenti che si scambiano, senza autorizzazione dei titolari del copyright, opere digitali. Questa strategia sembra avere, più che altro, un valore simbolico. Da essa discende, come ultimo grottesco atto, il proclama lanciato dalla RIAA sulla rete, in base al quale si promette "amnistia" a chi, non essendo stato ancora identificato, ha intenzione di pentirsi. Fuori dal campo di battaglia, d'altra parte, il mercato si ristruttura e le multinazionali della musica iniziano ad esplorare sulla rete nuove strategie di prezzo.

possa infliggere un vulnus definitivo al pubblico dominio, ai diritti di proprietà informali, alla libera circolazione delle informazioni¹⁶⁸, ed alla libera manifestazione del pensiero¹⁶⁹.

Nonostante il vento giurisprudenziale di acquiescenza alle interpretazioni più restrittive del DMCA - vento sostanzialmente rinforzato dalle decisioni della Corte suprema sui casi *Eldred v. Ashcroft*¹⁷⁰, *New York Times Co. v. Tasini*¹⁷¹, che pur riguardando altre questioni, vanno nella direzione del rafforzamento del copyright - il sistema giuridico nordamericano sembra essere dotato dei fattori necessari ad un mutamento di clima¹⁷². La presenza di una clausola costituzionale esplicitamente dedicata alla proprietà intellettuale, ed ancor più l'abitudine della dottrina a ragionare con la costituzione in testa si riflettono su tutti gli attori istituzionali del sistema¹⁷³, i quali in ultima analisi devono confrontarsi con principi giuridici generali¹⁷⁴.

Di là dai lineamenti che il copyright nordamericano potrà assumere in futuro¹⁷⁵, è ora il momento di concentrarsi sui nuovi scenari normativi riguardanti l'interazione tra proprietà intellettuale, disciplina delle tecnologie di protezione e contratti. Il riferimento è all'Uniform Computer Information Transaction Act

¹⁶⁸ Sul tema v., fra gli altri, P. A. DAVID, *Can 'Open Science' be Protected from the Evolving Regime of IPR Protections?*, paper disponibile al sito Web: <http://www-econ.stanford.edu/faculty/workp/>; J. H. REICHMAN, P. F. UHLIR, *The Public Domain: a Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, 66 *Law & Contemp. Prob.* 315 (2003).

¹⁶⁹ Si fa strada l'idea che l'ispirazione delle nuove leggi risponda, come fu per gli antecedenti storici del copyright, ad una logica censoria (v. P. SAMUELSON, *Copyright, Commodification, and Censorship: Past as Prologue- but what Future?*, paper disponibile al sito Web: www.ssrn.org). Se è vero che ci troviamo di fronte ad una nuova forma di censura, il fatto che essa sia comandata da soggetti diversi dallo stato ed abbia finalità differenti dalla discriminazione politica e religiosa non rende meno inquietante lo scenario.

¹⁷⁰ *V. Eldred v. Ashcroft*, 123 S. Ct. 769 (2003).

¹⁷¹ *V. New York Times Co. v. Tasini* 121 S. Ct. 2381 (2001).

¹⁷² V., da ultimo, *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), nella quale la corte distrettuale ha concesso un summary judgment alla convenuta, nota impresa di distribuzione di software P2P, stabilendo che questa non era responsabile per "contributory" o "vicarious infringement" del copyright dell'attrice.

¹⁷³ Si veda, a puro titolo esemplificativo, P. SAMUELSON, *Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States*, in *EIPR*, 2001, 409; e della stessa autrice, *The Constitutional Law of Intellectual Property After Eldred v. Ashcroft*, cit.

¹⁷⁴ Ovviamente la forza del dibattito d'oltreoceano non dipende solo dalla confidenza con l'argomentazione costituzionalista. Forse anche più che in altre materie, l'immenso dibattito nordamericano sulla proprietà intellettuale è, agli occhi di un osservatore esterno che abbia la forza di coglierne almeno uno spicchio, una lezione di acume giuridico e di autentico dialogo tra diversi saperi e differenti metodologie.

