
FRANCESCO CARDARELLI

OPERE COLLETTIVE, TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE, ACCESSO ALL'INFORMAZIONE ED ALLE TECNOLOGIE DELL'INFORMAZIONE: PROBLEMI GIURIDICI DELLA MULTIMEDIALITÀ

1. La circostanza offerta dalla celebrazione dell'opera di un intellettuale in gran parte legata alla edizione di una enciclopedia, è stata colta a legittimo pretesto per qualche spunto di riflessione sulla sorte delle opere enciclopediche (e più in generale sulle opere dell'ingegno collettive, o, meglio ancora, sulle opere dell'ingegno in genere) a fronte dello sviluppo delle nuove tecnologie dell'informazione. È bene premettere che le riflessioni che seguono sono destinate a tracciare un quadro assolutamente, e volutamente — data la complessità degli aspetti in gioco —, generale: e si tratta di considerazioni giuridiche che presuppongono, in gran parte, la consapevolezza sociologica e tecnica dei fenomeni sui quali si discute.

2. In primo luogo occorre porsi una questione di fondo: e cioè se, nella società dell'informazione, l'opera collettiva, e più precisamente enciclopedica, possa ancora possedere le connotazioni strutturali (e di conseguenza godere di un peculiare regime giuridico) e di fruibilità tradizionali nell'ambito della utilizzazione delle nuove tecnologie dell'informazione. Sotto tale profilo una opera enciclopedica appare naturalmente destinata a fornire un quadro di conoscenze sostanzialmente esaustive del sapere, ovvero di una determinata branca del sapere; e per altro verso appare altrettanto naturalmente destinata ad utilizzare tutte le tecniche disponibili di rappresentazione della conoscenza, quindi non solamente letterarie, ma anche di grafi e di immagini: tali connotazioni tradizionali sono peraltro, come è evidente, legate non alle finalità o al contenuto dell'opera, quanto al mezzo nel quale essa si incorpora ed attraverso il quale essa viene diffusa.

Tali tratti caratteristici sono già sufficienti a dimostrare l'innovazione del modello di rappresentazione della conoscenza nel mo-

* La presente relazione è stata redatta per il conferimento della laurea *honoris*

causa a Ruggero Romano, Università di Camerino, 1999.

mento in cui il mezzo di utilizzazione non sia più, necessariamente, cartaceo: per un verso l'ampliamento delle possibilità informative (soprattutto mediante informazioni disponibili in rete) e la velocità dell'aggiornamento, incidono sulla finalità medesima dell'opera enciclopedica, almeno per ciò che riguarda l'eshaustività della trattazione: in altri termini le possibilità di conoscenza del singolo utente non sono vincolate, nella società dell'informazione, a limiti spaziali, ovvero di unicità del supporto. Per altro verso l'ampliamento delle possibilità di utilizzazione di mezzi tecnologici ha determinato una diversa, e più complessa, matrice definitoria dell'opera medesima: si tratta infatti di opera multimediale quando essa sia caratterizzata dalla «combinazione di dati ed opere di forma differente, quali figure (statiche o animate), testo, musica e software»¹.

Peraltro le due connotazioni sopra evidenziate portano alla enucleazione di due diversi fattori di crisi: quanto al primo, esso attiene a ragioni di opportunità e convenienza della produzione di un'opera enciclopedica, e rileva come elemento di mercato; quanto al secondo, esso attiene alle modalità e caratteristiche della protezione dei diritti, e rileva come elemento di riflessione giuridica.

3. Orbene, in ordine al secondo profilo appare di tutta evidenza che si rivela la sostanziale insufficienza della collocazione dell'opera enciclopedica nell'ambito delle opere collettive (secondo un risalente insegnamento della Corte di Cassazione): le linee generali della protezione offerta in base agli strumenti legislativi (artt. 41 e 42 della legge sul diritto d'autore 633/1941) prevedono infatti un diritto di colui che ha organizzato e diretto la creazione dell'opera di proprietà e paternità dell'opera nel suo complesso, così come il diritto di costui di stabilire se le singole parti corrispondano al disegno collettivo; l'autore di ogni singola parte peraltro vanta un diritto sull'opera da lui creata, potendo pubblicarla e sfruttarla comunque e separatamente (purché indichi l'opera collettiva di cui fa parte), e potendo stabilire quando la sua parte di opera è da ritenersi compiuta e pronta per la pubblicazione: valgono viceversa le disposizioni generali previste dalla disciplina sul diritto d'autore al fine di risolvere i conflitti tra i diversi diritti, così come allo scopo di garantire l'effettiva protezione dei diritti medesimi. È bene subito precisare che la richiamata insufficienza definitoria e classificatoria non si limita ai problemi legati alle opere collettive, ma riguarda in generale, nella società dell'informazione, l'idoneità della vigente disciplina (non solo nazio-

¹ Così la Commissione europea, Libro Verde su «Il diritto d'autore ed i diritti

connessi nella società dell'informazione», COM (95)382.

nale, ma anche quella frutto delle convenzioni internazionali) a garantire l'effettività della tutela dei diritti in esame. Ed infatti a causa delle caratteristiche tecniche del sistema di diffusione della conoscenza tramite reti è possibile sostenere che siano deformati alcuni capisaldi della proprietà intellettuale².

i) Il primo riguarda lo stesso presupposto sul quale è stata pensata la tutela della proprietà intellettuale, e cioè la produzione e la circolazione di oggetti materiali. L'effetto di smaterializzazione dei beni operato dalle nuove tecnologie dell'informazione e le sue conseguenze sul piano giuridico è ben noto alla dottrina, che da tempo ha affrontato tali questioni relativamente alla circolazione del credito, ai trasferimenti elettronici dei fondi, alle forme di tutela di nuovi beni giuridici (definiti con qualche enfasi « beni informazionali »). In questa sede tuttavia la dematerializzazione incide non tanto sul bene oggetto della protezione (l'opera dell'ingegno è certamente di per sé bene immateriale, e la tradizionale distinzione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum* è certamente anteriore allo sviluppo dell'informatica), quanto sull'esercizio in concreto dei rimedi alle lesioni oggetto della riserva (il sequestro come misura cautelare, la distruzione come provvedimento definitivo): in altri termini la libertà della circolazione dell'informazione indipendentemente dal suo supporto determina la difficoltà, se non la sostanziale impossibilità, dell'esperimento di rimedi contro la violazione dei diritti di privativa, che presuppongono l'esistenza di cose che sono suscettibili di appropriazione e di disappropriazione.

