

Protezione dei dati personali e diritti di proprietà intellettuale: alla ricerca di un difficile equilibrio

Roberto Lattanzi (*)

SOMMARIO: 1. Il problema. _ 2. Fine della proprietà intellettuale? _ 3. Le diverse tecniche di reazione: in particolare, lo strumento normativo. _ 4. Le misure tecnologiche: in particolare, il c.d. "*Digital Rights Management*" (DRM). _ 5. Anonimità o identificabilità in rete? _ 6. Evoluzione tecnologica e regola giuridica. _ 7. Ultime considerazioni.

1. Il problema.

È possibile, al tempo delle reti di comunicazione elettronica, salvaguardare i diritti di proprietà intellettuale senza incidere in modo "insostenibile" sui valori della persona ed in particolare sulla figura nata per ultima a tutela della medesima, definita dall'art. 1 del d.lgs. n. 196/2003 _ con formulazione ellittica _ «diritto alla protezione dei dati personali»? ⁽¹⁾ È possibile, insomma,

(*) L'articolo riproduce, con l'aggiunta delle note e dei necessari aggiornamenti, il testo della relazione svolta al Convegno organizzato a Roma il 25 marzo 2004 dall'Istituto per lo Studio dell'Innovazione nei Media e per la Multimedialità (ISIMM), "*Nuovi media e regole: orizzonti e rischi per la proprietà intellettuale*".

⁽¹⁾ Non è possibile in questa sede soffermarsi sul contenuto specifico delle posizioni giuridiche soggettive nelle quali la nuova figura si articola: si noti, tuttavia, che la migliore dottrina, in sede di primo commento della normativa di protezione dei dati introdotta originariamente con la legge 31 dicembre 1996, n. 675, ha guardato con circospezione all'introduzione di un nuovo diritto della personalità; da un lato, concentrandosi sulle modalità giuridiche con le quali (in concreto) la nuova forma di tutela della personalità si manifesta, ha

trovare forme di equilibrata convivenza tra queste diverse situazioni giuridiche soggettive, aventi entrambe rilevanza costituzionale? ⁽²⁾

2. Fine della proprietà intellettuale?

Un dato di fatto è sotto gli occhi di tutti: nella c.d. società dell'informazione i diritti di proprietà intellettuale (ed in particolare il diritto d'autore) sono entrati in crisi, al punto da trasformare il rapporto tra *copyright* ed internet nella «most inflamed issue in current intellectual property» ⁽³⁾. Argomentando dalla facilità di riproduzione (peraltro di immutata qualità) ⁽⁴⁾ e successiva messa a disposizione

evocato l'immagine del «diritto su diritti» (così C. CASTRONOVO, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO _ V. RICCIUTO _ V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999, 189, 193 e in *Europa dir. priv.*, 1998, 653); dall'altro vi è chi (cfr. A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in CUFFARO _ RICCIUTO _ ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 225 e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II Diritto privato, 1. Persone, famiglia, successioni e proprietà, Milano, 1998, 263) vede nelle discipline di protezione dei dati personali per lo più una fonte di «doveri di comportamento, non direttamente di protezione di beni o interessi» (p. 237), accostabile al modello della c.d. norma di protezione (c.d. *Schutzgesetz*); peraltro senza escludere che, muovendo dalla previsione di un'obbligazione risarcitoria in caso di inosservanza degli obblighi relativi al trattamento dei dati personali, possa essere ristorato il pregiudizio subito dalla «persona nei suoi attributi fondamentali (dignità, riservatezza, identità)» (p. 239).

⁽²⁾ Rilevanza ora resa manifesta nella Carta dei diritti fondamentali (il cui valore giuridico è tuttora controverso: ma cfr. S. RODOTÀ, *The Charter of Fundamental Rights*, in *Zeitschr. Schweiz. Recht*, 2001, 7 ss.) in ragione dell'esplicita menzione del diritto alla protezione dei dati personali all'art. 8 e della previsione contenuta nell'art. 17, co. 2, secondo cui «La proprietà intellettuale è protetta».

⁽³⁾ W. CORNISH _ D. LLEWELIN, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, London, 2003, 795.

⁽⁴⁾ L'evoluzione tecnologica, in particolare la velocità di trasmissione dati unita all'algoritmo di compressione MP3 (cfr. C. COLLOVÀ, *Sui recenti sviluppi in materia di compressione audio digitale e di tutela dei diritti degli autori, degli interpreti o esecutori e dei produttori nella distribuzione on-line di brani musicali*, in *Dir. aut.*, 1999, 561 ss.), smentisce

abusiva in rete di beni e servizi ⁽⁵⁾, nelle visioni più pessimistiche non solo lo sviluppo del corrispondente settore industriale, ma neanche la sua stessa sopravvivenza sarebbero a rischio ove non sufficientemente presidiati ⁽⁶⁾.

Proprio l'età delle reti di comunicazione, veicolo ideale per la distribuzione di prodotti e servizi digitali, sancirebbe, dunque, la fine della proprietà intellettuale ⁽⁷⁾: digitalizzazione (e conseguente dematerializzazione) e delocalizzazione (con quanto ne deriva) ne sarebbero i principali autori ⁽⁸⁾. Le innovazioni tecnologiche, ed in particolare i programmi di condivisione in rete (c.d. *file-sharing*), elidono la tradizionale distinzione tra «utilizzazione imprenditoriale e utilizzazione privata» del

le parole di chi, non troppo tempo fa, sosteneva che «uno scarico illegale di opere musicali è finora praticamente escluso dalla lentezza di *download* e dalla scarsa fedeltà acustica del mezzo»: così M. LUCENTINI, *Il mercato multimediale in USA. Quale lezione per l'Europa*, in S. ERCOLANI (a cura di), *La creatività in Europa e la sfida digitale. Il diritto d'autore nella società dell'informazione. Gli orientamenti della Commissione europea e dei titolari dei diritti*, Milano, 1996, 129, 131.

⁽⁵⁾ Cfr., ad es., MINISTÈRE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION – Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles, Rapport n. 2002-36, P. CHANTEPIE, *La lutte contre la contrefaçon des droits de propriété littéraire et artistique dans l'environnement numérique*, 1^{er} octobre 2002, 30 ss.; L. NIVARRA, *Le opere multimediali su Internet*, in AIDA, 1996, 131; ID., *Itinerari del diritto d'autore*, Milano, 2001.

⁽⁶⁾ Avvertiva le dimensioni dei problemi suscitati dalla diffusione sulle reti di comunicazione dei beni protetti P. AUTERI, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, in AIDA, 1996, 83, 88 ss.; v. pure P. SPADA, *La proprietà intellettuale su Internet*, in *Temì romana*, 2000, 128.

⁽⁷⁾ Peraltro è ricorrente il rilievo che lo sviluppo di una delle situazioni giuridiche riconducibili entro la categoria dei diritti di proprietà intellettuale, il diritto d'autore, è strettamente connesso all'introduzione (e all'evoluzione) delle tecniche che favoriscono la riproduzione di massa (prime fra tutte, la riproduzione a stampa): cfr. H. MACQUEEN, *Copyright and the Internet*, in L. EDWARDS – C. WAEDELDE (a cura di), *Law and the Internet. A Framework for Electronic Commerce*, Oxford, 2000, 181, 182.

⁽⁸⁾ Cfr. H.H. PERRITT, *Law and the Information Superhighway*, New York (e al.), 1996, 416; M. LOPES ROCHA – M. MACEDO, *Direito no ciberespço*, Lisboa, 1996, 80 ss.

bene protetto⁽⁹⁾, realtà questa efficacemente rappresentata dalla locuzione «copia privata di massa»⁽¹⁰⁾.

Sembrerebbe quindi non revocabile in dubbio la necessità di trovare strumenti giuridici adeguati volti ad assicurare una tutela effettiva dei diritti di proprietà intellettuale⁽¹¹⁾, specie nel contesto delle reti di comunicazione elettronica⁽¹²⁾.

A ben vedere, però, assai controverse si prefigurano le modalità attraverso le quali perseguire concretamente questo risultato: anche senza che ciò comporti l'adesione alle posizioni più estreme, le cui tesi sono sintetizzabili nella formula del c.d. *no copyright movement*⁽¹³⁾, da più

⁽⁹⁾ AUTERI, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, cit., 99.

⁽¹⁰⁾ La locuzione è in M. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in AIDA, 1996, 115, 122; ma sulla c.d. copia privata v. le puntualizzazioni di SPADA, *Copia privata ed opere sottochiave*, in Riv. dir. ind., 2002, I, 591, 596

⁽¹¹⁾ Per la determinazione del significato (ampio) con il quale la locuzione è anche qui utilizzata si rinvia a SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in Riv. dir. civ., 1998, II, 635.