¹⁷⁵ Sui possibili sviluppi del copyright statunitense v. P. S. MENELL, *Envisioning Copyright Law's Digital Future*, 46 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 63 (2002).

(UCITA)¹⁷⁶. Sebbene non sia l'unica legge-modello che riguardi l'incrocio tra contratti e sistemi informatici¹⁷⁷, l'UCITA è (o meglio, era) il progetto più ambizioso. Prima di entrare nel vivo della descrizione delle norme che in questa sede più direttamente rilevano, è necessario soffermarsi brevemente sull'iter legislativo dell'UCITA.

Si tratta, infatti, di un iter travagliatissimo. Esso nasce con l'intento di metter mano alle questioni sorte dall'applicabilità dell'UCC alla prassi delle end user licenses dei diritti di proprietà intellettuale, prassi sulla quale abbiamo già fatto cenno nel terzo paragrafo. Il punto di partenza dei promotori dell'iniziativa è appunto l'inadeguatezza dell'UCC a dirimere le nuove controversie contrattuali. Inizialmente il progetto – denominato Article 2B, in quanto appunto avrebbe dovuto rappresentare una modifica all'Article 2 dell'UCC – era sostenuto sia dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL), sia dall'American Law Institute (ALI). Tuttavia, a seguito delle critiche suscitate dall'Article 2B, l'ALI ha abbandonato il progetto. Quest'ultimo è stato ripreso, rinominato con l'etichetta di UCITA (ma non modificato nelle linee fondanti), e portato a conclusione nel 1999 dalla sola NCCUSL. Il testo del 1999 è stato poi revisionato ed aggiornato. Solo due stati (Virginia e Maryland) hanno provveduto a recepire (con modifiche) l'UCITA. Mentre altri stati (Iowa, North Carolina, West Virginia) hanno emanato i c.d. "bomb-shelter statutes" che precludono alle proprie corti di fare applicazione della normativa. La conclusione della vicenda si deve alle legioni di critiche che da più parti sono state mosse contro il progetto¹⁷⁸. Infatti, nell'estate del 2003, la NCCUSL ha deciso di sciogliere il comitato addetto all'UCITA, decretando di fatto – e almeno per il momento – la fine della legge-modello¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Sul tema v., nella letteratura italiana, PALMIERI, *I contratti di accesso*, cit., 119 ss.

¹⁷⁷ V. l'Uniform Electronic Transactions Act (UETA).

¹⁷⁸ Le voci dottrinali che si sono schierate contro l'iniziativa legislativa sono molte ed autorevoli. V., fra gli altri, LESSIG, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, cit., 257; M. A. LEMLEY, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 *Calif. L. Rev.* 111 (1999); COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit.; J. LITMAN, *The Tales that Article 2B Tells*, 13 *Berkeley Tech. L.J.* 931 (1998); A. M. FROOMKIN, *Article 2B as Legal Software for Electronic Contracting-Operating System or Trojan Horse?*, *ibid.*, 1023.

¹⁷⁹ A proposito dell'affondamento dell'UCITA il presdente della NCCUSL K. King Burnett ha offerto una propria personalissima ricostruzione: "clearly our efforts to find consensus and to bring all of the interested parties together has been extraordinary. Unfortunately in the real world, sometimes doing the right thing at the right time is not enough. We have determined to focus the Conference's energies on the items related to our larger agenda and not expend any additional Conference energy or resources in having UCITA adopted. Of course, we are not abandoning our interest in the subject matter. UCITA will remain in place as a resource for the American legal and political community, and for reference by the courts. At some time in the future, there will be opportunities for making contributions of law suitable for the

Che l'UCITA sia potuto capitolare in questo modo non può sorprendere. Come (e forse più) del DMCA la legge è stata voluta dalle imprese che mirano ad avere il maggior controllo possibile sulle informazioni digitali. Ancora una volta, la mole ed il piglio ambizioso del progetto non sono valsi a nascondere l'ispirazione unilaterale.