ii) Un secondo aspetto riguarda la creazione di quelle che sono state definite « zone di franchigia della fruizione dell'opera dall'intermediazione »³: più precisamente si tratta di valorizzare, sotto il profilo giuridico, il fenomeno della utilizzazione delle opere dell'ingegno, mediante l'accesso attraverso reti telematiche, indipendentemente dalla intermediazione di tipo tradizionale (ad esempio l'editore per l'opera letteraria, l'impresario per l'opera musicale, e così via). Si è a tale proposito rimarcato che il meccanismo della interattività, secondo il quale l'utilizzatore usufruisce della sola, specifica informazione richiesta (*on demand*), ed è in grado di immettere nella rete (o comunque nel circuito informativo) a sua volta altro materiale testuale, iconico o sonoro, ivi compresa l'opera richiesta ed utilizzata ed opportunamente trasformata, complica notevolmente l'identificazione dei responsabili di sfruttamenti non autorizzati di materiali protetti. Se da un lato è certa-

² V. ampiamente sui profili di seguito riportati, P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 635 ss.

³ *Op. ult. cit.*, p. 638.

mente vero che le tradizionali tecniche di individuazione e di repressione delle utilizzazioni illecite delle opere tutelate sono rese più complesse dalla diversa connotazione di una catena del valore della produzione e distribuzione dell'opera, dall'altro appare evidente che nella società dell'informazione il ruolo dell'intermediazione viene svolto da operatori della conoscenza diversi da quelli tradizionali: e tale diversità si traduce sia nella struttura dell'impresa (è rilevante il fenomeno delle alleanze, delle *joint ventures*, e più in generale delle integrazioni orizzontali e verticali tra operatori un tempo dediti allo svolgimento di attività in settori merceologici diversi tra loro — ad esempio editoria e stampa, televisione, telecomunicazioni), sia, ovviamente, nelle connotazioni giuridiche dei rapporti che tali intermediari instaurano nei confronti degli autori (quando le due figure, di fatto, non tendano addirittura a confondersi ed a coincidere).

iii) Un terzo aspetto riguarda, come logica conseguenza della dematerializzazione del supporto della conoscenza, la crisi del principio di territorialità⁴. Ogni forma di protezione dell'opera, sia come riconoscimento della portata dei diritti di esclusiva, sia come esperibilità dei rimedi contro l'illecita utilizzazione delle opere dell'ingegno, si fonda sulla piena effettività del principio di territorialità, e cioè della parametrizzazione degli effetti in relazione ai confini del paese nel quale avviene l'illecito: il principio inoltre opera, si badi bene, come presupposto (se non altro fattuale) delle tecniche integrative di protezione ultranazionale (stabilite attraverso trattati internazionali o norme, di più immediata rilevanza nella nostra esperienza giuridica, di diretta derivazione comunitaria), destinate a garantire un livello minimo comune di proteggibilità e di tutela dei diritti di privativa in diversi paesi.

Come è possibile notare il problema di partenza (tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione) non esaurisce affatto gli spunti di meditazione giuridica suggeriti, né consente di confinare le questioni ai soli profili della protezione dei diritti di proprietà intellettuale: si pensi ad esempio (per restare nell'ambito delle tre questioni sopra riportate) alle implicazioni della dematerializzazione del supporto informativo, non solamente nei rapporti interpretati, ma anche nell'ambito delle articolazioni organizzative e funzionali delle amministrazioni pubbliche; si pensi altresì alla rilevanza che le modificazioni intercorse nell'ambito della « catena del valore » dell'informazione assumono rispetto alla vigente disciplina (i fenomeni di integrazione tra im-

⁴ Peraltro tale crisi è corollario del più generale ridimensionamento della categoria della sovranità nazionale, a fronte dei fenomeni di internazionalizzazione del-

l'economia e del sistema delle comunicazioni, L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, 1997, pp. 49 e ss.

prese ed operatori interessano in prima battuta l'applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza); si pensi ancora alla proliferazione di fattispecie negoziali atipiche, derivanti dalla prassi commerciale di paesi tecnologicamente evoluti, che si innestano su ordinamenti diversi e richiedono modalità interpretative ed applicative di non immediata percezione; si pensi, in ultimo, alle forme di concertazione internazionale e soprattutto comunitaria, per affrontare, su basi sistematiche, o quanto meno frutto di una condivisione di fondo, i problemi dell'adeguamento delle categorie giuridiche di segno tradizionale.

Ne consegue che i problemi giuridici delle tecnologie multimediali e del impatto sulla via economica e sociale non appaiono facilmente riducibili a monadi singolarmente affrontabili, dal momento che i presupposti fattuali dello sviluppo delle tecnologie dell'informazione sono sostanzialmente i medesimi (progressiva irrilevanza del supporto, circolazione transnazionale delle informazioni, integrazione tra strutture di impresa ed in genere tra forme di svolgimento dell'attività economica), e le implicazioni economiche e giuridiche riguardano sempre settori diversi della vita associata.

Tale prospettiva suggerisce quindi di prefigurare almeno tre diversi profili di indagine: uno di politica del diritto, uno relativo alla individuazione degli ambiti di definizione di un quadro giuridico positivo, un terzo di sistemazione dogmatica.