⁽¹²⁾ Tali preoccupazioni risalgono (almeno) al Libro verde della COMMISSIONE EUROPEA, *I diritti d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione*, COM (95) 382 def., 19 luglio 1995 (ma più in generale v. già il Libro verde, *Il diritto d'autore e le sfide della tecnologia - problemi di diritti d'autore che richiedono un'azione immediata*, COM (88) 72 def., del 17 giugno 1988); v. pure l'ampia trattazione condotta da WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues*, Geneva, 2002, in particolare 29 ss.; S. von LEWINSKI, *Le rôle du droit d'auteur dans le commerce international aujourd'hui*, in R.I.D.A., 1994, 4. Per una ricognizione delle ragioni tradizionalmente poste a fondamento delle discipline di protezione della proprietà intellettuale cfr. E. C. HETTINGER, *The Justification of Intellectual Property*, 18 *Philosophy and Public Affairs* 31 (1989); v. pure W.H. LANDES – R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 *J. Leg. Stud.* 325 (1989).

⁽¹³⁾ Ad esse fa riferimento, pur escludendo la necessità di aderirvi, G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza*, Milano, 2001, 118, che ritiene necessario un ripensamento degli istituti della proprietà intellettuale; per prime indicazioni sulle posizioni del "no copyright", inteso come "diritto alla libertà di copia", effetto di uno degli assunti della c.d. etica hacker (quello dello scambio libero di ogni informazione), v. A. DI CORINTO – T. TOZZI, *Haktivism. La libertà nelle maglie della rete*, Roma, 2002, 32 ss., 40; v. pure R. SCELISI,

parti, e con diverse ragioni, si alzano voci a favore di un complessivo ripensamento delle discipline di protezione della proprietà intellettuale ⁽¹⁴⁾ e si richiede una più approfondita riflessione sui motivi della pratica diffusissima del ricorso alla copia (di regola per finalità di uso "personale") ⁽¹⁵⁾, piuttosto che ricorrere ad una generalizzata criminalizzazione del *file sharing* ⁽¹⁶⁾.

Si può bene dire, dunque, che «*copyright law is facing a turbulent future*» ⁽¹⁷⁾.

3. *Le (diverse) tecniche di reazione: in particolare lo strumento normativo.*

Pur a fronte delle segnalate perplessità circa la persistente adeguatezza di un quadro normativo tuttora imperniato su

Privato, participio passato di privare, in ID. (a cura di), No copyright _ nuovi diritti nel 2000, Milano, 1994, passim e 42 ss.

⁽¹⁴⁾ Non è possibile in questa sede entrare nel merito del dibattito relativo al *quomodo* delle forme di tutela della proprietà intellettuale; sulla necessità di un complessivo ripensamento della disciplina dei diritti di proprietà intellettuale v. P.B. HUGENHOLTZ, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in R. COOPER DREYFUSS, H. FIRST _ D. LEENHEER ZIMMERMAN (a cura di), *Innovation Policy in an Information Age*, Oxford, 2001, 343; ID., *Code as Code, Or the End of Intellectual Property as We Know It*, 6 *Maastricht J. Europ. & Com. L.* 308, 311 ss. (1999); L. MENOZZI, *Dove va il diritto d'autore? Profezie buone e cattive di una trasformazione*, in *Dir. aut.*, 1999, 400, 405; v. pure M. KRETSCHMER, *Digital Copyright: The End of an Era*, in *EIPR*, 2003, 333. Diffusamente ne tratta lo studio di LESSIG, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in the Connected World*, New York, 2001, *passim*, rispetto al quale vi è pure chi, criticamente, rievoca la "Tragedy of Commons" [espressione che rimonta a G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243 (1968)]: cfr. M. FABIANI, *Nuove tecnologie di comunicazione, antitrust e protezione della proprietà intellettuale*, in *Dir. aut.*, 2004, 78.

⁽¹⁵⁾ Tra gli argomenti addotti, il principale è, ovviamente, il costo dei beni protetti.

⁽¹⁶⁾ Più ampiamente questi profili sono trattati da F. COLANTONIO, *Piratage et contrefaçon d'oeuvres musicales en ligne. Approches juridique et socio-criminologique*, Univ. Liège, 2000-2001, 35 ss.

⁽¹⁷⁾ Così J. DAVIS, *Intellectual Property Law*, II ed., London, 2003, 157; v. pure, ma con impostazione prevalentemente descrittiva, T. BLACK, *Intellectual Property in the Digital Era*, London, 2002, *passim*.

principi consolidatisi in altro contesto tecnologico, si sono tuttavia moltiplicati i tentativi da parte dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale (ed in particolare degli editori telematici) per non abdicare, nel mondo virtuale, all'assetto che, nel mondo reale, si è da tempo disegnato per la protezione della proprietà intellettuale. Tentativi posti in essere utilizzando tutto l'armamentario classico ⁽¹⁸⁾: intentando azioni giudiziarie nei confronti di chi, utilizzando sistemi centralizzati ⁽¹⁹⁾ o decentrati _ questi ultimi denominati *peer-to-peer* (P2P) ⁽²⁰⁾ _ , si avvantaggia della condivisione e dello scambio in rete di beni protetti ⁽²¹⁾; affinando le tecnologie volte ad inibire la violazione

⁽¹⁸⁾ V. pure G. BUQUET, *Música on line: batallas por los derechos, lucha por el poder*, in E. BUSTAMANTE (a cura di), *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*, Barcelona, 2003, 57, 69 ss.

⁽¹⁹⁾ Il caso Napster (come altri meno noti) si incentrava su una tecnica di centralizzazione dei titoli dei *files* MP3 che continuavano ad essere residenti (e reperibili attraverso apposito *software*) nell'*hard disk* degli utenti connessi: sulle vicende processuali che videro al centro di azioni giudiziarie i gestori del noto sito internet v. AUTERI, *Il caso Napster alla luce del diritto comunitario*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *TV, Internet e new trends di diritti d'autore e connessi*. Atti del convegno di Bologna del 18 settembre 2001, in *Quad. AIDA* n. 7, Milano, 2002, 63; P. BALSAMO, *Distribuzione on line di file musicali e violazione del copyright: il caso Napster*, in *Dir. aut.*, 2001, 34, 37 ss.; G. PASCUZZI, *Opere musicali su Internet: il formato MP3*, in *Foro it.*, 2001, IV, 101. Data la dimensione del fenomeno, è evidente che le azioni giudiziarie hanno come obiettivo principale quello di rimarcare, anche nel contesto digitale, il valore sociale connesso al riconoscimento normativo dei diritti di proprietà intellettuale [*«legal rules can reinforce social norms»*: cfr. C. JENSEN, Note, *The More Things Change, the More They Stay the Same: Copyright, Digital Technology, and Social Norms*, 56 *Stan L. Rev.* 531, 562 (2003)].

⁽²⁰⁾ Formula con la quale si individua la condivisione di risorse di calcolo e delle informazioni contenute su *computers* interconnessi in rete attraverso il loro scambio diretto: pur con differenze tra loro, sono riconducibili entro questa categoria sistemi quali Kazaa, Gnutella, Morpheus, Emule, Bittorrent, Souseek, Edonkey. Per una più accurata descrizione delle modalità operative dei sistemi di condivisione *on-line* si rinvia alla descrizione contenuta in *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster*, 259 F. Supp. 2d 1029, 1032 ss. (C.D. Cal. 2003).

⁽²¹⁾ Pur non potendo formare oggetto di questa trattazione, è evidente che la configurazione tecnologica dei sistemi di *file-sharing* è

dei diritti di proprietà intellettuale, in una instancabile rincorsa tra “cannone e corazza”⁽²²⁾; promuovendo, ad ogni livello, l’adozione di un quadro normativo favorevole alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale⁽²³⁾.

È ormai lontana (se pur mai è concretamente esistita), dunque, la fase della c.d. *cyberanarchy*, che voleva la “rete” estranea ad ogni forma di regolazione giuridica⁽²⁴⁾: proprio con riguardo alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale si sono prontamente invocate e (successivamente) messe a punto misure giuridiche e misure tecnologiche di protezione (*Technical Protection*

tutt’affatto che secondaria nella materia qui considerata, producendo i propri effetti non solo sul grado di effettività delle tecniche di *enforcement* utilizzate ma, prima ancora, sull’identificazione della legge e della giurisdizione applicabili.