In proposito, è stato rilevato che la legge-modello estende il potere contrattuale dell'impresa fornitrice dell'informazione in varie direzioni¹⁸⁰.

Primo: ribaltando il diritto vigente – che, attraverso le decisioni delle corti, decide, di volta in volta ed in base alla valutazione della sostanza economica di ciascuno scambio, se il contratto debba essere qualificato come sale, lease o license –, impone l'unico schema contrattuale della licenza, senza che quest'ultima costituisca una forma di assegnazione di diritti di proprietà intellettuale.

Secondo: ridefinisce il concetto di contratto, offuscando la centralità del meccanismo e del momento in cui l'offerta incontra l'accettazione, per rendere efficaci le condizioni generali di contratto, persino nel caso in cui siano contenute in shrinkwrap o clickwrap licenses e l'accettante le abbia potute visionare solo dopo lo scambio.

Terzo: la legge pone soltanto regole dispositive che possono essere modificate mediante 'accordo' delle parti.

Non è ovviamente possibile entrare nel dettaglio della legge. Per quel che più rileva in questa sede, alcune norme dell'UCITA disciplinano l'utilizzo di protezioni tecnologiche finalizzate all'autotutela dei termini contrattuali contenuti nelle licenses.

Sono tre le disposizioni che riguardano più direttamente le protezioni tecnologiche. La sec. 605 ("electronic regulation of performance"), la sec. 815 ("right to possession and to prevent use"), e la sec. 816 ("limitation on electronic self-help"). Nonostante gli ultimi emendamenti volti a porre limiti più stringenti alla validità contrattuale delle protezioni tecnologiche, la disciplina rimane sbilanciata a favore delle imprese che forniscono informazioni. In particolare, la disposizione più preoccupante rimane la sec. 605 che autorizza l'utilizzo di strumenti tecnologici di "automatic restraint" al fine di limitare preventivamente l'uso di informazioni in violazione di quanto disposto dal contratto.

La tendenza legislativa americana è, dunque, chiara. Legittimare l'utilizzo di tecnologie di protezione garantendo un controllo sull'informazione superiore a quanto disposto dalle tradizionali regole del copyright e del diritto dei contratti. È comune l'osservazione nella dottrina americana che questa tendenza va

information economy. The Conference remains interested in making these kinds of contributions, and will undoubtedly consider carefully any new opportunities that arise."

¹⁸⁰ Cfr. LEMLEY, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, cit.

esattamente nel senso opposto a quello che avrebbe dovuto essere una politica sensata. Non solo il legislatore ribalta la logica di un corretto intervento sulle tecnologie di protezione, logica che chiede più protezione giuridica solo quando le difese che fanno leva sulle norme sociali, sul mercato e sulla tecnologia appaiono deboli. Ma innesca una reazione a catena che minaccia il principio di legalità, la libertà di manifestazione del pensiero, il progresso scientifico tecnologico e così via.

La maggiore preoccupazione sta nella pericolosa interazione tra legittimazione delle protezioni tecnologiche, compressione dei limiti del copyright e potenziamento della libertà contrattuale. Tale interazione conferisce alle imprese, che attualmente detengono una posizione di forza sul mercato dell'informazione, un inedito potere di controllo dell'informazione stessa.

In proposito, occorre però ribadire che il sistema giuridico nordamericano è dotato di strumenti giuridici in grado di contrastare la tendenza legislativa in atto e ristabilire (almeno parzialmente) il bilanciamento degli interessi che stanno alla base del mercato delle informazioni digitali. Non è possibile entrare nel dettaglio di questi strumenti giuridici, che sono molto complessi (si pensi all'uso della federal preemption per la determinazione dei confini tra proprietà intellettuale e contratto, o all'uso dei principi costituzionali per il bilanciamento degli interessi che stanno a ridosso del copyright e del patent), ma si deve ribadire che il posto di rilievo che la proprietà intellettuale ha nel sistema giuridico nordamericano, ed ancor più l'abitudine del giurista statunitense di 'pensare in grande' i temi ad essa connessi sono armi che non sembrano avere equivalenti sul continente.