4. Sul piano della politica del diritto la necessità di una base giuridica comune di meditazione dei diversi problemi tra loro interrelati ha trovato una prima risposta: infatti in ambito comunitario le prospettive di interventi normativi diretti ad armonizzare il quadro di riferimento giuridico nei singoli paesi, nonché interpretativi ed applicativi delle vigenti norme del Trattato, sono da tempo ricondotte nell'alveo della « Società dell'informazione »⁵, che rappresenta, più che un ambito culturale definito, una moda-

⁵ Dal cd. Rapporto Bangemann sulla « Società dell'informazione globale » del 1994, si sono susseguite una serie di iniziative, tra le quali la comunicazione Apprendere nella Società dell'informazione: piano d'azione per una iniziativa europea nell'istruzione (1996-'98 (COM(96)471, 2 ottobre 1996), Libro verde « Vivere e lavorare nella società dell'informazione: priorità alla dimensione umana » (COM(96)389, 22 luglio 1996), Libro verde « Scelte strategiche per potenziare l'industria europea dei programmi nell'ambito della politica audiovisiva dell'Unione europea » (COM(94)96, 6 aprile 1994), Libro verde « Tutela dei minori e della dignità umana nei servizi audiovi-

sivi e d'informazione » (COM(96)483, 16 ottobre 1997) e Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al CES e al CdR: informazioni di contenuto illegale e nocivo su Internet (COM(96)487, 16 ottobre 1997), il richiamato Libro Verde sul diritto d'autore (v. nota 2), ed il Libro Verde su « La convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie delle informazioni e sue implicazioni normative » (COM(97)623 def., 3 dicembre 1997). Sui profili tecnici e giuridici in generale v. AA.VV., *Telecommunications and broadcasting: convergence or collision?*, Parigi, 1992.

lità di coordinamento delle iniziative da adottare. In termini generali la questione di fondo che si propone è sostanzialmente la medesima: e cioè la ricerca di una soluzione alla alternativa tra la necessità di provvedere attraverso interventi legislativi specifici, ovvero risolvere i problemi attraverso una costante linea evolutiva delle tecniche dell'interpretazione⁶. Così presentato il problema, esso sembra essere stato travolto dagli stessi eventi: soprattutto nell'ultimo decennio, ed in gran parte per effetto della forza propulsiva del diritto comunitario, il legislatore (e non solo quello italiano) si è cimentato nella produzione di disposizioni che hanno di volta in volta interessato diritti fondamentali della persona (la tutela della riservatezza), diritti di privativa (tutela del software, delle topografie dei semiconduttori, delle banche dati), profili pubblicistici di organizzazione, aspetti di tutela penale. Ma soprattutto non vi è riforma essenziale, nei rapporti intersoggettivi sia privati che pubblici, dalla tutela dei consumatori alle norme sul procedimento amministrativo, che non abbia interessato, espressamente prevedendo o rinviando alla concreta applicazione, l'uso di sistemi informativi e strumenti di comunicazione: in questo caso la disciplina positiva ha naturalmente seguito l'evoluzione della società, e ne ha colto le trasformazioni traducendole in norme precettive o di indirizzo.

È del tutto evidente la forza propulsiva della Unione Europea nella progressiva configurazione di un quadro normativo armonizzato della società dell'informazione. Occorre precisare che l'informatica (e così le telecomunicazioni e la radiodiffusione) non costituisce una politica in senso stretto della Comunità (a meno che non si voglia intravederne un embrione a partire dal rapporto Bange-mann del 1994), ma è stata ed è ancora soprattutto oggetto di interventi specificamente destinati a favorire le attività di ricerca e sviluppo tecnologico all'interno degli stati membri. Il legislatore (e più in generale le istituzioni) comunitario è quindi intervenuto di volta in volta in materia sulla base di presupposti diversi: la necessità di salvaguardare gli investimenti delle imprese ed in genere lo sviluppo industriale all'interno della Unione (come nel caso della tutela delle topografie dei semiconduttori, dei programmi per elaboratore e delle banche dati); ovvero in base agli obblighi sanciti dal Trattato sull'Unione europea in particolare basandosi sui diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri nonché dalla convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (come nel caso della tutela del trattamento dei dati personali); ovvero (Corte di Giustizia e Commissione) in forza della necessità di riba-

⁶ Sulla origine e sugli sviluppi di tale aspetto metodologico v. V. FROSINI, *Diritto,*

informatica e società, Milano, 1988, *passim*.

dire i principi di libertà di prestazione dei servizi, di libertà di stabilimento e di concorrenza sanciti dal Trattato e dal diritto comunitario derivato. Ed appare chiaro, dalla semplice constatazione della successione temporale delle leggi nazionali, che proprio alle istituzioni comunitarie si deve in gran parte la definizione di un complesso di norme primarie che costituiscono ad oggi il riferimento della disciplina positiva del settore.

Per altro verso anche i profili della cd. convergenza⁷ tra telecomunicazioni, audiovisivo e tecnologie dell'informazione, non rappresentano ancora un modello orientato e definito di politica legislativa: se da un lato l'integrazione tra le diverse tecnologie applicabili appare più che una consolidata prospettiva del mercato, dall'altro non appare idonea a far venir meno tre distinti settori di intervento (funzionamento del mercato, disciplina dei contenuti e pluralismo informativo, regolamentazione delle infrastrutture e dei terminali). In altri termini la convergenza delle tecnologie dell'informazione rappresenta, allo stato attuale e sul piano giuridico, un mero orientamento, destinato ad offuscare le tradizionali coordinate dei regimi di regolamentazione dei settori convergenti, restando al contempo comunque necessaria la definizione regole specifiche che tengano conto della peculiarità dei singoli servizi: prova sia dell'assunto che nell'ambito della tripartizione sopra accennata il funzionamento del mercato è regolato direttamente dalle disposizioni degli artt. 81 e 82 del Trattato (ex artt. 85 e 86), che la disciplina delle infrastrutture e dei terminali è la più compiuta ed articolata poiché deriva dal processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni, che è ancora in fieri e parzialmente definito un quadro giuridico positivo dei profili di tutela dell'utente, sia in ordine alle garanzie dell'accesso ai mezzi di comunicazioni, sia in relazione al pluralismo informativo (e resta comunque di difficile ed immediata soluzione il problema di partenza dell'effettività della tutela dei diritti di proprietà intellettuale).

5. Quanto ai problemi di individuazione degli ambiti già definiti, o in via di definizione, del quadro di riferimento di diritto positivo, occorre ulteriormente riferirsi alle attività del legislatore comunitario.