⁽²²⁾ Si può dare per pacifica la considerazione che prima (e, forse, più) dello strumento giuridico sono le stesse misure tecnologiche a costituire il deterrente più efficace nei confronti dei comportamenti abusivi: cfr., per tutti, G. DAVIES, *Technical Solutions to Controlling Copyright on the Internet*, in UBERTAZZI (a cura di), *TV, Internet e new trends di diritti d’autore e connessi*, cit., 72 ss. Tale considerazione, peraltro, non rappresenta per sé una panacea, posto che si tratta *in concreto* di verificare se e in che misura le tecnologie adottate comportino esse stesse la violazione di altre situazioni giuridiche soggettive rilevanti: qui l’esame è limitato ai profili di protezione dei dati personali, ma più in generale, rispetto al «*digital locking*», si vedano le preoccupate conclusioni di SPADA, *Copia privata ed opere sottochiave*, cit., 603.

⁽²³⁾ La descritta “azione concertata” è messa in evidenza da M. RICOLFI, *Intellectual Property Rights and Legal Order*, in *Dir. aut.*, 2001, 123, 133 ss.

⁽²⁴⁾ Ma più propriamente si è rilevata non tanto l’esistenza di un vuoto del diritto quanto, piuttosto, si sono palesati tutti i limiti dell’applicazione delle norme giuridiche in internet: cfr. RODOTÀ, *Relazione svolta al Convegno “Cyber Law _ Problemi giuridici connessi allo sviluppo di internet”*, in *Temi romana*, 2000, 83, 85; v. pure l’ampia trattazione di J.L. GODSMITH, *Against Cyberanarchy*, 65 *U. Chi. L. Rev.* 1199 (1998). Né hanno sortito migliori esiti le invocazioni di chi, rilevando i limiti del diritto statale, connessi alla sua territorialità (v. al riguardo le pagine di N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma _ Bari 2001, *passim*), ipotizzava l’edificazione di una “*cyberspace law*”: cfr. D.R. JOHNSON _ D.G. POST, *Law and Borders _ The Rise of Law in Cyberspace*, 48 *Stan. L. Rev.* 1367 (1996).

Measures _ TPM) ⁽²⁵⁾, queste ultime destinate ad operare in connessione con gli strumenti normativi in quanto dai medesimi direttamente tutelate ⁽²⁶⁾.

Con riguardo alle prime, non si è esitato ad introdurre anche in relazione al mondo virtuale, strumenti giuridici _ la cui efficacia resta tutta da verificare _ astrattamente in grado di prevenire, controllare e reprimere le condotte lesive dei diritti di proprietà intellettuale ⁽²⁷⁾. In tempi assai rapidi, infatti, si sono gettate le fondamenta di un quadro normativo tendenzialmente uniforme a livello internazionale ⁽²⁸⁾: ciò è accaduto anzitutto con i trattati

⁽²⁵⁾ Per una loro più ampia descrizione v. lo studio, redatto per il *Department of Canadian Heritage*, da I. KERR – A. MAURUSHAT – C. TACIT, *Technical Protection Measures: Part I – Trends in Technical Protection Measures and Circumvention Technologies* (First TPM Study), 2002, e I. KERR – A. MAURUSHAT – C. TACIT, *Technical Protection Measures: Part II – The Legal Protection of TPMs* (Second TPM Study); v. pure S. MARKS _ B.H. TURNBULL, *Technical Protection Measures: The Intersection of Technology, Law and Commercial Licences*, in *E.I.P.R.*, 2000, 198.

⁽²⁶⁾ Di regola le misure tecnologiche sono in grado di operare autonomamente; attesa, però, la loro (più o meno agevole) eludibilità, nel contesto dei diritti di proprietà intellettuale, formano esse stesse oggetto di protezione legale, venendo così a beneficiare di una tutela rinforzata: cfr. A. STROWEL _ S. DUSSOLIER, *La protection légale des systèmes techniques*, Doc. WIPO WCT_WPPT/IMP/2; J. DE WERRA, *Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et autres législations* (Japon, Australie), in *Rev. int. dr. aut.*, vol. 189 (2001), 67, 77: «Il en résulte que les titulaires du droit d'auteur bénéficient de trois niveaux de protection cumulables: le premier est la protection *légale* par le droit d'auteur. Le deuxième niveau est la protection *technique* des œuvres par le moyen de mesures techniques de protection. Le troisième et nouveau niveau est la protection *légale* contre le contournement des mesures techniques de protection introduite par les traités de l'OMPI». Nel nostro ordinamento questa protezione ulteriore è garantita dall'art. 171-ter, l. 22 aprile 1941, n. 633, lett. *f-bis* ed *h*), aggiunte alla legge sul diritto d'autore dall'art. 26, d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

⁽²⁷⁾ Si tratta, peraltro, di sistemi suscettibili di usi del tutto legittimi, quali i servizi di messaggeria istantanea, di stoccaggio distribuito in rete oltre che di condivisione legittima di *files* di ogni tipo.

⁽²⁸⁾ Peraltro la materia è tradizionalmente regolata in trattati internazionali, già a partire dalla *Convenzione di Berna per la protezione*

WIPO⁽²⁹⁾, ai quali hanno fatto *pendant* iniziative legislative a livello regionale e nazionale: basti qui ricordare il *Digital Millennium Copyright Act*⁽³⁰⁾ e, a livello europeo, la Direttiva 2001/29/CE⁽³¹⁾ _ recepita nel nostro ordinamento con il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 68⁽³²⁾ _ con la

delle opere letterarie e artistiche del 1886: per riferimenti v. M.F. MAKEEN, *Copyright in a Global Information Society: The Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, The Hague (e al.), 2000, 285 ss.

⁽²⁹⁾ Si tratta del trattato WIPO *Copyright Treaty* - WTC, del 20 dicembre 1996 (Trattato sul diritto d'autore), peraltro al 24 marzo 2004 non ancora ratificato dall'Italia, e del trattato WIPO *Performances and Phonograms Treaty* - WPPT, del 20 dicembre 1996 (Trattato sui diritti degli artisti ed esecutori di fonogrammi finalizzato all'aggiornamento delle regole internazionali di protezione), anch'esso non ancora ratificato al 24 febbraio 2004; su di essi v. FABIANI, *La conferenza diplomatica di Ginevra sul diritto di autore e sui diritti degli artisti, interpreti o esecutori e dei produttori di fonogrammi*, in *Dir. aut.*, 1997, 1; S. ERCOLANI, *Il nuovo trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e i fonogrammi*, *ibidem*, 145, 162. Va altresì ricordato l'accordo TRIPS del 1995, *Accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale concernenti il commercio (General Agreement on Tariffs and Trade: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (GATT-TRIPS))*.

⁽³⁰⁾ Per un suo primo commento v. J.C. GINSBURG, *Il "Digital Millennium Intellectual Property Act" ed il "Sonny Bono Copyright Term Extension Act": due novità dagli Stati Uniti*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 625; più di recente, mettendone in luce l'obsolescenza alla luce dell'evoluzione tecnologica, peraltro evidenziatasi proprio con riguardo ai sistemi *peer-to-peer*, cfr. ancora GINSBURG, *Évolution du droit d'auteur aux États-Unis depuis le "Digital Millennium Copyright Act"*, in *Rev. int. dr. aut.*, vol. 196 (2003), 127, 133 ss. e, per la seconda parte dell'articolo, v. vol. 197 (2003), 77 ss. della stessa rivista.

⁽³¹⁾ Per primi commenti T. DESURMONT, *La Communauté européenne, les droits des auteurs et la société de l'information*, in *Rev. int. dr. aut.*, vol. 190 (2001), 3 ss.; v. pure FABIANI, *Diritto di autore e accesso a Internet*, in *Dir. aut.*, 2001, 267, 270 ss. Più in generale, a livello comunitario la materia è stata via via armonizzata anche attraverso la Direttiva 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati (recepita con il d.lgs. n. 169/1999).

⁽³²⁾ Attuazione della Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione: come è noto la disciplina ha per larga parte modificato la legge 22 aprile 1941, n. 633, *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

quale si è affermato che la messa a disposizione in Internet (c.d. *uploading*) di un'opera protetta rappresenta un atto di riproduzione della medesima e richiede, pena l'illiceità del comportamento, l'autorizzazione del titolare del diritto di proprietà intellettuale ⁽³³⁾.

Ma l'attività normativa non trova sosta: da un lato con la recente approvazione della *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale* ⁽³⁴⁾; quasi contestualmente, a livello nazionale si è emanato il decreto legge 22 marzo 2004, n. 72 ⁽³⁵⁾, ora

⁽³³⁾ A tale soluzione perveniva già, in via interpretativa, AUTERI, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, cit., 92 ss. Sul punto v. ora RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e diffusione*, in *AIDA*, 2002, 48; M.T. SCASSELLATI SFORZOLINI, *La Direttiva comunitaria del 22 maggio 2001, n. 29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore nella società dell'informazione*, in *Dir. aut.*, 2003, 65, 70 ss.; cfr. pure C. GAY FUENTES, *El derecho de propiedad intelectual: por un nuevo equilibrio entre creadores e interés general*, in BUSTAMANTE (a cura di), *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación*, cit., 257, 271 ss.