Non è un caso, quindi, che proprio nella dottrina nordamericana siano stati compiutamente elaborati i principi che affermano il diritto di eludere le misure tecnologiche di protezione nei casi in cui esse comprimano il (tradizionale) fair use¹⁸¹, ed il diritto di eludere le misure tecnologiche di autotutela, le quali travalichino i limiti che i (tradizionali) principi legislativi e giurisprudenziali pongono alla stessa¹⁸².

5.3. L'incorporazione del temperamento degli interessi nei sistemi informatici: uno sguardo al futuro

Come si è già osservato, la regola tecnologica è rigida ed opera ex ante: è chi costruisce il DRM a decidere la distinzione tra contenuto protetto e contenuto

¹⁸¹ Il diritto di eludere le misure tecnologiche di protezione è conosciuto anche come "teorema di Cohen", poiché è stato elaborato da Julie Cohen nei suoi articoli dedicati al copyright. Al c.d. teorema di Cohen aderisce Lawrence Lessig in *Code and Other Laws of Cyberspace*, cit., 139, e in *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World* cit., 257.

¹⁸² V. COHEN, *Copyright and the Jurisprudence of Self-Help*, cit., 1137.

libero, tra usi consentiti e usi non consentiti, e così via.

Ciò ha un risvolto gravissimo. Se anche gli ideatori e utilizzatori di DRM volessero, essi difficilmente potrebbero incorporare in un sistema di DRM qualcosa di equivalente al delicato e complesso processo di produzione delle regole, che si basa sul dialogo tra principi generali e giurisprudenza (e più in generale, sul dialogo tra tutti i tradizionali formanti del diritto). Lo stadio di avanzamento delle tecnologie digitali, infatti, non sembra consentire niente che sia paragonabile a questo processo¹⁸³.

Nonostante i limiti strutturali della tecnologia attuale, una parte della dottrina ritiene che occorre muoversi sulla strada dell'incorporazione del bilanciamento degli interessi contrapposti (ad esempio, l'interesse delle imprese che producono informazioni al controllo di queste ultime con l'interesse dei fruitori dell'informazione ad essere garantiti nel fair use e nella privacy) nei sistemi informatici. Questo significa ripensare i valori e le procedure che stanno alla base della creazione degli standard tecnologici¹⁸⁴. Il ripensamento di tali procedure implica almeno i delicati problemi di selezione dei valori, del ruolo dello stato¹⁸⁵, del coinvolgimento di tutti gli attori del mercato delle informazioni digitali, dell'impatto che lo standard prescelto proietta sul mercato delle tecnologie¹⁸⁶.

¹⁸³ V., e.g., SAMUELSON, *DRM {and, or, vs.} the Law*, cit., 42.

¹⁸⁴ Si fa riferimento anche alla nozione di "value-sensitive design", nozione che sta emergendo in studi interdisciplinari (V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 609).

¹⁸⁵ Secondo COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 613 ss., "law's role in structuring DRM standard-setting processes is to ensure that the formulation of technical standards by market actors takes public values, including privacy values, into account. If, as several advocacy organizations have urged, the law were to specify a "bill of rights" for users of information goods, this would constrain DRM development initiatives to focus on public values as well as private ones. In particular, rights of intellectual privacy could be specified at a sufficiently high level of generality to avoid dictating the choice of technical standards, while still conveying important information about the substance of the protection to be afforded. Thus, following the model set forth above, rights of intellectual privacy would include: the right not to be subjected to (unreasonably) intrusive constraints on the use of intellectual goods within private spaces; rights against monitoring of intellectual consumption and profiling based on intellectual preferences; and, in at least some circumstances, the right not to be subjected to electronic self-help that would disable access to lawfully acquired information goods. Development of technical standards and processes to effectuate these rights would be the content industries' affair" [...] I do not wish to be interpreted as arguing that the law should mandate the content of technical standards for DRM technologies, or that government actors would be good at supervising such a process. Government can be rather good, though, at mandating non-technical standards. In the non-digital world, we call these non-technical standards simply "rights" and "duties," and have long recognized that (at a fairly high level of abstraction) rights and duties set the parameters for markets. In the digital world, where technical architectures acquire greater regulatory force, an effective formulation of legal rights and duties must state (among other things) the values that technical standards should be designed to enable - or simply preserve".