Un primo profilo generale riguarda le connotazioni dell'approccio alla definizione dei problemi: infatti gli ostacoli ad una compiuta realizzazione dell'obiettivo della società dell'informazione sono stati costantemente valutati in rapporto agli obiettivi di base del Trattato (ad esempio la realizzazione e il funzionamento del mercato unico, la promozione di un sistema di concorrenza

⁷ V. nota 5.

non distorto, la realizzazione di reti transeuropee o la salvaguardia di un alto livello di protezione dei consumatori) ed alle libertà specifiche previste dal Trattato (ad esempio le norme relative alla libertà di fornire servizi o al diritto di stabilimento): nell'ambito di tale prospettiva economicistica (o comunque condizionata essenzialmente da impostazioni di segno liberale) le ragioni di interesse pubblico generale ed il principio di proporzionalità sono sostanzialmente concepiti come ipotesi giustificative di possibili restrizioni delle condizioni di libertà del mercato, e non hanno costituito, di per sé, ed almeno sinora, oggetto di specifiche azioni o discipline.

Un secondo aspetto riguarda in concreto gli ambiti disciplinari (ed i relativi problemi) sui quali intervenire (in questo caso sarà seguita una identificazione per aree, secondo la partizione sopra cennata).

A) In ordine al funzionamento del mercato le maggiori questioni si concentrano sui profili dell'accesso (inteso come diritto di accesso al mercato da parte degli utilizzatori e delle imprese): sul piano giuridico esse sono in gran parte sottoponibili alle disposizioni in materia di tutela del consumatore e soprattutto di tutela della concorrenza. Infatti, per quanto riguarda la proprietà e il funzionamento delle reti molti servizi possono avere poche alternative per l'instradamento verso gli utilizzatori: anche nei casi in cui sono state eliminate posizioni monopolistiche legalmente protette, in molti mercati la struttura economica della rete locale può dare agli attuali proprietari delle reti di telecomunicazioni e di televisione via cavo una posizione predominante nei collegamenti ai consumatori. Ciò si riflette inevitabilmente sui costi dei servizi di telecomunicazioni e delle soggiacenti infrastrutture di reti usate per la diffusione dei servizi: qualora fossero elevati potrebbero influenzarne significativamente la richiesta (il successo e la diffusione di Internet viene tra l'altro ascritto all'applicazione generalizzata di strutture forfettarie, che consentono chiamate locali «gratuite», e a tariffe contenute per le capacità di rete affittate, rese possibili dalla concorrenza).

Per altro verso i settori delle telecomunicazioni e della radiotelevisione scontano forti differenze regolamentari a seconda del tasso di liberalizzazione dei relativi mercati (si tratta di regimi che vanno dal rilascio di apposite licenze/autorizzazioni, a semplici forme di comunicazione, passando per autorizzazioni generali: residuano tuttavia delle connotazioni amministrative dei provvedimenti assentibili come concessioni, soprattutto nel settore radiotelevisivo)⁸. Se peraltro un regime di sottoposizione ad auto-

⁸ V. direttiva 90/388/CEE e successive modificazioni ed integrazioni, sino alla direttiva 96/19/CE, in ordine al regime delle

telecomunicazioni: in particolare v. direttiva 97/13/CE sul regime delle licenze individuali e delle autorizzazioni generali.

rizzazione amministrativa dovrebbe essere imposto solo in casi giustificati (risorse scarse) e secondo principi di proporzionalità, è pur vero che restano comunque da armonizzare (date le dimensioni sicuramente sovranazionali del mercato) le modalità procedurali del rilascio di tali provvedimenti (secondo principi di trasparenza), la loro durata, la loro estensione territoriale, le spese per il loro ottenimento.

Una residua questione *de iure condendo* riguarda l'incertezza definitoria di molti servizi attuali: le modalità di applicazione delle norme, e il modo in cui rispondono alle strutture del mercato in evoluzione o alle caratteristiche del servizio, possono rappresentare un consistente ostacolo agli investimenti degli operatori di mercato. Se per un verso le definizioni in uso sul piano nazionale e comunitario (ad esempio per le telecomunicazioni, la telefonia locale, le emissioni radiotelevisive o i servizi della Società dell'informazione) sono destinate ancora a restare in massima parte valide per molte attività, per altro verso ciò non implica necessariamente un univoco trattamento regolamentare nei diversi paesi, in quanto le singole autorità di regolamentazione potrebbero includere un nuovo servizio in differenti regimi normativi, ovvero discriminare servizi simili sulla base delle diverse piattaforme sulle quali vengono diffusi. Tale considerazione insinua inoltre il dubbio della necessità, per molti paesi, di provvedere ad una razionalizzazione delle competenze delle singole autorità preposte alla regolazione del settore (ad esempio le autorità per le comunicazioni, per la concorrenza, gli enti pubblici preposti alla gestione del territorio ed alla salvaguardia ambientale).

B) In ordine alla disciplina del contenuto informativo sembrano quattro le questioni di maggior rilievo:

— quanto all'accesso al contenuto informativo, una posizione più volte ribadita in sede comunitaria ed internazionale ritiene sostanzialmente che si tratti di un problema di accordi commerciali, sottoposto alla salvaguardia globale delle norme di concorrenza. Tuttavia tale posizione comincia a soffrire di alcune eccezioni: una è rappresentata dal trattamento negli Stati membri di certi contenuti « ad alto valore aggiunto » (ad esempio gli eventi sportivi nazionali), per i quali l'adozione della direttiva « Televisione senza frontiere »⁹ ha fornito il riconoscimento reciproco a livello comunitario di eventi che gli Stati membri riservano all'emissione radiotelevisione libera; l'altra, *de iure condendo*, riguarda l'accesso alle informazioni detenute dai soggetti pubblici, anche allo scopo di essere successivamente valorizzate da operatori privati ed essere immesse sul mercato¹⁰;

⁹ V. Direttiva 97/36/CE, che ha modificato la precedente direttiva 89/552/CEE.