⁽³⁴⁾ L'8 marzo scorso la (controversa) Proposta di direttiva COM 2003/46 era stata approvata in prima lettura (con emendamenti) dal Parlamento europeo; la definitiva approvazione è avvenuta, da parte del Consiglio, il 26 aprile 2004 (il testo, ancora in attesa di numerazione, è in <http://register.consilium.eu.int/pdf/it/04/st03/st03636.it04.pdf>).

⁽³⁵⁾ Pubblicato in *G.U.* n. 69 del 23 marzo 2004; con il decreto legge _ il cui ambito di applicazione era limitato al fenomeno della diffusione telematica abusiva di opere cinematografiche e assimilate e si caratterizzava per il complessivo aggravamento dell'impianto sanzionatorio, sia in relazione agli utenti che ai c.d. *service providers* _ si modificavano gli artt. 171-ter e 174-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633 (sui quali v. già le annotazioni, riferite all'ipotesi del *download* abusivo, svolte da FABIANI, *Abusiva riproduzione dell'opera da files di internet*, a margine di Trib. Palermo, 9 ottobre 2001, in *Dir. aut.*, 2002, 98 ss.). Senza entrare nel merito delle scelte di politica del diritto con esso effettuate, resta tuttavia da chiedersi se realmente sussistessero nella materia in questione i requisiti di necessità e di urgenza richiesti dall'art. 77 Cost.: ma in argomento v. già le considerazioni svolte sul tema "*L'abuso dei decreti legge*" da RODOTA (*Fenomenologia dei decreti*), S. LABRIOLA (*Le modifiche possibili*) e A. BALDASSARRE e C. SALVI (*Contro l'irrigidimento autoritario del sistema politico*), saggi tutti pubblicati in *Pol. dir.*, 1980, 379 ss.

convertito _ con significative modifiche _ nella legge 21 maggio 2004, n. 128 ⁽³⁶⁾.

4. *Le misure tecnologiche: in particolare il c.d. "Digital Rights Management" (DRM).*

La risposta, come si è accennato, non è stata però affidata al solo strumentario giuridico: sin dal principio, infatti, si è chiaramente prefigurata una linea d'intervento, in seguito fermamente perseguita, sintetizzabile nella felice espressione "*the answer to the machine is in the machine*" ⁽³⁷⁾.

A parte ogni considerazione sulla opportunità di introdurre anche in questo contesto mezzi di pagamento anonimi o, quantomeno, che permettano l'uso di pseudonimi (profili anche qui rilevanti, e tuttavia non esclusivi di questa materia) ⁽³⁸⁾, non interessa ora

⁽³⁶⁾ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 22 marzo 2004, n. 72, recante interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo, in *Gazz. Uff.* n. 119 del 22 maggio 2004.

⁽³⁷⁾ Questo il titolo, fortunato, con il quale C. CLARK intitolava il suo saggio pubblicato in P.B. HUGENHOLTZ (a cura di), *The future of copyright in a digital environment*. Proceedings of the Royal Academy colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law, (Amsterdam, 6 - 7 July 1995), The Hague (e al.), 1996, 139 e 144 ss.; non diversamente AUTERI, *Internet e il contenuto del diritto d'autore*, cit., 98, ammoniva che «una tutela sulle utilizzazioni che fosse affidata solo all'efficacia dei divieti della legge sarebbe destinata a restare lettera morta a meno di prevedere sanzioni assai pesanti e penetranti sistemi di controllo. *Il che avrebbe dei costi economici e sociali difficilmente tollerabili*» (mio il corsivo); nello stesso senso S. DUSSOLIER, *Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological Protection Measures for Protecting Copyright*, 21 *EIPR*, 1999, 285; ma si tratta di assunto ormai generalmente accolto: cfr., fra i tanti, da ultimo CORNISH, *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, Oxford, 2004, 54 ss.

⁽³⁸⁾ Il richiamo si rinviene già in INTERNATIONAL WORKING GROUP ON DATA PROTECTION IN TELECOMMUNICATION, *Common Position on Privacy and Copyright Management*, adopted at the 27th Meeting of the Working Group on 4-5 May 2000 in Rethymnon (Crete), in http://www.datenschutz-berlin.de/doc/int/iwgdpt/co_en.htm; cfr.,

procedere ad una dettagliata ricognizione delle differenti misure tecnologiche introdotte o in corso di introduzione ⁽³⁹⁾: basti rilevare che si tratta di sistemi, espressamente previsti dalle discipline di protezione dei diritti di

più in generale, P.P. SWIRE, *Financial Privacy and the Theory of High-Tech Government Surveillance*, 77 *Wash. U. L. Quart.* 461, 464 ss. (1999).

⁽³⁹⁾ Per un'aggiornata descrizione delle diverse tecnologie impiegate si rinvia all'ampio studio curato per conto della Commissione europea da CEN/ISSS, *Digital Rights Management – Final Report* (30 September 2003), in <<http://www.cenorm.be>>; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES – COMMISSION STAFF WORKING PAPER, *Digital Rights. Background, Systems, Assessment*, Brussels, 14 febbraio 2002 SEC(2002) 197, con particolare riguardo al coinvolgimento dei profili di protezione dei dati e *p r i v a c y* a p. 14 ss. in http://europa.eu.int/information_society/newsroom/documents/drm_workingdoc.pdf; v. pure lo studio redatto da J. P. CUNARD – K. HILL – C. BARLAS per conto della WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO) – STANDING COMMITTEE ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, Tenth Session Geneva, November 3 to 5, 2003, *Current Developments in the Field of Digital Rights Management*, in http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/sccr/pdf/sccr_10_2.pdf; J. FARCHY, *Internet et le droit d'auteur*, Paris, 2003, 150 ss. Per la riconduzione delle misure tecnologiche di protezione all'interno dei due raggruppamenti indicati nel testo si rinvia a D.S. MARKS – B.H. TURNBULL, *Technical Protection Measures: The Intersection of Technology, Law and Commercial Licenses*, in *EIPR*, 2000, 198; con riferimento all'esperienza statunitense [nel quale le misure tecniche di protezione sono disciplinate al Chapter 12 del *National Information Infrastructure Copyright Protection Act* ("NIICPA"), presentato al Congresso americano nel 1995] v. P. MARZANO, *Sistemi anticopiaggio, tatuaggi elettronici e responsabilità on-line: il diritto d'autore risponde alle sfide di Internet*, in *Dir. aut.*, 1998, 149, 168 ss. e pure, con specifico riferimento al quadro normativo disegnato nell'ordinamento statunitense con il *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) (in particolare nelle Sections 1201 e 1202 dello U.S. Code), E. MORELATO, *Strumenti informatici per la protezione del diritto d'autore*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, 731, 741 ss.; nell'ordinamento italiano cfr. G. FINOCCHIARO, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, in *AIDA*, 2002, 280 ss.; da ultimo, F. MORRI, *D.lgs. 9 aprile 2003, n. 68. Art. 23*, in G. SENA – P.A.E. FRASSI – G. D'AMMASSA – S. GIUDICI – D. MINTOTI – F. MORRI, *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione. Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68 in attuazione della Direttiva 2001/29/CE*, Milano, 2003, 99 ss. e M. MORETTI, *Misure tecnologiche di protezione delle opere e tutela del "consumatore"*, in *Dir. aut.*, 2004, 43, 45 ss.

proprietà intellettuale ⁽⁴⁰⁾, finalizzati al controllo dell'accesso ad opere protette (attraverso procedure di autenticazione basate, di regola, sulla crittografia) o preordinati all'introduzione di misure di protezione c.d. anti-copia. Queste ultime, poi, possono essere riconoscibili da parte del fruitore del bene protetto (come nel caso del c.d. *fingerprinting*) o risultare al medesimo non visibili, come accade, grazie al ricorso alla steganografia, nel caso del *watermarking* (o *tatouage numérique*). Merita però rilevare che le descritte tecnologie, tuttora in fase di piena evoluzione ⁽⁴¹⁾ e rispetto alle quali non può ancora definirsi esistente uno standard (né dunque possono esserne tracciate con sicurezza le implicazioni ultime dal punto di vista della protezione dei dati personali) ⁽⁴²⁾, sono destinate ad operare all'interno di sistemi informativi più complessi, preposti alla gestione dei diritti di proprietà intellettuale in ambiente digitale; per quanto conosciuti sotto varie denominazioni ⁽⁴³⁾, è divenuta ormai di uso corrente, per

⁽⁴⁰⁾ Si vedano in particolare gli artt. 6 e 7 della Direttiva 2001/29/CE; ma il ricorso ad esse era già previsto nella Direttiva 91/250/CE del 14 maggio 1991 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore ove, all'art. 7, si fa riferimento ai dispositivi tecnici di protezione. Nel nostro ordinamento le misure tecnologiche di protezione sono disciplinate all'art. 102-*quater*, l. dir. aut.