¹⁸⁶ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 614-615.

Un tale percorso è stato immaginato sia sul piano del fair use¹⁸⁷, sia su quello della privacy¹⁸⁸.

Sul piano del fair use, si è proposta un'infrastruttura basata sull'incorporazione di alcune tipologie di fair use – quelle che sembrano meno controverse – nel sistema informatico e sulla necessità di richiedere ad un soggetto istituzionale terzo, per le altre tipologie – più complesse e controverse – di fair use, una preventiva autorizzazione all'aggiramento del DRM. La preventiva autorizzazione si baserebbe su chiavi crittografiche di accesso gestite dal soggetto terzo. L'infrastruttura dovrebbe poi garantire la privacy dei potenziali fair users¹⁸⁹. Gli autori della proposta riconoscono però che, quand'anche questo meccanismo dovesse mai essere applicato, esso produrrebbe risultati assai diversi dall'interpretazione giurisprudenziale del fair use¹⁹⁰.

Sul piano della privacy, sono stati indicati alcuni valori da incorporare nei sistemi di DRM¹⁹¹:

- a) le restrizioni tecnologiche alle funzionalità connesse a contenuti digitali dovrebbero essere flessibili al fine di garantire all'utente un apprezzabile margine di libertà nella fruizione del contenuto stesso;
- b) dovrebbero essere ridotta al minimo la possibilità per chi governa il DRM di trattare i dati personali degli utenti;
- c) dovrebbero essere poste severe limitazioni alla possibilità per chi governa il DRM di utilizzare misure tecnologiche di autotutela.

6. Conclusioni: la tecnologicizzazione del contratto e del diritto d'autore

Si è sostenuto che il diritto dell'era digitale è caratterizzato da tecnologicizzazione: la tecnica regola il comportamento umano; la tecnica è fonte di regole; la tecnica tutela interessi¹⁹². La trattazione dei problemi giuridici posti dal DRM lo conferma. Forse si può fare qualche passo in avanti nello specificare che cosa discende dalla tecnologicizzazione del diritto.

¹⁸⁷ V. BURK, COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, cit., 54 ss.

¹⁸⁸ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 609 ss.

¹⁸⁹ V. BURK, COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, cit., 79, i quali sottolineano che "our proposal for a mixed fair use infrastructure is inferior to traditional

¹⁹⁰ V. BURK, COHEN, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, cit., 79, i quali sottolineano che "our proposal for a mixed fair use infrastructure is inferior to traditional fair use rights in two respects. First, it would not foster the full degree of spontaneity enjoyed by fair users in non-digital media. [...] Second, and more important, the proposal in its second-best incarnation protects privacy, not anonymity".

¹⁹¹ V. COHEN, *DRM and Privacy*, cit., 610 ss.

¹⁹² PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, cit., 194 ss.

La trattazione del DRM dimostra, innanzitutto, che è assai utile studiare le singole tecnologie per comprenderne le implicazioni giuridiche. È così utile studiare la crittografia e la steganografia. Ma è altrettanto utile studiare quali implicazioni giuridiche ha l'interazione tra le stesse, così come contestualizzare l'utilizzo della tecnologia. Il DRM si basa appunto sull'interazione tra tecnologie come quelle appena nominate e si inserisce in un più ampio contesto tecnologico del quale Internet è una parte assai importante.