¹⁰ V. Libro Verde delle Commissioni sull'informazione del settore pub-

— in secondo luogo rileva, come sin dall'inizio affermato, un problema di insufficiente protezione dei diritti di proprietà intellettuale (che rappresenta già un ostacolo per il contenuto elettronico off-line e potrebbe ripercuotersi sul mondo della diffusione on-line). In tale prospettiva appare del tutto necessario un adeguamento del quadro normativo esistente sia in sede comunitaria che internazionale (ad esempio in recenti accordi internazionali si è stabilito che, ai fini delle disposizioni di tutela dei diritti d'autore, la « comunicazione pubblica » include il caso in cui un lavoro venga messo a disposizione del pubblico in modo interattivo, ad esempio su un sito Internet): ciò allo scopo di creare un ambiente favorevole che protegga e stimoli la creatività e l'innovazione. In particolare tali adeguamenti dovrebbero riguardare il diritto di riproduzione (stabilendo una distinzione tra diritti di riproduzione esclusiva ed illimitata, diritti alla remunerazione — licenza legale —, e certi atti di riproduzione autorizzati senza remunerazione — fair use —); la definizione di un diritto di comunicazione al pubblico come mezzo di tutela delle trasmissioni digitalizzate a domanda (secondo le richiamate determinazioni internazionali); la definizione della protezione giuridica dell'integrità dei sistemi tecnici di identificazione e di protezione; una nuova disciplina del diritto di distribuzione dell'opera, applicabile anche ai servizi in linea; la definizione di una azione armonizzata a favore dei titolari dei diritti connessi al diritto di radiodiffusione; l'emanazione di regole interpretative per l'individuazione della *lex loci* applicabile alla tutela della proprietà intellettuale; la definizione della disciplina della gestione dei diritti, tenuto conto delle proposte, condivise in gran parte in sede internazionale e dalla dottrina, relative alla costituzione delle cd. *collecting societies*¹¹;

— un terzo ordine di problemi riguarda il rapporto tra soggetti operanti in virtù di servizi pubblici loro affidati e soggetti privati. La missione di interesse generale affidata alle emittenti del servizio pubblico viene considerata di notevole importanza culturale in ambito comunitario, anche allo scopo di garantire la coesione sociale e regionale nella Comunità; e gli organismi con responsabilità nel settore hanno il diritto di sollecitare appropriati finanziamenti, a condizione che siano compatibili con le norme del Trattato, come confermato anche dal protocollo sulle emittenti pubbliche allegato al trattato di Amsterdam¹². Il tema appare di estrema

blico nella società dell'informazione, COM(1998)585.

¹¹ V. P. SPADA, *op. ult. cit.*; v. più specificamente I. BING, *Electronic copyright management systems for libraries and in general*, in AA.VV., *Problemi giuridici dell'informatica nel MEC*, Milano, 1996.

¹² Protocollo 32 sul sistema di emissione radiotelevisiva pubblica negli Stati membri, allegato al trattato CE. La Corte di giustizia delle comunità europee (« TV10 », caso 23/9 del 9 ottobre 1994) ha riconosciuto che gli obiettivi di politica culturale rappresentano obiettivi d'intere-

complessità per poter essere esaurientemente trattato in questa sede, dal momento che esso determina implicazioni in ordine al regime di proprietà dei beni, alla configurazione soggettiva degli operatori in base alla denotazione degli organismi operata tramite leggi nazionali, ai profili di concorrenza e di rispetto del pluralismo, alle modalità di gestione, erogazione e finanziamento degli obblighi di servizio universale¹³. Tuttavia appare il caso di formulare qualche semplice considerazione: nella politica comunitaria (ovvero più propriamente nelle enunciazioni di principio che in sede comunitaria sono formulate in relazione ai settori normativi di intervento) emergono alcune preoccupazioni di fondo, dalla necessità di configurare degli obblighi di servizio universale (che costituiscono ovviamente degli oneri nei confronti dei soggetti cui si riferiscono), alla insopprimibile diversità, anche in futuro, tra norme fondate sulla diversità tra privato e pubblico, al nuovo possibile ruolo delle emittenti pubbliche (basato soprattutto sulla ricerca di nuove entrate derivanti da un approccio differenziato all'utenza in base alle tecnologie utilizzabili), alla necessità di vigilare comunque sulla pratica dei sussidi incrociati (entrate garantite dallo svolgimento della missione di servizio pubblico destinate a finanziare settori di attività in potenziale concorrenza) che costituiscono pratiche vietate alla luce delle disposizioni antitrust vigenti. Ma non emerge, con chiarezza, un modello di definizione delle sfere di operatività tra servizi di interesse generale e servizi concorrenziali: in altri termini si prefigura un rapporto dinamico tra settore pubblico e privato, con potenziale ridefinizione dei confini, ma senza una individuazione, in positivo, del ruolo dei soggetti incaricati della missione di interesse generale. In linea con tale incerta prospettiva non possono che condividersi le perplessità della dottrina¹⁴ secondo la quale il rapporto tra pluralismo e concorrenza presuppone comunque una idea chiara del modello di pluralismo e del modello di mercato che si intende regolare: e certamente non aggiunge elementi di chiarificazione, sempre in

resse pubblico che uno Stato membro può legittimamente perseguire. Il servizio pubblico di emissioni radiotelevisive è un degli strumenti tradizionalmente usati a tale scopo. Il protocollo sul tema sottolinea che « il sistema di radiodiffusione pubblica negli Stati membri è direttamente collegato alle esigenze democratiche, sociali e culturali di ogni società, nonché all'esigenza di preservare il pluralismo dei mezzi di comunicazione ». A livello comunitario, l'articolo 128 del trattato CE afferma che la Comunità « contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri », incluso nel settore audiovisivo, e che « tiene conto

degli aspetti culturali nell'azione che svolge ai sensi di altre disposizioni del presente trattato ». V. inoltre la comunicazione della Commissione « I servizi di interesse generale » COM(96)443.

¹³ Sul superamento del tradizionale concetto di servizio pubblico in ambito comunitario a favore del servizio universale in un quadro concorrenziale ed aperto, v. R. KOVAR, *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, 2-3, pagg. 215 e ss.