⁽⁴¹⁾ Non a caso si moltiplicano gli studi istituzionali finalizzati a comprendere tutti i risvolti connessi all'uso delle tecnologie comprese sotto l'onnicomprensiva dizione "*Digital Rights Management*": v. lo studio condotto da F. LEPRÉVOST – B. WARUSFEL, *Technologies de sécurité pour les médias digitaux*. Rapport Final, Document de travail pour l'unité «STOA» (Unité Évaluation des choix scientifiques et techniques), Bruxelles, mai 2001, PE 296.705/Fin.St.; non diversamente, in Francia, cfr. P. CHANTEPIE, *Mesures techniques de protection des œuvres & DRMs*, 1^{ère} partie: un état des lieux – Janvier 2003, Rapport n. 2003-02 – (I) (Étude établie par Chargé de mission à l'Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles), 8 janvier 2003.

⁽⁴²⁾ Un *caveat* deve essere immediatamente aggiunto: pur dovendo condurre ora il discorso per linee generali, le tecnologie utilizzate, peraltro in continua evoluzione, presentano differenze da valutare in concreto ai fini di una loro qualificazione quali *privacy invasive* piuttosto che *privacy enhancing*.

⁽⁴³⁾ Di "*electronic copyright management systems*" (ECMS) parlavano K. KOELMAN – L. BYGRAVE, *Privacy, Data Protection and Copyright: Their*

identificarli, la locuzione “*Digital Rights Management*” (DRM) ⁽⁴⁴⁾: si tratta di modalità tecniche ed organizzative finalizzate alla raccolta dei compensi per il diritto d’autore che possono comprendere le misure tecniche di protezione e le informazioni sul regime dei diritti disciplinate all’art. 102-*quinquies*, l. dir. aut ⁽⁴⁵⁾, consentendo così « il controllo e l’identificazione delle opere utilizzate nonché dei titolari dei relativi diritti» ⁽⁴⁶⁾.

Orbene, ove attraverso i sistemi di DRM vengano raccolte informazioni personali tali da consentire l’identificazione, anche se in forma indiretta, del fruitore dei beni protetti dai diritti di proprietà intellettuale, in tal caso troveranno applicazione le discipline di protezione dei dati, a presidio degli effetti che simili raccolte di dati personali possono produrre ⁽⁴⁷⁾. Potendosi, infatti, generare

Interaction in the Context of Electronic Copyright Management Systems, Amsterdam, 1998, 2; ma ricorre anche la dizione “*copyright management technologies*” (CEMT).

⁽⁴⁴⁾ La ricognizione più recente è stata condotta da L.A. BYGRAVE, *Digital Rights Management and Privacy. Legal Aspects in the European Union*, in E. BECKER _ W. BUHSE _ D. GUNNEWIG, N. RUMP (a cura di), *Digital Rights Management Technological, Economic, Legal and Political Aspects*, 2003, 426; J. COHEN, *DRM and Privacy*, 18 *Berkeley Tech. L.J.* 575 (2003).

⁽⁴⁵⁾ In merito v. C. SCOGNAMIGLIO, *Le informazioni sul regime dei diritti*, in *AIDA*, 2002, 271, 275 ss.

⁽⁴⁶⁾ FABIANI, *Nuove tecnologie di comunicazione, antitrust e protezione della proprietà intellettuale*, cit., 79.

⁽⁴⁷⁾ Merita rilevare che sin dai primi studi istituzionali realizzati negli Stati Uniti per valutare e governare gli effetti della c.d. *information economy* con espresso riferimento alle tematiche degli *intellectual property rights*, si avvertirono _ pur nell’assenza di una disciplina generale di legislazione generale sulla protezione dei dati secondo il modello già da tempo affermatosi in Europa _ i pericoli per la *privacy* dei fruitori di prodotti multimediali *on-line* protetti dalle “*copyright management technologies*”: cfr. INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, (Bruce A. Lehman, Chair), Washington D.C., 1995, 191 «Systems for managing rights in works are being contemplated in the development of the NII. These systems will serve the functions of tracking and monitoring uses of copyrighted works as well as licensing of rights and indicating attribution, creation and

imponenti archivi su gusti e preferenze individuali (di ogni natura, tali anche da rivelare informazioni ascrivibili nel novero dei dati sensibili), quanto più ferreo sarà il controllo tecnologico sui prodotti e servizi offerti in rete, tanto più compressi potrebbero risultare gli spazi di libertà e autonomia decisionale nella scelta di prodotti di consumo "culturale" per gli utenti *on-line* (risultando gli stessi, in questo modo, esposti ad una forma di "controllo").

Se già soltanto queste considerazioni consentono di intravedere il rischio di un monitoraggio minuzioso delle diverse utilizzazioni delle opere protette, questa tendenza è destinata ad accentuarsi alla luce delle modalità organizzative che si vanno predisponendo per consentire lo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale secondo modelli di gestione collettiva, anziché individuale (vale a dire da parte di ciascun editore), essi pure previsti dall'art. 180-*bis* l. dir. aut. ⁽⁴⁸⁾: trova allora ragione di essere la

ownership interests. A combination of file- and system-based access controls using encryption technologies, digital signatures and steganography are, and will continue to be, employed by owners of works to address copyright management concerns. Such security measures must be carefully designed and implemented to ensure that they not only effectively protect the owner's interests in the works but also do not unduly burden use of the work by consumers or compromise their privacy. And measures should be studied to ensure that systems established to serve these functions are not readily defeated». Preoccupazioni ancora non dissolte (cfr. le posizioni rappresentate in *Consumer Benefits of Today's Digital Rights Management (DRM) Solutions*, Hearing before the SUBCOMMITTEE ON COURTS, THE INTERNET, AND INTELLECTUAL PROPERTY OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, HOUSE OF REPRESENTATIVES, 107th Congress, 2nd Session, June 5, 2002, Serial No. 72, in <http://www.house.gov/judiciary/80031.PDF>) nonostante l'opinione di T. HARDY, *Project Looking Forward: Sketching the Future of Copyright in a Networked World*, May 1998, final report, 186 ss., che tende a minimizzare le aree di interferenza tra tutela del *copyright* e *privacy*.

⁽⁴⁸⁾ V. in merito la recentissima COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *The Management of Copyright and Related Rights in the Internal Market*, Brussels, 16.04.2004, COM(2004) 261 final, p. 10 ss. in http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/docs/

domanda proveniente dall'esperienza statunitense, invero non nuova ⁽⁴⁹⁾ ma amplificata dalle inedite potenzialità di controllo così generate, circa la configurabilità di un "diritto a leggere inosservati" ⁽⁵⁰⁾.

5. Anonimità o identificabilità in rete?

Atteso che le tecniche di contrasto adoperate non mirano (sol)tanto alla protezione delle opere, quanto alla identificazione degli usi abusivi cui le medesime, per le ragioni più varie, possono essere sottoposte in rete ⁽⁵¹⁾, il discorso viene a vertere sulla tematica della *identificabilità* nel c.d. cyberspazio e, dunque, dell'effettiva possibilità di svolgere, anche in internet, (trans)azioni in forma anonima, come (per lo più) accade nel mondo reale ⁽⁵²⁾; in questo

com-2004-261_en.pdf. Punto di partenza in materia è lo studio OMPI, *Gestion collective du droit d'auteur et les droits voisins (Étude et conseil sur la création et le fonctionnement des organisations de gestion collective)*, 1990; in tempi più ravvicinati v. lo studio, redatto per l'UNESCO, da P. SCHEPENS, *Guide sur la gestion collective des droits d'auteur*, 2000, in <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001206/120677f.pdf>. In letteratura v. pure F. MULLER, *La tutela del diritto di autore su internet*, in *Dir. aut.*, 2001, 347, 363 ss. e, da ultimo, P. FLORENSON, *La gestion du droit d'auteur et les droits voisins Europe*, in *Rev. int. dr. aut.*, vol. 196 (2003), 35 ss. e, per i profili qui trattati, 83 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. U. EKMAN AULT, *The FBI's Library Awareness Program: Is Big Brother Reading Over Your Shoulder?*, 65 N.Y.U. L. Rev. 1532, 1540-46 (1990).