Sotto altro profilo, va rilevato che i problemi sollevati dal DRM sono trasversali, cioè chiamano contemporaneamente in causa più materie giuridiche. Di là dalle ingannevoli e superficiali apparenze, le tecnologie digitali ed Internet non riproducono, né emulano le dimensioni del mondo non digitale, sul quale le categorie giuridiche sono state finora edificate. Ad esempio, rispetto al DRM non è molto utile parlare solo di diritto dei contratti, senza considerare le implicazioni (almeno) in termini di proprietà intellettuale e di privacy. Ciò discende dal fatto che anche una singola tecnologia (ad esempio, la crittografia) è in grado di proiettare effetti contemporaneamente in più ambiti giuridici.

In altre parole, tecnologicizzazione significa abituarsi a fare i conti con un'altra espressione della complessità che caratterizza il mondo contemporaneo. Per comprendere e governare fenomeni complessi non si può prescindere dal dialogo tra saperi.

I problemi suscitati dal DRM dimostrano, inoltre, come il contratto del mondo digitale possa essere radicalmente diverso da quello del mondo non digitale.

Il contratto del mondo digitale è intrasparente: complessa ed imprecisa può essere la percezione della dinamica di atti che porta alla sua conclusione, poco chiare e cangianti sono le regole poste alla sua base.

Il contratto del mondo digitale rende difficile la distinzione tra testo (ad esempio, quello delle condizioni generali) e funzionalità del sistema informatico, tra regole negoziali e bene oggetto dello scambio¹⁹³.

Il contratto del mondo digitale ha più dimensioni essenziali: non solo

¹⁹³ Cfr. Radin, *Information Tangibility*, cit., 21, secondo la quale "it also seems that digital rights management systems (DRMs) are doing their part to undermine the distinction between text and machine [...]. At least it seems that DRMs are also contributing to the undermining of the idea that a contract is a text, separate from and "about" (accompanying) some machine or functionality. The DRMs is itself a machine or functionality, and it is not all clear whether to think of it as contract; to me it seems like non-contractual technological self-help. In this case the product, whether "content" (e.g., music) or "machine" (e.g., computer program), has become so integrated with terms governing it (the DRMs) that it is difficult to find a foothold for the notion of contract at all. I am not sure that the traditional notion of agreement is going to help us when it comes to working out how far the law should allow unfettered operation of DRMs, but so far another paradigm has not emerged to substitute for it. This is a field in which further research is urgently needed". V., altresì, della stessa autrice *Online Standardization and the Integration of Text and Machine*, 70 *Fordham L. Rev.* 1125 (2002).

quella dell'operazione economica di scambio, ma anche altre come quella della proprietà intellettuale, della privacy, dell'autotutela. L'efficienza non basta a guidare le scelte che scaturiscono da una tale pluralità di dimensioni.

In particolare, non convince la teoria giureeconomica 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 contratti liberi dalle limitazioni tradizionali del diritto d'autore, dovrebbe condurre ad un accrescimento del benessere della società.

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

In effetti, agli albori dell'era di Internet qualcuno si è convinto che l'immissione delle opere digitali sul mercato significasse la perdita definitiva del controllo delle stesse. Tuttavia, uno studio più attento e più paziente del progresso informatico porta a pensare che tecnologie come il DRM siano in grado di rovesciare una tale impressione.

Le protezioni tecnologiche diventano sempre più sofisticate e pervasive. Il controllo privato dell'informazione garantito da tecnologie come il DRM ha caratteristiche completamente differenti da quelle del controllo discendente dal copyright. Il controllo tecnologico è conformante, preventivo, perpetuo e indiscriminato. Il controllo tecnologico spiana la strada ad un inedito potere di autotutela delle regole poste unilateralmente nel contratto.

Chi ha interesse a promuovere l'uso di strumenti come il DRM punta ad egemonizzare quella che sembra essere una fonte (decisiva) di regole del diritto dell'era digitale: gli standard tecnologici.