¹⁴ Cfr. A. GENTILI, *Multimedialità e concorrenza*, in *Dir. inf.*, 1996, pagg. 809 e ss.

termini di definizione degli obiettivi di interesse generale, delle modalità del loro perseguimento, e della loro compatibilità con un sistema concorrenziale aperto e vantaggioso per l'utenza, la tradizionale impostazione della nostra giurisprudenza costituzionale¹⁵, fondata sulla distinzione tra pluralismo interno e pluralismo esterno. Infatti, se il secondo (pluralismo esterno) viene sostanzialmente a coincidere con un mercato concorrenziale, e strutturalmente si connota con la maggiore possibile apertura a « quante più voci consentano i mezzi tecnici », il primo (pluralismo interno) è l'apertura « a tutte ovvero al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali » da realizzarsi « attraverso un'informazione completa, obiettiva, imparziale ed equilibrata nelle sue diverse forme di espressione » ed è compito specifico del servizio pubblico: ma sul piano strettamente normativo (non essendo contestabile che la garanzia del pluralismo rappresenta lo strumento migliore di realizzazione delle istanze conoscitive degli utenti), l'endiadi si traduce in modelli del tutto diversificati, e comunque destinati ad incidere sul rapporto tra soggetti operanti nel mercato (facendo leva sullo « status » normativamente ad essi imposto), piuttosto che a soddisfare i contenuti della loro attività (a definire cioè la specifica missione di interesse generale). Ci si dovrebbe piuttosto interrogare se non sia possibile che una spontanea composizione degli interessi economici operata direttamente dal mercato non possa essere in grado di soddisfare, indirettamente ed attraverso la legittimazione ad operare da parte di tutti i possibili soggetti, le esigenze del servizio universale, ovvero il perseguimento di obiettivi di interesse generale;

— un quarto profilo attiene ad altri obiettivi di interesse generale, relativamente ai quali il contesto normativo sembra essere più definito. Si tratta dei profili di tutela della vita privata e dei dati personali¹⁶, della protezione dei minori e ordine pubblico (cfr. a titolo d'esempio l'articolo 22 della direttiva « Televisione senza frontiere » e la comunicazione della Commissione sul punto¹⁷), della disciplina relativa alla cifratura ed alle firme digitali¹⁸.

¹⁵ Corte Cost. 14 luglio 1988, n. 826. La bibliografia sul problema è particolarmente nutrita: tra i più recenti contributi si segnala il volume di R. ZACCARIA, *Informazione e telecomunicazione*, Padova, 1999.

¹⁶ Due le direttive comunitarie al riguardo: la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (nel nostro ordinamento la legge 675/96 e successive modificazioni ed inte-

grazioni, pur non costituendo tecnicamente un recepimento della direttiva, appare fortemente ispirata dai principi definiti in sede comunitaria); e la direttiva 97/66/CE sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, recepita con il d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171.

¹⁷ Comunicazione della Commissione « *Piano d'azione per promuovere l'uso sicuro di Internet* » (COM(97)583, del 26 novembre 1997).

¹⁸ Comunicazione della Commissione « *Garantire la sicurezza e l'affidabilità*

Anche in questo caso valgono due sintetiche osservazioni: diversamente dai profili di individuazione della missione di interesse generale affidata a soggetti controllati direttamente o indirettamente dalla mano pubblica, che richiede, come si è notato, una difficile definizione positiva, gli altri obiettivi di interesse generale costituiscono un limite (negativo) allo svolgimento di attività economiche; per altro verso la spinta alla integrazione tecnologica e la sostanziale impossibilità di individuazione di modalità di controllo all'interno dei singoli stati, stanno orientando l'industria verso soluzioni basate sull'autoregolamentazione, e non solo sul rispetto formale di una disciplina positiva di origine nazionale o sovranazionale: in altri termini il perseguimento di una efficace tutela della riservatezza, della dignità della persona, della certezza dei traffici, è legato non solo alla definizione di regole di comportamento, ma anche all'obbligatorietà dell'utilizzazione di soluzioni e dispositivi tecnologici secondo la buona prassi corrente.

C) In ordine alla disciplina delle infrastrutture e delle reti, il quadro normativo offerto in sede comunitaria si fonda sul rispetto dei principi generali di concorrenza e sulla disciplina di armonizzazione delle infrastrutture delle reti di telecomunicazione¹⁹. Tuttavia non mancano punti critici relativi alla corretta applicazione di norme relative all'accesso alle infrastrutture: non in tutti i paesi comunitari si è realizzata una completa liberalizzazione delle infrastrutture (che restano in gran parte di proprietà di gestori ex monopolisti); la disponibilità di una sufficiente capacità di rete (ad esempio l'accesso allo spettro radio) appare vitale per la contemporanea espansione delle trasmissioni radiotelevisive e delle applicazioni mobili multimediali e vocali: trattandosi tuttavia di una risorsa scarsa occorre verificare in concreto se le modalità di pianificazione nel tempo (secondo tecniche programmatiche sostanzialmente pubbliche), di assegnazione (attraverso procedure di gara in gran parte ispirate alla c.d. «evidenza pubblica»), e di controllo della utilizzazione e della relativa qualità (attraverso l'attività di autorità di regolazione del settore), siano realizzati con il necessario grado di trasparenza, obiettività, proporzionalità e non discriminazione.

Se quello delle garanzie destinate alla creazione di un mercato libero ed accessibile a chiunque rappresenta un problema di applicazione omogenea ed uniforme di principi sufficientemente arati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di concorrenza, quello degli standard che supportino l'interoperabilità e l'inter-

nelle comunicazioni elettroniche: verso la definizione di un quadro europeo in materia di firme digitali e di cifratura» (COM(97)503, ottobre 1997), che sarà se-

guita da una direttiva in via di approvazione sul commercio elettronico.