⁽⁵⁰⁾ COHEN, *A Right to Read Anonymously*, cit.: «This vision of the future of copyright management could entail total loss of reader anonymity in cyberspace». Negli ordinamenti europei i principi generali di protezione dei dati, e qui segnatamente il principio di finalità del trattamento, consentono maggiore sobrietà, sfuggendo alla necessità di ricostruire l'ennesima situazione giuridica soggettiva. Peraltro può dubitarsi dell'appropriatezza dell'espressione, certamente suggestiva, posto che tali sistemi non mirano tanto a conoscere cosa taluno legga (per stare all'esempio), quanto piuttosto che questi non "legga" violandi il diritto d'autore.

⁽⁵¹⁾ Cfr. T. PARIS, *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système*, Paris, 2002, 210.

⁽⁵²⁾ Qui il profilo è riferito al consumo di materiale culturale: v. in merito le considerazioni di S. DUSOLLIER, *Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen*, in DUSOLLIER (a cura di),

contesto l'ulteriore "filo di Arianna" tecnologico per risalire all'utilizzatore è rappresentato dagli strumenti in grado di consentire il tracciamento *on-line*: anzitutto i *files* di log [talora con l'ausilio di altre tecniche, quali i c.d. *cookies* ⁽⁵³⁾ e *spyware* ⁽⁵⁴⁾], utilizzabili autonomamente o unitamente alle informazioni ritraibili dai sistemi DRM.

Torna utile allora richiamare qui una battuta di Julie Cohen che, in un suo saggio di qualche tempo fa, rilevava che _ al di là dell'impianto retorico che ha accompagnato la riflessione sulla c.d. società dell'informazione _ si vive ormai in «an age of information *about* readers» piuttosto che in «an age of information *for* readers» ⁽⁵⁵⁾: l'infrastruttura tecnologica delle reti di comunicazione, per il modo in cui è concepita ed utilizzata, sarebbe (e sovente è) lo strumento ideale per addivenire [salvo il ricorso a tecniche di anonimizzazione ⁽⁵⁶⁾], con opportune elaborazioni, all'individuazione di un certo terminale e, a certe condizioni, al suo utilizzatore anzitutto attraverso l'*IP address* ⁽⁵⁷⁾.

Le droit d'auteur: un contrôle de l'accès aux oeuvres?, Namur, Bruxelles, 2000, 25, 26 ss. Il profilo specifico qui trattato merita tuttavia di essere ricondotto ad una riflessione più generale alla quale ci richiamano le parole, ancora fresche di stampa, pronunciate da RODOTÀ in, *Relazione 2003. Discorso del Presidente*, Roma, 28 aprile 2004, p. 17, in <http://www.garantepprivacy.it>, che ammonisce sulla necessità di «una ricostruzione di libertà e diritti aderente all'ambiente tecnologico nel quale vengono esercitati».

⁽⁵³⁾ V. al riguardo A. PUTIGNANI, *Cookie*, in *Dig. IV ed., Disc. priv. _ Sez. civ., Agg.*, vol. II, Torino, 2003, 583 ss.

⁽⁵⁴⁾ Si tratta di programmi che si installano sul computer dell'utente, di regola a sua insaputa, e sono in grado di sorvegliarne le attività comunicandole a terzi: su di essi si è soffermato il *Workshop* organizzato dalla FEDERAL TRADE COMMISSION, *Monitoring Software on Your PC: Spyware, Adware, and Other Software*, Washington, 19 aprile 2004, in <http://www.ftc.gov/bcp/workshops/spyware/index.htm>.

⁽⁵⁵⁾ J.E. COHEN, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 *Conn. L. Rev.* 981 (1996).

⁽⁵⁶⁾ Ad es. Blubster: in "L'Espresso", *Musica in manette*, Ottobre 2003.

⁽⁵⁷⁾ Si sono già ampiamente messi in luce altri aspetti del trattamento dei c.d. *clickstream data* in letteratura: cfr. V. GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/96 e le reti telematiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 639, 649 ss.

Tali attività presuppongono dunque un'analisi dei dati di traffico _ e dunque la necessaria cooperazione degli *internet service providers* (ISPs) ⁽⁵⁸⁾ _ ma, come è noto, rispetto ad essi la direttiva 2002/58/CE, prima, e in sede di recepimento il decreto legislativo n. 196/2003, dettano una disciplina *ad hoc*; essa è contenuta nell'art. 123 del *Codice in materia di protezione dei dati personali*, in base alla quale _ impregiudicata l'applicazione dell'art. 132, oggetto peraltro di un recentissimo intervento modificativo, che per scelta espressa del legislatore si riferisce però ai soli dati di

⁽⁵⁸⁾ Proprio la regolamentazione di tale aspetto (poi sensibilmente modificata dal Parlamento in sede di conversione in legge), originariamente contenuta nell'art. 1 del menzionato d.l. 22 marzo 2004, n. 72, aveva sollevato forti preoccupazioni, in particolare con riferimento agli obblighi posti in capo agli ISPs. Del resto il ruolo di questi ultimi appare assai delicato anche in altri ordinamenti: recentemente la *Federal Court of Canada* in *BMG Canada Inc. v. John Doe*, 2004 FC 488 (T-292-04, 31st March, 2004) non ha accolto le richieste dei titolari dei diritti d'autore avanzate nei confronti di un ISP, non solo muovendo dalla non ancora intervenuta ratifica dei Trattati WIPO nell'ordinamento canadese, ma altresì tenendo conto del ritardo con il quale era stata fatta valere in giudizio dai medesimi titolari la richiesta di identificazione degli autori di violazioni asseritamente commesse *on-line*, adducendo una pluralità di argomenti a favore delle legittime aspettative di *privacy* degli utilizzatori della "rete". Rispetto alla domanda avanzata dagli attori relativa all'analisi e alla comunicazione dei dati di traffico internet, la Corte ha precisato che questa tipologia di dati «is not information routinely kept by the ISPs but information that must be specifically retrieved from their data banks;

- the older the information is, the more difficult it will be to retrieve it. The data may be on back-up tapes or may no longer be kept depending upon the age of the information;

- the older the information, the more unreliable the result that will be produced by trying to retrieve the data;

- it may be impossible, due to the passage of time, to link some IP addresses to account holders;

- at best the ISPs will generate the name of the account holders; however, they can never generate the name of the actual computer users. An IP address, for instance, can lead to the name of an account holder, but that account holder could be an institution and/or may be linked to a local area network of many users». V. pure, ancorché incentrata su diversa fattispecie, *Supreme Court of Canada* in *CCH v. The Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13.

traffico telefonico ⁽⁵⁹⁾ _ la conservazione dei dati di traffico (telematico), a soli fini di fatturazione (e solo ove si possano rinvenire dette esigenze), non può prolungarsi oltre i sei mesi. Entro questi limiti, pertanto, è oggi possibile, con le garanzie previste dall'ordinamento, provvedere alla ricerca degli autori di eventuali violazioni dei diritti di proprietà intellettuale.

6. *Evoluzione tecnologica e regola giuridica.*

Ci troviamo quindi di fronte all'ennesima fuga verso il *gläserne Mensch* e, dunque, ad una nuova frontiera della protezione dei dati, impegnata in una lotta infinita contro la "*big-brothérisation*" della società? ⁽⁶⁰⁾

Certo, anche queste scarse battute riservate ad un settore apparentemente periferico rispetto alla protezione dei dati personali sono sufficienti a portarci dritti dritti al cuore della questione che da sempre interessa i cultori di questa materia e, più in generale, coinvolge il rapporto tra diritto e tecnologie ⁽⁶¹⁾, rapporto nel quale queste ultime palesano in modo sempre più evidente una autonoma capacità "regolativa" ⁽⁶²⁾: il dato che ancora una volta

⁽⁵⁹⁾ La novellazione dell'art. 132 è stata disposta dall'art. 3, d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, *Disposizioni urgenti per il funzionamento dei tribunali delle acque, nonché interventi per l'amministrazione della giustizia*, in G. U. n. 300 del 29 dicembre 2003, come modificato dalla legge di conversione n. 45 del 26 febbraio 2004, pubblicata in G.U. n. 48 del 27 febbraio 2004.

⁽⁶⁰⁾ Così, in relazione al tortuoso percorso per addivenire infine al recepimento della Direttiva 95/46/CE in Francia, M. MARZOUKI _ D. NAULLEAU _ P. SUESSER _ M. TUBIANA, *Big Brother se rapproche*, in *Le Monde*, 14 aprile 2004, p. 17.