Leggi recentemente emanate nei principali sistemi giuridici occidentali non solo legittimano l'utilizzo delle protezioni tecnologiche, ma creano altresì una nuova e più forte forma di privativa incentrata sulle stesse, distorcendo il bilanciamento degli interessi alla base dei diritti sulle opere dell'ingegno; diritti, peraltro, già attraversati da una tendenza legislativa puntata ad estendere in ampiezza e durata l'esclusiva che li sostanzia. Il controllo privato dell'informazione è concepito sempre più in termini di controllo sulle infrastrutture tecnologiche per la fruizione dell'informazione stessa. Questa concezione ricorda, per qualche aspetto, quella alla base dei privilegi sull'attività di stampa, cioè gli antenati del moderno diritto d'autore. Diversamente dall'epoca dei privilegi sull'attività di stampa, però, un tale controllo è esercitato su una tecnologia – quella digitale –, che conferisce uno straordinario potere di condizionamento della fruizione dell'informazione e che proietta ricadute su diritti fondamentali (si pensi al diritto alla privacy) che in passato solo marginalmente potevano essere toccati.

In questa trattazione si è cercato, invece, di rimarcare l'importanza della conservazione dei limiti al controllo privato dell'informazione anche, ed a maggior ragione, nell'ambiente digitale. La conservazione in ambiente digitale di limiti come quelli forgiati – talvolta accidentalmente – dalla storia per il diritto d'autore mantiene in vita quella dinamica virtuosa che aiuta la diffusione della conoscenza e lo sviluppo di opere artistiche o scientifiche. Nuove forme di creatività e nuovi modelli di produzione, distribuzione e rielaborazione dell'informazione – si pensi al software open source ed alle architetture Peer to Peer per la condivisione di file – cercano spazio nel mondo digitale. Nuovi modelli istituzionali – si pensi ancora alle licenze open source – emergono. I limiti al controllo privato dell'informazione sembrano uno strumento giuridico indispensabile a garantire la convivenza tra questi nuovi modelli e quelli più risentiti.

Più in generale, è necessario che tutti i formanti giuridici riconsiderino 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 nei sistemi di DRM.

Il DRM, perciò, porta in esponente il problema delle relazioni tra linguaggi dell'informatica e linguaggio giuridico. I linguaggi informatici sono tecnologie recenti che servono alla comunicazione tra uomo e macchina, ma anche alla comunicazione tra macchine. Il linguaggio giuridico è, invece, espressione del linguaggio umano – una tecnologia antichissima – e delle singole lingue. Esso è il portato di tradizioni giuridiche millenarie veicolate dalle parole, ma anche da condizionamenti latenti e non verbalizzati (ciò che nella comparazione viene definito crittotipo).

Ad esempio, alla base del DRM ci sono i Rights Expression Languages (RELs). Al momento, non sembra che questi linguaggi siano costruiti nel rispetto di principi giuridici derivanti da un qualche sistema giuridico. È anzi probabile il contrario. In primo luogo, chi costruisce i sistemi di DRM non pare avere incentivi ad incorporare regole che si ispirano a principi come quelli che limitano il controllo privato dell'informazione. In secondo luogo, lo stato delle tecnologie non consente di precipitare in un codice binario la ricchezza e la complessità di un principio giuridico, al massimo è possibile tradurre in linguaggio informatico regole giuridiche di dettaglio (il che, peraltro, pone l'ulteriore problema di dover scegliere un sistema giuridico territorialmente limitato, per porre una regola a vocazione globale). In particolare, le tecnologie attuali non sono in grado di incorporare l'elasticità e la forza latente di un principio, le quali tanta parte hanno nell'evoluzione del diritto.

Tecnologicizzazione significa anche porsi il problema della conservazione dei principi giuridici e della dinamica evolutiva dagli stessi innescata.

CAPITOLO II

Questo dovrebbe bastare a dimostrare come il diritto d'autore del mondo digitale sia radicalmente diverso da quello del mondo non digitale.

Diversità non significa affrettarsi a proclamare il cambio dei paradigmi giuridici di riferimento o la resuscitazione di quelli più antichi. Proclamare il passaggio dal diritto d'autore al diritto all'accesso o dalla (parziale) non escludibilità alla commodification dell'informazione¹⁹⁴, manifesta solo la debolezza del dialogo tra diritto e informatica o l'uso strategico e retorico delle categorie giuridiche tradizionali. Sebbene non si disponga ancora di un'affidabile teoria del controllo dell'informazione, il diritto d'autore con i suoi limiti interni ed esterni sembra in grado di rappresentare un tassello importante del modello sul quale costruire le nuove regole e le nuove categorie di riferimento.