¹⁹ A partire dalla direttiva 90/387/CEE del Consiglio (cd. direttiva ONP).

connessione è viceversa un problema di definizione giuridica, soprattutto in termini procedurali. L'obiettivo di garantire ad ogni utilizzatore la possibilità di comunicare con tutti gli altri utilizzatori verrebbe ostacolato se l'azione di mercato non fosse in grado di garantire la diffusione di prodotti e servizi interoperabili. Si scontrano su tale terreno due impostazioni di fondo: la prima sottolinea la necessità di fare affidamento sulla capacità delle forze di mercato di garantire obiettivi normativi (tale impostazione è seguita nell'approccio evolutivo di molti stati membri al servizio universale delle telecomunicazioni, o nei settori dell'emissione radio-televisiva, con lo sviluppo pilotato dall'industria degli standard e dei software interoperabili); la seconda poggia sul dubbio della capacità delle forze di mercato di fornire *ex ante* garanzie adeguate per i consumatori e riconoscono alle norme tecniche una connotazione originaria di obiettivo d'interesse pubblico e di garanzia dell'utenza. Nel nostro ordinamento non si rinvencono scelte univoche: in alcuni casi la libera praticabilità di equilibri mercatori ha portato alla definizione di standard tecnologici non compatibili (si pensi al caso della individuazione della piattaforma digitale, o alla emissione di segnali radiotelevisivi criptati); in altri casi la competenza alla emanazione di norme tecniche, sia in sé considerate (v. ad esempio il D.P.R. 513/97 sulla cd. firma elettronica), sia in quanto fattispecie integratrici di norme penali (v. l'art. 15 della legge 675/96 sugli obblighi di sicurezza dei sistemi di trattamento dei dati personali), è stata attribuita ad apposita autorità amministrativa (l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione).

6. Quello della sistemazione dogmatica è il terzo dei profili di indagine suggeriti dall'impostazione seguita: ed è certamente il più complesso. Per ragioni di speditezza in questa sede occorre limitarsi ad alcune considerazioni di carattere generale.

In primo luogo merita qualche riferimento l'oggetto dei diritti della società dell'informazione: se appare del tutto chiaro che una matrice comune a tutti gli ordinamenti è il profilo pubblicistico del diritto all'informazione, nella duplice veste attiva e passiva, nonché delle sue connotazioni «riflessive»²⁰, è ben vero che non mancano sforzi di inquadramento e classificazione dell'informazione come bene suscettibile di appropriazione e commercializzazione (un diritto dell'informazione o sull'informazione). Sebbene sia certamente vero che l'informazione come tale costituisca il punto di riferimento di interessi, se ne è dedotto che essa costituisca un bene della vita come cosa oggetto di diritto: e che quindi

²⁰ V. V. FROSINI, *op. ult. cit.*

ad essa fosse traslabile un complesso di facoltà che gli ordinamenti solitamente riconoscono alla proprietà²¹, ovvero al possesso. Tale impostazione, per quanto suggestiva, non appare di fatto accoglibile: è stato giustamente posto in rilievo²² che l'informazione nasce in base a fattispecie negoziali, ovvero, si deve aggiungere, in base a poteri d'ordine o autoritativi riconosciuti dallo Stato all'amministrazione pubblica (che, anzi, è in grado di connotare giuridicamente le fattispecie informative e comunicative in forza di una graduazione diversa del potere utilizzato). La qualificazione ontologica della immissione dell'informazione in un circuito determina una immediata rilevanza del rapporto tra la cosa e l'interesse accessivo di un soggetto dell'ordinamento: il creditore ed il debitore, nel caso di rapporti negoziali, l'amministrazione e l'amministrato, nel caso di rapporti intermediati da poteri pubblici, l'interessato (come figura tipizzata dalla disciplina generale della tutela dei dati personali) in generale. Ma in tutti i casi il punto di interesse del legislatore, e quindi le pretese tutelate, le aspettative riconosciute, i diritti di esclusiva, sono sempre legati al soggetto che di volta in volta viene in evidenza: vi è in altri termini un insopprimibile ambito di libertà di circolazione dell'informazione²³, che più che essere il frutto dell'applicazione di precetti costituzionalmente garantiti (si pensi all'art. 21 della Costituzione), appare il mero riconoscimento della immaterialità e della connaturata propensione dell'informazione ad espandersi, trasformarsi, consumarsi. Nell'ambito dell'ordinamento positivo l'informazione diventa oggetto di tutela per il suo contenuto (i dati personali, ed in particolare quelli sensibili), per il suo contenente (la corrispondenza), per la sua funzione (nell'attività di impresa, ma soprattutto nella pubblica amministrazione), per il contesto nel quale viene comunicata ed appresa (dal segreto professionale alle procedure pubbliche di gara), per la qualità dei soggetti coinvolti nel circuito informativo (nei rapporti tra amministrazioni pubbliche), per le modalità della sua forma espressiva (nei diritti di proprietà intellettuale), per il tempo entro la quale può essere utilizzata (nei fenomeni di *insider trading*)²⁴: ma in ogni caso sempre in via mediata, perché accessiva ad altri valori protetti dall'ordinamento.

²¹ Cfr. J.P. CHAMOIX (a cura di), *L'appropriation de l'information*, Parigi, 1986; P. LECLERCQ - P. CATALA, *L'information est-elle un bien?*, in AA.VV., *Droit de l'informatique: l'hermine et la puce*, Parigi, 1992.

²² V. V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, Digesto discipline privatistiche, Torino, 1989, pagg. 453 e ss.; Id., *Informazione (profili civilistici)*, Digesto discipline privatistiche, Torino, 1989, pagg. 422 ss.

²³ Sulla necessità del mantenimento di un ambito di rigorosa libertà della circolazione delle informazioni nella nuova dimensione tecnologica cfr. P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in rete: internet*, in R. ZACCARIA, *op. cit.*, pagg. 323 e ss.

²⁴ Si riprende in gran parte una classificazione di V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, cit., pag. 454.

Questa prima riflessione ne suggerisce un'altra: non è la novità una connotazione strutturale dei diritti della società dell'informazione, bensì la necessità di trasformare il contenuto e la funzione dei diritti già esistenti²⁵. Non sempre tale opera appare facile (dal momento che si tratta di elaborazione sovente di tipo giurisprudenziale), e non sempre appare riuscita (si pensi ad esempio alla difficile collocazione dogmatica del cd. diritto *sui generis* della direttiva 96/9/CE in materia di tutela delle banche dati). Tale trasformazione (applicativa ed interpretativa), passa almeno attraverso due diversi fenomeni, uno verificabile sul piano della morfologia del diritto, l'altro sul piano della soluzione dei conflitti di interessi.