⁽⁶¹⁾ Non a caso la raccolta di studi del 1995 di RODOTÀ porta proprio il titolo "*Tecnologie e diritti*".

⁽⁶²⁾ Più in generale, sulla centralità del ruolo delle tecnologie in concreto utilizzate a raccogliere (o meno) dati personali e sulla loro attitudine a normare (*de facto*), v. J. R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 *Tex. L. Rev.* 553 (1998); L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, 122 ss.; con specifico riguardo ai profili di proprietà intellettuale, v. ancora, LESSIG, *Progettare innovazioni nel cyberspazio*, in AA.VV., *Proprietà*

emerge, e dal quale non è possibile prescindere in sede di formulazione della regola giuridica, è la continua esposizione della persona alle tecnologie che, lungi dall'essere neutrali, manifestano, nello strutturarsi e nel successivo radicarsi quali strumenti delle più diverse applicazioni sociali, una vocazione al controllo⁽⁶³⁾. DRM e tracciamento della "navigazione" in "rete" posseggono infatti l'attitudine a divenire "tecnologie di controllo" sì che, ove prevalesse l'idea secondo la quale tutto ciò che è tecnologicamente fattibile diviene anche (moralmente e giuridicamente) lecito, acquisterebbe davvero consistenza il rischio di materializzazione di una "gabbia tecnologica" dalla quale nessuno è in grado di sfuggire⁽⁶⁴⁾.

intellettuale e cyberspazio, Congresso internazionale, Grand hôtel des Îles Borromées, Stresa, 4-5 maggio 2001, Milano, 2002, 53.

⁽⁶³⁾ Se pure qui il discorso è stato condotto lungo il versante che costeggia le tematiche dei diritti di proprietà intellettuale, problemi non dissimili sono generati dalla nascente implementazione nel contesto socio-economico delle più varie tecnologie di localizzazione: si pensi alle *wireless technologies* (per le implicazioni sulla *privacy* v., ad esempio, le considerazioni svolte in FEDERAL TRADE COMMISSION, *Public Workshop: The Mobile Wireless Web, Data Services and Beyond: Emerging Technologies and Consumer Issues*, February 2002, 8 ss.) o alla *Radio Frequency Identification* (RFID): a questo proposito v. la *Résolution Sur La Radio-Identification*, Version Finale 20 Novembre 2003, 25ème Conférence Internationale des Commissaires à la protection des données et à la vie privée, Sydney, 12 septembre 2003 in http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/international/Resolution_RFID_VFVD.pdf; v. pure (con la descrizione delle modalità di funzionamento) la *Communication* de M. Philippe Lemoine relative à la Radio-Identification (Radio-Tags ou RFIDs) predisposta per la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, 30 octobre 2003, in http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/rapports/RFID_communication.pdf. Problemi non diversi pone, ovviamente (e talora in modo assai più diretto), la c.d. televisione interattiva: cfr. D. M. KATZ, *Privacy in the Private Sector: Use of the Automotive Industry's "Event Data Recorder" and Cable Industry's "Interactive Television" in Collecting Personal Data*, 29 *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 163, 181 ss. (2003); v. pure H. GALPERIN – F. BAR, *The Regulation of Interactive Television in the United States and the European Union*, 55 *Fed. Comm. L.J.* 61, 75 (2002).

⁽⁶⁴⁾ V. ora, ampiamente, S.K. KATYAL, *The New Surveillance*, 54 *Case West. Res. L. Rev.* 297 (2003).

Se i profili derivanti dal controllo della navigazione *on-line* non sono ignoti ⁽⁶⁵⁾, solo in tempi relativamente recenti le interrelazioni tra DRM e protezione dei dati sono venute emergendo: per quanto non ancora approfondito, il tema è già da tempo oggetto delle preoccupate considerazioni delle Autorità di controllo con riferimento al rispetto dei diritti fondamentali della persona (qui riguardati dal punto di vista della protezione dei dati personali) ⁽⁶⁶⁾, anche a

⁽⁶⁵⁾ Ciò è accaduto in una pluralità di documenti (e sotto diversi punti di vista) del "Art. 29 Data Protection Working Party" consultabili in http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workinggroup_en.htm: cfr. *Working Document on Trusted Computing Platforms and in particular on the work done by the Trusted Computing Group (TCG group) MARKT/11816/03/EN - WP 86*, del 23 gennaio 2004; Documento di lavoro *Primi orientamenti del gruppo "articolo 29" in merito ai servizi di autenticazione on-line*, adottato il 2 luglio 2002; *Documento di lavoro relativo ai servizi di autenticazione on-line* adottato il 29 gennaio 2003, 10054/03/IT, WP 68; 11203/02/IT/def., WP 60; *Raccomandazione relativa ai requisiti minimi per la raccolta di dati on-line nell'Unione Europea*, adottata il 17 maggio 2001.

⁽⁶⁶⁾ V. INTERNATIONAL WORKING GROUP ON DATA PROTECTION IN TELECOMMUNICATIONS, *Common Position on Privacy and Copyright Management*, 4-5 May 2000, in http://www.datenschutz-berlin.de/doc/int/iwgdpt/co_en.htm. Quanto alle singole Autorità di protezione dei dati, in Belgio, con l'*Avis* n. 44/2001 del 12 novembre 2001, *Avis d'initiative concernant la compatibilité de la recherche d'infractions au droit d'auteur commises sur Internet avec les dispositions juridiques protégeant les données à caractère personnel et les télécommunications*, la *Commission de la protection de la vie privée* ha precisato le condizioni alle quali l'attività di contrasto nei confronti delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale può essere esercitato, precisando che «un fournisseur d'accès Internet ne peut communiquer à des tiers des données à caractère personnel relatives à ses abonnés, sauf dans le cadre d'une procédure judiciaire»; preoccupazioni nei confronti dei sistemi DRM sono state espresse nell'*Entschließung der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 24./25. Oktober 2002 zur datenschutzgerechten Vergütung für digitale Privatkopien im neuen Urheberrecht*, in http://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/Home/Der_LfD/Konferenzen/2002/10_24_3.htm; la piattaforma presentata dall'industria informatica (Trusted Computer Group) forma altresì oggetto di valutazione da parte della CNIL. In particolare l'INCARICATO FEDERALE PER LA PROTEZIONE DEI DATI, 10° Rapporto d'attività 2002/03, in <http://www.edsb.ch/i/doku/jahresberichte/2003/tcpa.htm>, pronunciandosi rispetto alla "Trusted Computing Platform Alliance"

causa della scarsa riconoscibilità da parte del fruitore delle precise modalità di funzionamento di questi sistemi; analoghe preoccupazioni sono ora condivise anche al di fuori di questa cerchia ⁽⁶⁷⁾.

Ciò non implica ne può significare, si badi bene, che le discipline di protezione dei dati, e dunque i valori della dignità e dell'autodeterminazione che tramite le medesime si intendono tutelare, possano essere utilizzate quale scudo, o peggio grimaldello, nei confronti di comportamenti che l'ordinamento reputa illeciti, talora anche sotto il profilo penale (la riflessione, ovviamente travalica il limitato ambito dei diritti di proprietà intellettuale), o anche solo semplicemente lesivi di talune facoltà proprie dei diritti di proprietà intellettuale. Semmai intendono mettere in risalto che non può non valere anche la reciproca: e cioè che (pure) le discipline di tutela dei diritti di proprietà intellettuale non possono introdurre

(TCPA), evidenzia anzitutto l'opacità delle funzioni che caratterizzerebbero i sistemi in corso di approntamento: «Da anni un gran numero di società produttrici di hardware e software per PC sono impegnate in un progetto denominato TCPA, il cui preciso obiettivo non è ben chiaro, almeno non di primo acchito. I suoi diversi aspetti, unitamente al fatto che il progetto suscita l'interesse non solo dei produttori sopraccitati ma soprattutto dell'industria dell'intrattenimento (musica e film), ci inducono a credere che uno dei principali obiettivi della TCPA è lo sviluppo di tecnologie che impediscano la riproduzione di opere protette dal diritto d'autore. A prima vista parrebbe esclusa ogni questione relativa alla protezione dei dati; considerando meglio il progetto ci si accorge però che non è così. In questa sede non possiamo soffermarci sulle enormi potenzialità di sorveglianza insite nel cosiddetto "Digital Rights Management", il meccanismo centrale della TCPA. Va tuttavia rilevato che, in base alle informazioni in nostro possesso, l'intento è di vendere in futuro un sistema provvisto di funzioni di sicurezza, che l'utente non potrà tuttavia controllare né comprendere appieno. Un tale agire non implica solo un'evidente mancanza di trasparenza, ma impedirebbe in fin dei conti all'utente di far valere il proprio diritto all'autodeterminazione in campo informativo».