Tecnologicizzazione significa, insomma, guardare prima alle tecnologie digitali e poi cercare di ordinare il fenomeno secondo categorie giuridiche, e non l'inverso¹⁹⁵.

In conclusione, il contratto ed il diritto d'autore del mondo digitale si muovono in una nuova forma di pluralismo giuridico. Dove ordinamenti privati e ordinamenti statali si confrontano e si scontrano in base a nuove logiche ed a differenti linguaggi. Dove il potere tecnologico si pone, oggi più di ieri, ai confini tra contratto e norma.

Tecnologicizzazione, dunque, significa anche pluralità di nuove regole e disparità di potere per le persone che si relazionano attraverso il filtro del mondo digitale.

¹⁹⁴ N. ELKIN-KOREN, N. W. NETANEL (eds.), *The commodification of Information*, cit.

¹⁹⁵ "Ora se la necessità di studiare economia per essere un giurista è di per sé una cosa orrenda, vi assicuro che la tecnologia, o l'architettura o il codice del computer, rappresentano un campo di studio dieci volte peggiore, ma indispensabile per comprenderne le relazioni con il diritto" (così L. LESSIG, *Progettare innovazioni nel cyberspazio*, in AA. VV., *Proprietà intellettuale e cyberspazio*, Milano, 2002, 53, 54).

CAPITOLO III

ASIMMETRIA INFORMATIVA E RAZIONALITÀ LIMITATA NEI MERCATI ELETTRONICI

Giuseppe Bellantuono

1. Introduzione

Obiettivo di questo lavoro è di confrontare strategie delle imprese e comportamenti dei consumatori nei mercati tradizionali e nei mercati elettronici. Per le imprese, l'offerta di beni e servizi via Internet apre la possibilità di ridisegnare i canali di comunicazione con la clientela. Dal canto loro, i consumatori incorporano nelle loro scelte di acquisto la decisione di avvalersi o non avvalersi dei mercati elettronici. Gli adattamenti che il nuovo scenario richiede ad entrambi sono oggetto di una vasta letteratura in numerosi settori disciplinari. Nella prospettiva che ci si propone di adottare in questo contributo, il confronto fra mercati tradizionali ed elettronici dovrebbe servire a chiarire se l'avvento di Internet modifichi la struttura delle relazioni contrattuali fra imprese e consumatori. Com'è noto, nel corso del ventesimo secolo tali relazioni sono state caratterizzate da una ben precisa ripartizione di ruoli: all'impresa il compito di predisporre il contenuto del regolamento contrattuale, al consumatore il compito di decidere se aderire o non aderire sulla base delle informazioni che è in grado di raccogliere e di valutare.

I sistemi giuridici occidentali hanno ratificato il ricorso alla contrattazione standardizzata, introducendo correttivi di varia natura per evitare che la predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale si trasformi in fonte di abusi. L'opportunità e gli effetti di tali correttivi sono tuttora oggetto di dibattito, destinato a riproporsi in termini del tutto analoghi per il commercio elettronico. Come vedremo nei paragrafi successivi, la ripartizione dei ruoli che ha caratterizzato i mercati tradizionali sarà ulteriormente rafforzata in quelli virtuali: la tendenza alla standardizzazione dell'era industriale rimarrà dominante nell'era digitale.

Occorre, però, domandarsi se le nuove tecnologie di comunicazione siano in grado di produrre cambiamenti che si riflettano sulle relazioni contrattuali. La struttura del rapporto fra imprese e consumatori è stata modellata sulla base delle informazioni e delle risorse cognitive a disposizione delle parti. In una certa misura, anche il diritto dei consumatori ha tenuto conto di tali caratteristiche