Quanto al primo punto la società dell'informazione ha accentuato il problema del tecnicismo del linguaggio, che in termini sociologici si traduce in un problema di difficile commensurabilità tra linguaggio del tecnico e linguaggio del giurista (tale aspetto è peraltro ricorrente nella tradizionale diffidenza verso gli studi di informatica giuridica o diritto dell'informatica); in termini giuridici ha determinato la proliferazione di un parallelo, rispetto ai tradizionali, ma non meno significativo sistema di fonti, destinato alla produzione di norme tecniche. Esse adempiono ad una « funzione di eterocorrezione del mercato »²⁶, sia come regolazioni vincolanti per l'emersione di « nuovi » valori protetti (ambiente, salute, consumatori), sia come indicatori di qualità, sia come mezzo per informazione a consumatori ed in genere terzi, sia come assicurazione di compatibilità dei prodotti e dei servizi (si rammentino le esigenze di interoperabilità e di interconnessione), sia in definitiva, come parametro per l'adempimento di obblighi la cui inosservanza è specificamente sanzionata dalla legge (la sicurezza nei sistemi informativi di trattamento dei dati personali). Tuttavia il riconoscimento della funzionalità delle norme tecniche in settori della vita associata connotati da una forte presenza tecnologica, non esime dal compito (che i giuristi dovranno assumere con maggiore costanza che non in passato) di verificarne le modalità di produzione, le forme di legittimazione (attraverso la garanzia di una rappresentatività « democratica » negli organismi di produzione), i procedimenti di partecipazione, le misure di sindacabilità giurisdizionale (non solo sotto il profilo dell'eccesso di potere, ma anche di legittimità).

Quanto al secondo punto si deve riconoscere, alla luce della precedente descrizione degli ambiti normativi di intervento, il tenta-

²⁵ V. E. DENNINGER, *Tutela ed attuazione del diritto nell'età tecnologica*, in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, pagg. 57 e ss.

²⁶ V. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello stato pluralista e prefederativo*, in *Diritto dell'economia*, 1996, 2, pag. 270.

tivo di una definizione delle linee generali (almeno in ambito comunitario) di un quadro giuridico armonizzato di condizioni concorrenziali come stimolo all'offerta di nuovi servizi informativi e comunicativi, nel quale siano presenti e riconosciute istanze sociali di informazione e comunicazione. Così sintetizzata l'idea di fondo, essa si regge sul convincimento di una possibile composizione di interessi diversi, ma non suggerisce, né indica, un criterio di riferimento univoco per la soluzione dei conflitti: esso va quindi ricercato nel novero dei principi generali del diritto comunitario e precisamente nel principio di proporzionalità, secondo il quale ogni provvedimento adottato deve essere al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti e deve comportare le minori turbative per l'esercizio di un'attività economica. Tuttavia non è sfuggito alla dottrina²⁷ il rischio di una forte relativizzazione delle modalità di soluzione dei conflitti (attraverso l'uso di categorie che fanno appello al sentimento soggettivo di giustizia, quali «ragionevolezza» o «adeguatezza»), che testimoniano il disagio del giurista di fronte alla esattezza ed indefettibilità delle connotazioni tecniche (e linguistiche) della materia contesa.

Merita in ultimo qualche considerazione, sul piano della trasformazione dei diritti, l'alternativa tra diritti di libertà, sorti come diritti di garanzia nello stato liberale, e diritti sociali, che richiedono allo stato prestazioni positive di fare: il diritto all'informazione, che tradizionalmente è «diritto di», cioè una *facultas agendi*, e nasce come diritto di libertà, viene ad arricchirsi di nuovi contenuti (il diritto di accesso ai mezzi di informazione e comunicazione, il diritto al pluralismo esterno dell'informazione come garanzia non del mercato, ma della soddisfazione delle proprie esigenze informative): pertanto assimilandosi, almeno in parte, ad un diritto a prestazione («diritto a», cioè una *pretesa*)²⁸. Tale nuova connotazione del diritto all'informazione è valutabile in duplice prospettiva: per un verso essa si lega al problema del riconoscimento ed alla definizione del contenuto del servizio universale; per altro verso essa determina una gerarchia delle priorità degli interventi normativi, dal momento che se la violazione di un diritto di libertà produce antinomie fisiologicamente espungibili dall'ordinamento in base ad un giudizio di validità, la violazione (o meglio mancata attuazione di un diritto sociale) produce lacune colmabili solamente con interventi di regolamentazione. Ecco dunque che «se esiste oggi una priorità regola-

²⁷ V. E. DENNINGER, *op. ult. cit.*, pag. 73.

²⁸ Secondo la terminologia di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, II ed., 1990, pag. 904. Sul punto v. anche F. MODUGNO, *La tutela dei «nuovi diritti»*, in F. RICCOBONO, *op. cit.*, pag. 95, che propende

per il superamento della stessa distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali, a favore della classificazione di ascendenza germanica tra diritti di difesa, diritti a prestazione, diritti a partecipazione, diritti a percepire parte di un utile sociale.

mentare, essa non è quella relativa al contenuto dell'informazione disponibile, né quella della qualità del servizio o della sicurezza della rete, né ancora quella della protezione del diritto d'autore o più in generale della proprietà intellettuale., né quella della struttura dell'informazione o delle scelte tecnologiche. Si tratta di evitare che si crei ancora di più un fossato dell'informazione tra coloro che vi hanno accesso e coloro che non dispongono di tale privilegio, attraverso l'offerta di un accesso universale, sia in termini geografici che in termini di costi »²⁹.

²⁹ F.A. LAGRANA, *Nouvelles technologies, nouveaux défis réglementaires et normatifs: l'exemple d'internet*, in AA.VV.,

Le droit des autoroutes de l'information et du multimedia: un nouveau défi, Bruxelles, 1996, pag. 62.