⁽⁶⁷⁾ V., ad esempio, il parere reso dal CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE, *Rapport de la commission sur la propriété littéraire et artistique et les libertés*, 2003, p. 6 ss. in <<http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/raplibertesindiv.pdf>>.

modalità lesive dei diritti alla protezione dei dati (in particolare con riguardo alla necessità di conformare i trattamenti dei dati personali eventualmente raccolti al principio di trasparenza e di finalità) ⁽⁶⁸⁾.

Ciò non discende solo dai principi, ma è espressamente menzionato nel considerando n. 57 della Direttiva 2001/29/CE nel quale, muovendo dall'assunto che le informazioni sul regime dei diritti potrebbero rendere «possibile il trattamento di dati personali riguardanti i modelli di consumo di materiale protetto da parte di singoli consumatori e pertanto consentire di registrarne il comportamento "on-line"», le misure tecnologiche utilizzate «devono presentare, nelle loro funzioni tecniche, meccanismi di salvaguardia della vita privata, come previsto dalla direttiva 95/46/CE».

Perché ciò possa realizzarsi è anzitutto necessario, ove trovi applicazione la disciplina italiana ⁽⁶⁹⁾, che vengano rispettati i principi fondamentali di protezione dei dati contenuti nell'art. 11 del d.lgs. n. 196/2003, primo fra tutti quello che consente l'uso dei soli dati personali pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali i medesimi possono essere trattati, precludendone dunque l'utilizzo per finalità altre (ad esempio di profilazione delle preferenze degli utenti); principio che trova oggi un ulteriore svolgimento, con specifico riguardo

⁽⁶⁸⁾ È interessante rilevare, quale indice dell'imprescindibile necessità di ricercare un bilanciamento in caso di conflitto tra protezione dei dati e diritti di proprietà intellettuale, che, non a caso, il considerando n. 41 della Direttiva 95/46/CE, pur prevedendo la possibilità di limitare significativamente il diritto d'accesso dell'interessato _ strumento cardine all'interno delle discipline di protezione dei dati _ al fine di «lasciare impregiudicati il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software», precisa tuttavia che ciò «non dovrebbe comunque tradursi nel rifiuto di fornire qualsiasi informazione alla persona interessata»; come in un gioco di specchi, nello stesso senso depono il considerando n. 57 della Direttiva 2001/29/CE di cui si dirà immediatamente nel testo.

⁽⁶⁹⁾ Le condizioni, come è noto, sono fissate all'art. 5 del d.lgs. n. 196/2003.

all'utilizzazione di sistemi informativi, nel c.d. *Sparsamkeitprinzip* (art. 3, d. lgs. n. 196/2003) ⁽⁷⁰⁾.

Va da sé, poi, che in presenza di sistemi che consentono la raccolta di informazioni personali dovrà altresì essere assolto l'obbligo di informativa, previsto dall'art. 13 d.lgs. n. 196/2003 e, ove i dati trattati possano essere ascritti al novero dei dati sensibili, osservando le garanzie previste per i medesimi (anzitutto dall'art. 26 d. lgs. n. 196/2003).

7. Ultime considerazioni.

Se da un lato l'analisi svolta ha consentito di definire gli ambiti di possibile interrelazione tra due corpi normativi a prima vista nettamente separati ⁽⁷¹⁾, essa permette pure di tracciare un denominatore comune ad entrambi: protezione dei dati personali e diritti di proprietà intellettuale sono infatti egualmente suscettibili di essere messi in pericolo nel mondo digitale. Per entrambi si pongono i medesimi problemi di "fuga" dalle giurisdizioni nazionali, di facilità di violazione, di difficoltà nell'individuazione della disciplina applicabile.

A fronte di tale omogeneità è dato tuttavia riscontrare una reazione di intensità significativamente diversa sia per quanto riguarda l'adozione di un appropriato quadro normativo, sia per quanto attiene all'elaborazione di strumenti tecnologici di protezione dei diritti: soprattutto a livello internazionale, se per la protezione dei dati ancora si predica la sufficienza delle forme di *soft law*, per i diritti di proprietà intellettuale non si è esitato a richiedere con forza l'ausilio delle più tradizionali "*black letters of law*": nonostante la loro maggiore età, se specificamente riferite alle tecnologie digitali (atteso che le problematiche

⁽⁷⁰⁾ Con la conseguenza che trattamenti incentrati su sistemi informativi strutturati secondo modalità che contravvengono a tali principi, consentendo un trattamento illecito di dati personali, possono essere assoggettati a provvedimenti di blocco da parte del Garante.

⁽⁷¹⁾ Ma v., seppure sotto altra prospettiva rispetto a quella che ha contrassegnato queste pagine, lo studio di L.C. UBERTAZZI, *Riservatezza informatica ed industria culturale*, in *AIDA*, 1997, 529.

risalgono alla fine degli anni '60, e le prime leggi agli anni '70), le discipline di protezione dei dati personali hanno incontrato non poche difficoltà a trovare un soddisfacente consolidamento, al punto da essere sostanzialmente ferme alle *guidelines* OECD del 23 settembre 1980 ⁽⁷²⁾; al contrario, come si è visto, per i diritti di proprietà intellettuale la cooperazione internazionale ha funzionato assai meglio, posto che dall'utilizzo a fini commerciali di internet all'introduzione dei primi atti internazionali vincolanti è trascorso un intervallo di tempo brevissimo.

Identiche considerazioni sembra debbano essere svolte con riguardo alla commercializzazione di misure tecnologiche di protezione: alla persistente estrema difficoltà di sviluppo su scala globale di "*privacy enhancing technologies*" (PETs) si contrappone la stupefacente rapidità di sviluppo dei sistemi di DRM ⁽⁷³⁾: il mercato è il meccanismo che rallenta l'utilizzazione delle prime e accelera il processo di sviluppo dei secondi.

Come già più in generale si è riconosciuto rispetto all'introduzione della normativa di protezione dei dati

⁽⁷²⁾ OECD, *Recommendation Concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, adopted by the Council of the OECD on 23rd September 1980 (OECD Privacy Guidelines), Doc. C 58 final [in ordine alle quali v. KIRBY, *Transborder Data Flows and the «Basic Rules» of Data Privacy*, 16 *Stanford J. Int'l L.* 42 (1980)].

⁽⁷³⁾ Considerazioni assai simili sono espresse da A. CHARLESWORTH, *Data Privacy in Cyberspace*, in L. EDWARDS – C. WALDEN, *Law & the Internet. A Framework for Electronic Commerce*, 2000, 79, 83: «If intellectual property rights can survive, and seemingly prosper in cyberspace, why not personal data privacy? A quick consideration of the vested interests provides a clue. Who will benefit the most for increased intellectual property rights? Primarily commercial interests able to provide extensive financing for lobbying. Who will lose out? The individual. Who will benefit from increased data privacy? The individual. Who may lose out? Primarily commercial interests able to provide extensive financing for lobbying. [...] Unless governments are prepared to legislate to protect data privacy rights of the individual, that privacy will continue to be eroded by commercial interests».

personali ⁽⁷⁴⁾, ancora una volta è dunque necessario prendere atto della sussistenza del pericolo di un nuovo caso di “fallimento del mercato” (qui riferito alla concreta possibilità di utilizzare sistemi di DRM incompatibili con i principi di protezione dei dati) rispetto al quale, solo attraverso l’imposizione di specifici obblighi *ex lege* ⁽⁷⁵⁾ _ e con il controllo della loro osservanza da parte delle Autorità di garanzia ⁽⁷⁶⁾ _, la protezione dei dati potrà trovare effettiva concretizzazione nell’attuale società tecnologica.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. I, Milano, 2003, 1, 44 ss., il quale tuttavia precisa che (anche) rispetto a questa forma di regolamentazione «il problema non è sull’an, ma sul *quomodo*».

⁽⁷⁵⁾ Ciò del resto è accaduto con l’esplicitazione contenuta nel menzionato art. 3 del d.lgs. n. 196/2003.

⁽⁷⁶⁾ Su questo crinale, quello della concreta possibilità di controllo dello sviluppo di applicazioni tecnologiche che non siano *privacy invasive* nelle complesse strutture informative che sorreggono (e sorreggeranno) le più diverse applicazioni (anche attraverso sistemi di certificazione: v. ad esempio il caso del progetto *IT-Gütesiegel* coordinato dall’*Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz* del Schleswig-Holstein la cui descrizione è in <http://www.datenschutzzentrum.de/guetesiegel/index.htm>), si attesta ormai la sfida per l’effettività della protezione dei dati.